FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(första avdelningen i utökad sammansättning)
den 21 oktober 1997 *

I mål T-229/94,

Deutsche Bahn AG, bolag bildat enligt tysk rätt, Frankfurt, Tyskland, företrätt av advokaten Jochim Sedemund, Köln, delgivningsadress: Aloyse May, 31, Grand-rue, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Norbert Lorenz, rättstjänsten, och Géraud de Bergues, nationell tjänsteman med förordnande vid kommissionen, och av Klaus Wiedner, rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten Heinz-Joachim Freund, Bryssel, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/210/EG av den 29 mars 1994 i ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN, EGT L 104, s. 34; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå) eller, i andra hand, upphävande eller nedsättning av de böter som ålades sökanden genom detta beslut,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(första avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden A. Saggio, och domarna A. Kalogeropoulos, V. Tiili, R. M. Moura Ramos och M. Jaeger,

justitiesekreterare: byrådirektören A. Mair,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 28 januari 1997,

följande

Dom

Bakgrund

1 Den 1 april 1988 ingick bolagen Deutsche Bundesbahn (nedan kallat DB, som år 1994 efterträddes av Deutsche Bahn, nedan kallat sökanden), Société nationale des chemins de fer belges (nedan kallat SNCB), Nederlandse Spoorwegen (nedan kallat NS), Intercontainer och Transfracht ett avtal om att bilda ett nätverk för samarbete kallat "Maritime Container Network (MCN)" (nedan kallat MCN-avtalet).

2 Termen fartygscontainer (maritime container) betecknar en container som huvudsakligen transporteras på fartyg men som dessförinnan och därefter behöver transporteras på land. MCN-avtalet avsåg järnvägstransporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland, vilka för detta ändamål transiterades via en tysk, belgisk eller

nederländsk hamn. Bland de tyska hamnarna, i MCN-avtalet benämnda de norra hamnarna, fanns hamnarna i Hamburg, Bremen och Bremerhaven. Bland de belgiska och nederländska hamnarna, de så kallade västra hamnarna, fanns Antwerpen och Rotterdam.

3 DB, numera sökanden, SNCB och NS är nationella järnvägsföretag i Tyskland, respektive Belgien och Nederländerna. Intercontainer och Transfracht är företag som är verksamma inom transportsektorn avseende fartygscontainrar och som för detta ändamål köper de nödvändiga järnvägstjänsterna av järnvägsbolagen, såsom lokdragning och tillgång till järnvägsnätet. Intercontainer är ett bolag enligt belgisk rätt som är ett gemensamt dotterbolag till 24 europeiska järnvägsföretag. Transfracht är ett bolag enligt tysk rätt vars kapital till 80 procent ägs av DB, numera av sökanden.

4 Redan innan det att MCN-avtalet ingicks var den organisation av transporterna som avses med avtalet faktiskt fördelad mellan de fem ovannämnda bolagen. Enligt denna fördelning, som MCN-avtalet inte på något sätt har ändrat, ombesörjde Transfracht de transporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland som transiterades via de tyska hamnarna. Intercontainer, för sin del, ombesörjde de transporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland som transiterades via de belgiska och nederländska hamnarna. För att kunna tillhandahålla kompletta transporttjänster till sina kunder var Transfracht och Intercontainer tvungna att köpa vissa järnvägstjänster av DB (Transfracht) samt av SNCB och NS (Intercontainer), på grund av de lagstadgade monopol som dessa hade, var och en på sitt eget territorium, beträffande dessa tjänster, såsom att tillhandahålla lok och lokförare samt ge tillträde till järnvägsnätet.

5 Genom MCN-avtalet inrättades två samordningsorgan som inte var juridiska personer, nämligen en ledningskommitté och ett gemensamt kontor. Medlemmarna och medarbetarna i dessa två organ utsågs av Transfracht och Intercontainer. Bland de sex medlemmarna i ledningskommittén skulle det finnas tre representanter för

DB och/eller Transfracht, en representant för SNCB samt en representant för NS. Kommittén var det organ som fattade beslut och utövade kontroll över avtalet, medan det gemensamma kontoret fungerade som ett administrativt organ. Konkret innebar detta att ledningskommittén hade behörigheten att fatta beslut rörande de tjänster och priser som skulle erbjudas för transporterna av fartygscontainrar och att det gemensamma kontorets uppgift var att utveckla och marknadsföra verksamheterna köp, försäljning och prissättning för Transfracht och Intercontainer. Vissa andra aktiviteter, såsom faktureringen av kunderna, utfördes separat av Transfracht och Intercontainer.

6 Enligt paragraf 9 i MCN-avtalet skulle ledningskommitténs beslut fattas enhälligt.

7 Genom ett klagomål av den 16 maj 1991 har sammanslutningen Havenondernemersvereniging SVZ (nedan kallad HOV-SVZ), vari ingår bolag med verksamhet i Rotterdams hamn, meddelat kommissionen att DB tillämpade mycket högre priser för transporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland vid transitering via belgiska och nederländska hamnar än för transporter av fartygscontainrar som transiterades via tyska hamnar. Enligt HOV-SVZ hade DB för avsikt att därigenom gynna de transporter där DB tillhandahöll hela järnvägstransporttjänsten. Detta förfarande utgjorde ett missbruk av dominerande ställning i strid mot bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget. Dessutom hävdade HOV-SVZ att MCN-avtalet stod i strid med artikel 85 i fördraget.

8 Den 31 juli 1992 skickade kommissionen ut ett meddelande om anmärkningar till de företag som hade ingått MCN-avtalet vilka till följd av mottagandet av detta meddelande hävde det nämnda avtalet. Efter att ha mottagit meddelandet om anmärkningar erkände DB också att det hade tillämpat olika priser för de transporter som transiterades via de norra hamnarna och för de transporter som transiterades via de västra hamnarna, men bestred att denna skillnad skulle vara

diskriminerande. DB underströk att priserna hade fastställts objektivt med hänsyn till sträckans längd, produktionskostnaderna och konkurrensförhållandena på marknaden.

9 Den 25 augusti 1992 fick DB:s rådgivare ta del av DB:s akt vid kommissionen och tog kopior på de flesta handlingarna i ärendet.

10 Den 15 december 1992 ägde ett sammanträde rum vid kommissionen. Vid detta sammanträde deltog representanter för kommissionen, DB och Transfracht, SNCB, NS, Intercontainer samt sju medlemsstater.

11 Den 29 mars 1994 antog kommissionen beslut 94/210/EG i ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (EGT L 104, s. 34, nedan kallat beslutet). Beslutet grundade sig på EG-fördraget och rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (EGT L 175, s. 1, nedan kallad förordning nr 1017/68).

12 I fråga om MCN-avtalets förenlighet med gemenskapens konkurrensregler angavs i beslutet att MCN-avtalet, i strid med bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget, syftade till och innebar att konkurrensen begränsades på marknaden för landtransport av fartygscontainrar mellan det tyska territoriet och de hamnar som är belägna mellan Hamburg och Antwerpen, eftersom det eliminerade konkurrensen i fyra avseenden: för det första mellan Intercontainer och Transfracht vad gäller försäljningen av kombinerade transporttjänster till befraktare och rederier, för det andra mellan järnvägsföretagen vad gäller försäljningen av transporttjänster till befraktare och rederier, för det tredje mellan järnvägsföretagen å ena sidan samt Intercontainer och Transfracht å andra sidan vad gäller försäljningen av transporttjänster till befraktare och rederier, och för det fjärde eftersom det gjorde det svårare för nya konkurrenter till Transfracht och Intercontainer att komma in på

marknaden (punkt 76—89 i beslutet). I detta avseende tillades det i beslutet att avtalet inte omfattades av de tillåtna undantag som anges i artikel 3 i förordning nr 1017/68, eftersom det inte hade till syfte vare sig att direkt utnyttja tekniska förbättringar eller att direkt trygga att ett tekniskt samarbete uppnås (punkt 91—98 i beslutet) och dessutom att ett undantag med stöd av artikel 5 i förordning nr 1017/68 inte kunde komma i fråga, eftersom avtalet inte kunde anses förbättra kvaliteten på järnvägstransporttjänster eller öka företagens produktivitet eller främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (punkt 99—103 i beslutet).

13 Vad gäller frågan om huruvida DB:s pristillämpning var förenlig med gemenskapens konkurrensregler konstaterades det i beslutet först att DB, med hänsyn till sitt lagstadgade monopol, hade en dominerande ställning på marknaden för järnvägstjänster i Tyskland och därefter att DB hade missbrukat denna dominerande ställning genom att tillämpa avsevärt högre priser för de transporter som utfördes mellan belgiska eller nederländska hamnar och Tyskland än för de transporter som utfördes mellan tyska orter och tyska hamnar. I detta avseende preciserades i beslutet att DB inte bara bestämde över prisnivån på transporter av containrar till och från de norra hamnarna, utan även bestämde över prisnivån på transporter till och från de västra hamnarna. För det första kunde DB, i egenskap av ensam tillhandahållare av järnvägstjänster på den tyska delen av sträckan, kontrollera den prisnivå som Intercontainer tillämpade vid försäljning. För det andra kunde DB, på grund av ledningskommitténs sammansättning och på grund av att det gemensamma kontoret hade placerats inom bolaget Transfracht, förhindra alla beslut som föll under MCN-avtalet. För det tredje hade DB ensidigt, vid sidan av MCN-avtalet och kort tid efter avtalets ingående, infört ett nytt prissystem benämnt "kombinierter Ladungsverkehr-Neu" (nedan kallat KLV-Neu-systemet), vari föreskrevs prisnedsättningar på sträckorna till och från de norra hamnarna, men inte på sträckorna till och från de västra hamnarna (punkt 139—187 i beslutet).

14 I beslutet gjordes därefter den bedömningen att de konstaterade prisskillnaderna inte var motiverade vare sig av det faktum att järnvägstransporten är utsatt för en starkare konkurrens från landsvägs- och flodtransporter på de sträckor som går via de västra hamnarna än på de sträckor som går via de norra hamnarna eller av det

faktum att produktionskostnaderna är högre på de sträckor som går via de västra hamnarna än på de sträckor som går via de norra hamnarna. I detta avseende har det i beslutet förklarats att den starkare konkurrensen på sträckorna via de västra hamnarna endast kunde berättiga en prisskillnad till förmån för dessa sträckor och att DB inte hade visat att det förelåg ett logiskt samband mellan skillnaderna i kostnader och skillnaderna i pris (punkt 199—234 i beslutet).

15 Slutligen ansågs det i beslutet vara utrett att DB hade överträtt artikel 86 i fördraget åtminstone under perioden från och med den 1 oktober 1989 till och med den 31 juli 1992 och DB ålades böter med beaktande av att DB inte hade åtagit sig att anpassa sin pristillämpning, att överträdelsen hade skett uppsåtligt och att överträdelsen var särskilt allvarlig, bland annat eftersom den hade förhindrat utvecklingen av järnvägstransporter, vilket är ett viktigt syfte med gemenskapens transportpolitik (punkt 255—263 i beslutet).

16 I artikel 1 i beslutet fastställdes inledningsvis att DB, SNCB, NS, Intercontainer och Transfracht hade överträtt artikel 85 i fördraget genom att ingå MCN-avtalet i vilket det föreskrevs att alla järnvägstransporter av fartygscontainrar till och från Tyskland vilka transiterades via en tysk, belgisk eller nederländsk hamn skulle saluföras genom ett gemensamt kontor utifrån de priser som hade bestämts inom samma kontor. I artikel 2 fastställdes vidare att DB hade överträtt artikel 86 i fördraget genom att använda sin dominerande ställning på marknaden för järnvägstransporter i Tyskland för att införa diskriminerande priser på marknaden för landtransporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland vilka transiterades via en tysk, belgisk eller nederländsk hamn. Slutligen ålades DB i artikel 4, med stöd av artikel 22 i förordning nr 1017/68, böter om 11 000 000 ecu på grund av dess överträdelse av artikel 86 i fördraget (se även punkterna 255 och 256 i beslutet).

17 Beslutet delgavs sökanden den 8 april 1994.

18 I skrivelse till kommissionen av den 27 april 1994 begärde sökandens rådgivare att få ta del av de handlingar i ärendet på vilka beslutet hade grundats för att bättre kunna ta tillvara sin klients intressen. Kommissionen avslog denna begäran i skrivelse av den 5 maj 1994 på den grunden att DB redan hade fått ta del av handlingarna i ärendet under det administrativa förfarandet.

Förfarandet och parternas yrkanden

19 Sökanden har under dessa omständigheter väckt talan mot beslutet genom en ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 juni 1994.

20 Genom skrivelse av den 31 augusti 1994 ingav sökanden till förstainstansrätten ett sakkunnigutlåtande med rubriken "Kosten- und Marktanalyse für Containerverkehre in die West- und Nordhäfen ex BRD für den Zeitraum 1989-1992 im Auftrag der Deutschen Bahn AG" ("Kostnads- och marknadsanalys avseende containertrafiken från Förbundsrepubliken Tyskland till de västra och norra hamnarna under tiden 1989-1992, på begäran av Deutsche Bahn AG"). Förstainstansrätten tillät att utlåtandet fogades till handlingarna i målet och översände den 15 september 1994 en kopia av detta till svaranden.

21 Efter föredragning av referenten beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta förberedande åtgärder för bevisupptagning. Inom ramen för processledningen anmodades parterna likväl att skriftligen besvara vissa frågor innan sammanträdet.

22 Parterna avgav muntliga yttranden och besvarade förstainstansrättens muntliga frågor vid det offentliga sammanträdet den 28 januari 1997.

23 Sökanden har yrkat

— att beslutet skall ogiltigförklaras,

— i andra hand att beslutet skall upphävas vad gäller de böter som sökanden har ålagts,

— i tredje hand att bötesbeloppet skall nedsättas, och

— att svaranden skall förpliktas ersätta rättegångskostnaderna.

24 Svaranden har yrkat

— att talan skall ogillas, och

— att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Yrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet

25 I ansökan har sökanden huvudsakligen åberopat fyra grunder till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring. Den första grunden rör överträdelse av artikel 85 i fördraget och de rättsakter som rådet har antagit för att precisera tillämpningsområdet för artikel 85 på transportområdet. Den andra grunden rör överträdelse av artikel 86 i fördraget. Den tredje och den fjärde grunden rör överträdelse av rätten till försvar respektive rättssäkerhetsprincipen och principen om god förvaltningssed.

Den första grunden — överträdelse av artikel 85 i fördraget och de rättsakter som rådet har antagit för att precisera tillämpningsområdet för artikel 85 på transportområdet

Parternas argument

26 Sökanden har hävdat att MCN-avtalet var ett tekniskt avtal i den mening som avses i artikel 3.1 c i förordning nr 1017/68 och att det följaktligen inte omfattades av det förbud mot konkurrensbegränsande samverkan som föreskrivs i artikel 2 i förordning nr 1017/68 och i artikel 85 i fördraget. Sökanden har i detta avseende påpekat att avtalet hade till syfte att upprätta ett samarbete på det tekniska området såsom fastställande av tidtabeller, byte av lok och personal vid gränserna och val av terminaler.

27 I den utsträckning avtalet avsåg att gemensamt fastställa priser, har sökanden pekat på artikel 3 i förordning nr 1017/68 samt artikel 4 i rådets beslut 82/529/EEG av den 19 juli 1982 om prisbildningen för internationell godsbefordran på järnväg (EGT L 234, s. 5, nedan kallat beslut 82/529) och artiklarna 1 och 4 i rådets rekommendation 84/646/EEG av den 19 december 1984, riktad till de nationella järnvägsbolagen i medlemsstaterna om förstärkning av samarbetet vad gäller internationell gods- och persontrafik (EGT L 333, s. 63, nedan kallad rekommendation 84/646), vilka uttryckligen tillåter att ett flertal järnvägsföretag har gemensam prisbildning för kombinerade varutransporter.

28 I andra hand har sökanden hävdat att MCN-avtalet borde ha undantagits från förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan med stöd av artikel 5 i förordning nr 1017/68 och att beslutet inte innehåller någon uppgift om skälet till att denna bestämmelse inte har tillämpats.

29 I tredje hand har sökanden hävdat att kommissionens bedömning att MCN-avtalet utesluter konkurrens, är felaktig, eftersom Intercontainer och Transfracht verkar på olika sträckor och således inte är konkurrenter till varandra och eftersom de nationella järnvägsbolagen inte heller befinner sig i ett konkurrensförhållande sinsemellan.

30 Enligt svaranden tillåter artikel 3 i förordning nr 1017/68 endast ingående av avtal som uteslutande har till syfte och resultat att utnyttja tekniska förbättringar eller uppnå tekniskt samarbete. MCN-avtalet överskred denna tekniska ram, eftersom det hade för avsikt att upprätta ett system för gemensam prissättning.

31 I detta avseende har svaranden anfört att den tillåtelse som i artikel 3 i förordning nr 1017/68 ges till förmån för "fastställande och tillämpning av totalpriser ... inklusive särskilda priserbjudanden" inte motsvarar en tillåtelse att avtala om priser i syfte att eliminera konkurrensen och att dela upp marknaden. Samma sak gäller artikel 4 i beslut 82/529. Denna artikel tillåter inte järnvägsföretag att tillsammans organisera samtliga gränsöverskridande järnvägstransporter av containrar, utan tillåter endast samarbetsformer för att undvika att monopolen avseende järnvägssträckning och tillträde till järnvägsnätet förhindrar att de gränsöverskridande transporterna fungerar väl. Vad gäller rekommendation 84/646, har svaranden noterat att MCN-avtalet inte omfattas av dess tillämpningsområde, eftersom avtalet inte enbart berörde tre järnvägsföretag utan också två transportföretag. Rekommendationen riktar sig dock endast till järnvägsföretag och har, i alla händelser, endast till syfte att förstärka de former av gränsöverskridande samarbete som är nödvändigt på grund av monopolens existens.

32 Vad gäller sökandens argument att MCN-avtalet borde ha undantagits med stöd av artikel 5 i förordning nr 1017/68, har svaranden påpekat att villkoren för dess tillämpning, såsom de definieras i nämnda bestämmelse, inte var uppfyllda på grund av de viktiga inskränkningar i konkurrensen som MCN-avtalet medförde.

33 Slutligen har svaranden hävdat att det faktiskt förelåg konkurrens mellan DB, SNCB och NS samt mellan Intercontainer och Transfracht, nämligen på det sättet att DB och Transfracht hade intresse av att genomföra så många transporter som möjligt på sträckorna mot de norra hamnarna, medan SNCB, NS och Intercontainer hade ett affärsintresse av att trafiken koncentrerades västerut. Svaranden har i detta sammanhang talat om en "konkurrens på transportlederna".

Förstainstansrättens bedömning

34 Inledningsvis finns anledning fastställa att MCN-avtalet bland annat hade till syfte att inrätta ett gemensamt system för prissättningen på järnvägstransporter av fartygscontainrar till eller från Tyskland, vilka transiterade tyska, belgiska eller nederländska hamnar. Det följer faktiskt även av avtalets ordalydelse att ledningskommittén tilldelades uppgiften "att definiera och förändra handelspolitiken på lång, medellång och kort sikt för den trafik som omfattades av det föreliggande avtalet, särskilt att definiera och förändra försäljningspolitiken och prispolitiken" och att det gemensamma kontoret skulle sköta uppgifterna inom "området 'köp—prisbildning—försäljning'".

35 Förstainstansrätten anser att detta gemensamma initiativ bestod i att "direkt eller indirekt fastställa priser" i den mening som avses i artikel 85.1 a i fördraget och i artikel 2 a i förordning nr 1017/68. Av rättspraxis framgår att ett avtal som inrättar ett gemensamt system för att fastställa priser omfattas av dessa bestämmelser (beträffande artikel 85.1 a i fördraget, se domstolens dom av den 17 oktober 1972 i mål 8/72, Cementhandelaren mot kommissionen, Rec. 1972, s. 977, punkterna 18 och 19 och förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen, Rec. 1991, s. II-1623, punkt 198, och, beträffande artikel 2 a i förordning nr 1017/68, förstainstansrättens dom av den 6 juni 1995 i mål T-14/93, Union internationale des chemins de fer mot kommissionen, REG 1995, s. II-1503, punkt 50) oberoende av i vilken utsträckning bestämmelserna i avtalet faktiskt har följts (se domstolens dom av den 11 juli 1989 i mål 246/86, Belasco m. fl. mot kommissionen, Rec. 1989, s. 2117, punkt 15 och den ovannämnda domen i målet Cementhandelaren mot kommissionen, punkt 16).

36 Skälet till detta är att den gemensamma prisbildningen inskränker konkurrensen, bland annat genom att tillåta varje konkurrent att med en skälig grad av säkerhet förutse vilken prispolitik som de övriga konkurrenterna kommer att följa (den ovannämnda domen i målet Cementhandelaren mot kommissionen, punkt 21). MCN-avtalet kan inte undgå att bli föremål för denna bedömning. Mot bakgrund av att vart och ett av de berörda företagen har ett uppenbart affärsintresse av att så många transporter som möjligt utförs på de sträckor där de är mest aktiva föreligger det ett konkurrensförhållande mellan DB och NS samt mellan DB och SNCB. På samma sätt konkurrerar NS med SNCB och Transfracht med Intercontainer. Följaktligen har nämnda bolag genom att inrätta ett system för gemensam prisbildning påtagligt inskränkt, eller till och med eliminerat all priskonkurrens i den mening som avses i den rättspraxis som nämnts ovan.

37 Till skillnad från sökanden anser förstainstansrätten vidare att MCN-avtalet inte omfattas av det lagstadgade undantaget som föreskrivs i artikel 3.1 c i förordning nr 1017/68, som tillåter "avtal, beslut och samordnade förfaranden som har till syfte och resultat att utnyttja tekniska förbättringar eller uppnå tekniskt samarbete genom ... organisation och utförande av ... kombinerade transporter och fastställande och tillämpning av totalpriser och-villkor för sådan verksamhet, inklusive särskilda priserbjudanden". Införandet av ett lagstadgat undantag till förmån för avtal av uteslutande teknisk art kan inte jämställas med att gemenskapslagstiftaren tillåter ingående av avtal som har gemensam prisbildning till syfte. Om det vore annorlunda skulle vilka avtal som helst som inrättar ett system för gemensam prisbildning inom sektorn för transporter på järnväg, landsväg och floder behöva anses som ett tekniskt avtal i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 1017/68, och ändamålet med artikel 2 a i samma förordning skulle helt förlora sin betydelse.

38 Det bör anmärkas att det faktum att varje ekonomisk aktör självständigt bestämmer över sin affärspolitik och särskilt sin prispolitik överensstämmer med den ursprungliga tanken i fördragets bestämmelser om konkurrens (domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen, Rec. 1977, s. 1875, punkt 21, och förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-1/89, Rhône-Poulenc mot kommissionen, Rec. 1991, s. II-867, punkt 121). Härav följer

att det undantag som anges i artikel 3 i förordning nr 1017/68, bland annat begreppen "totalpriser" och "särskilda priserbjudanden", skall tolkas försiktigt. Förstainstansrätten har redan understrukit att undantagsbestämmelser som införts i en förordning måste vara föremål för en restriktiv tolkning med hänsyn till den allmänna principen i artikel 85.1 i fördraget om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan (förstainstansrättens domar av den 8 oktober 1996, i förenade målen T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m. fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1201, punkt 48 och av den 22 april 1993 i mål T-9/92, Peugeot mot kommissionen, Rec. 1993, s. II-493, punkt 37).

39 På nu anförda skäl anser förstainstansrätten att begreppet "totalpriser" skall förstås som priset "från början till slut", vilket innefattar de olika nationella delarna av en gränsöverskridande sträcka och att begreppet "särskilda priserbjudanden", som är tillfogat det ovan avsedda begreppet "totalpriser" genom uttrycket "inklusive", skall förstås så att olika företag som är verksamma på en och samma gränsöverskridande sträcka tillåts fastställa totalpriser, inte bara genom att summera de priser som var och en tillämpar, utan också genom att tillämpa gemensamma anpassade priser vilka kan skydda de ifrågavarande transporternas konkurrenskraft gentemot andra transportmedel, likväl utan att helt utesluta varje företags självständighet när det gäller att i konkurrensintresse fastställa egna priser. MCN-avtalet ledde emellertid till en sådan eliminering och överskred ramen för de handlingar som ryms inom de ovan åsyftade begreppen, eftersom det utan någon begränsning överlämnade prisbildningen och prispolitiken till ett gemensamt organ och totalpriserna för varje sträcka som omfattades av MCN-avtalet dessutom fastställdes tillsammans med ett företag som inte ens var verksamt på den sträckan.

40 Det framgår av de föregående punkterna att kommissionen med all rätt har bedömt att MCN-avtalet överskred den ram som anges i artikel 3.1 c i förordning nr 1017/68.

41 Denna tolkning av artikel 3.1 c i förordning nr 1017/68 står inte i strid med artikel 4 i beslut 82/529, utan är tvärtom förenlig med denna. Faktum är att artikel 4 i beslut 82/529 tillåter att järnvägsföretag fastställer "priser enligt gemensamma prislistor med priser för hela transporter" med tillägget att "priserna på dessa prislistor

[kan] vara oberoende av dem som erhålls då priserna på de nationella prislistorna läggs samman". Denna frihet har till syfte att skydda järnvägstransportens konkurrenskraft i förhållande till andra transportmedel, vilket preciseras i det fjärde övervägandet till beslut 82/529. I nämnda artikel 4 förutsätts likväl att järnvägsföretagen beaktar "sina egna intressen". I beslut 82/529 tillerkänns den omständigheten att järnvägsföretagen är "tillräckligt affärsmässigt oberoende" ett visst värde, vilket framgår av det andra övervägandet.

42 Rekommendation 84/646, som sökanden också har åberopat, kan inte kullkasta denna slutsats. I artikel 4 i rekommendationen bekräftas på nytt möjligheten att införa totalpriser som inte motsvaras av summan av de nationella priserna och som främjar upprättandet av gemensamma försäljningskontor hos speditörer, men dessa organ får inte ges obegränsade befogenheter vad gäller affärsledning och prisbildning, vilket skedde genom MCN-avtalet.

43 Slutligen anser förstainstansrätten att kommissionen inte på något sätt varit skyldig att beträffande MCN-avtalet tillämpa artikel 5 i förordning nr 1017/68 vari föreskrivs att "[f]örbudet i artikel 2 kan förklaras inte tillämpligt ... beträffande varje avtal eller grupp av avtal mellan företag ... som bidrar till att förbättra kvaliteten på transporttjänster, eller att främja större kontinuitet och stabilitet när det gäller att tillgodose transportbehoven på marknader där tillgång och efterfrågan är underkastade avsevärda tidsmässiga svängningar, eller att öka företagens produktivitet, eller att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande ... och [... inte] gör det möjligt för dessa företag att sätta konkurrensen ur spel när det gäller en väsentlig del av den berörda transportmarknaden". I detta avseende kan först konstateras att kommissionen, i motsats till vad sökanden har påstått, har motiverat sitt beslut att inte undanta MCN-avtalet genom att i punkt 99—103 i beslutet ange att det inte hade visats att det nämnda avtalet innebar ett tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, en förbättring av kvalitén på järnvägstjänster eller en ökad produktivitet, medan det föreskrev viktiga konkurrensbegränsningar av sådan art att de villkor som föreskrivs i artikel 5 i förordning nr 1017/68 ändå inte uppfylldes. Vidare skall

det konstateras, såsom framgår av det ovan anförda (punkt 34—40), att kommissionen om den hade förklarat att artikel 2 i förordning nr 1017/68 inte var tillämplig på MCN-avtalet skulle ha gett de berörda företagen möjlighet att eliminera konkurrensen dem emellan.

44 Av vad anförts följer att kommissionen rätteligen har bedömt att MCN-avtalet var oförenligt med den gemensamma marknaden. Talan kan därmed inte vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden — överträdelse av artikel 86 i fördraget

45 Denna grund består av två delar. Sökanden har för det första gjort gällande att DB inte hade en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Sökanden har vidare hävdat att det i beslutet klandrade agerandet inte utgjorde ett missbruk.

Grundens första del — frånvaro av dominerande ställning

— Parternas argument

46 Sökanden har hävdat att den relevanta marknaden har avgränsats felaktigt i beslutet och att DB felaktigt har ansetts ha en dominerande ställning.

47 Enligt sökanden omfattar den relevanta marknaden transport av fartygscontainrar på järnväg, landsväg och floder. I detta avseende har sökanden åberopat rättspraxis enligt vilken den ekonomiska avgränsningen av en marknad bör omfatta alla tjänster och tillgångar som är utbytbara sinsemellan. Vid en tillämpning av denna rätts-

praxis på omständigheterna i det här fallet har sökanden menat att den avgränsning av marknaden, utifrån vilken kommissionen har konstaterat att DB har en dominerande ställning, innehåller två felaktigheter.

48 Genom att avgränsa marknaden till att endast omfatta järnvägstjänster skulle kommissionen för det första ha bortsett från det faktum att Transfracht var ett dotterbolag till DB. Med hänsyn till att mor- och dotterbolag utgör en enda ekonomisk enhet skulle DB:s ekonomiska aktiviteter dessutom ha innefattat tjänster för järnvägstransporter, såsom tillträde till järnvägsnätet, tillhandahållande av lok och lokförare samt övriga beståndsdelar i järnvägstransporter av fartygscontainrar, i hela Tyskland.

49 Genom att utesluta transporter på landsväg och floder från marknaden skulle kommissionen vidare ha bortsett från det faktum att för nästan alla speditörer av containrar är dessa transportmedel utbytbara mot järnvägstransporter. Denna utbytbarhet kan bland annat illustreras av det faktum att det föreligger en betydande priskonkurrens mellan transporter på järnväg, landsväg och floder.

50 Med åberopande av att den relevanta marknaden omfattar alla beståndsdelar i järnvägstransporter av fartygscontainrar samt transporter på landsväg och floder har sökanden gjort gällande att det faktum att DB hade ett lagstadgat monopol i Tyskland för tillhandahållande av järnvägstjänster inte räcker för att utgöra en dominerande ställning. Sökanden har påpekat att innehavet av ett lagstadgat monopol endast motsvarar en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget om detta monopol omfattar hela den relevanta marknaden och om de ifrågavarande tjänsterna inte är utsatta för någon effektiv konkurrens på denna relevanta marknad. Trots sin monopolställning innehar DB emellertid, på grund av konkurrensen från transporterna på landsväg och floder, endast 6 procent av marknaden för transporter av containrar.

51 Svaranden har påpekat att domstolen upprepade gånger har konstaterat att ett företag som åtnjuter ett lagstadgat monopol i en medlemsstat på grund därav har en dominerande ställning och att en medlemsstats territorium bör anses som en väsentlig del av den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

52 Sökandens argument att DB endast innehar 6 procent av marknaden för containertransport utgår från en helt annan avgränsning av marknaden som inte är förenlig med rättspraxis. Svaranden har i detta avseende understrukit att det i rättspraxis krävs att utbytbarheten vad gäller tillhandahållande av tjänster skall bedömas ur köparnas synvinkel samt i förhållande till de ifrågavarande tjänsternas egenskaper och strukturen på utbud och efterfrågan. Mot bakgrund av samtliga dessa aspekter framstår de järnvägstjänster som DB tillhandahåller emellertid inte som utbytbara mot de andra tjänster som tillhandahålls i samband med transporter av fartygscontainrar.

— Förstainstansrättens bedömning

53 För att komma fram till om DB vid tiden för det klandrade agerandet hade en dominerande ställning är det först nödvändigt att pröva hur marknaden för de ifrågavarande tjänsterna skall avgränsas. För detta ändamål finns det anledning att erinra om att kommissionen har avgränsat den marknad på vilken den har konstaterat att DB har en dominerande ställning ur ekonomisk synvinkel, såsom marknaden för järnvägstjänster, vilka tillhandahålls av järnvägsföretag till transportföretag och huvudsakligen består i tillhandahållande av lok, lokdragning och tillträde till järnvägsnätet som, ur geografisk synvinkel, täcker det tyska området. Trots att en mer vidsträckt ekonomisk avgränsning av marknaden ("järnvägstransporter") har använts i artikel 2 i beslutet, motsvarar den ovan avsedda avgränsningen den som har tillämpats vid övervägandena i beslutet och som sökanden har uppfattat. Kommissionen har för övrigt bekräftat denna avgränsning som svar på en fråga som förstainstansrätten ställt innan sammanträdet.

54 Vad gäller den ekonomiska avgränsningen av marknaden erinrar förstainstansrätten om att för att kunna anses utgöra en marknad som är tillräckligt åtskild skall tjänsten eller produkten i fråga, genom sina utmärkande egenskaper, kunna särskiljas från andra tjänster eller produkter i det avseendet att de inte får vara utbytbara mot dem mer än i ringa utsträckning och endast vara utsatt för knappt märkbar konkurrens från dem (se domstolens domar av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, Rec. 1989, s. 803, punkterna 39 och 40, av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, Rec. 1978, s. 207, punkterna 11 och 12, samt förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, Rec. 1991, s. II-1439, punkt 64). Inom denna ram skall graden av utbytbarhet mellan produkterna bedömas i förhållande till deras objektiva egenskaper och med hänsyn till strukturen på efterfrågan, utbudet på marknaden och konkurrensvillkoren (se domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, Rec. 1983, s. 3461, punkt 37 och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, Rec. 1994, s. II-755, punkt 63).

55 Förstainstansrätten konstaterar att marknaden för järnvägstjänster utgör en underkategori som är åtskild från marknaden för järnvägstransporter i allmänhet. Den erbjuder en specifik samling tjänster, nämligen tillhandahållande av lok, lokdragning och tillträde till järnvägsnätet, som förvisso tillhandahålls i förhållande till järnvägstransportörernas efterfrågan men som inte på något sätt är utbytbart eller konkurrerar med de sistnämndas tjänster. Järnvägstjänsternas utmärkande egenskaper framgår dessutom av det faktum att de avser en specifik efterfrågan och ett specifikt utbud. Transportörerna kan nämligen omöjligen tillhandahålla sina tjänster om de inte har tillgång till järnvägstjänsterna. Beträffande järnvägsföretagen så hade de vid tiden för de omständigheter som lades till grund för anmärkningen lagstadgade monopol vad gäller tillhandahållande av järnvägstjänster inom respektive land. Det är otvistigt mellan parterna att till och med den 31 december 1992 hade DB ett lagstadgat monopol vad gäller tillhandahållande av järnvägstjänster i Tyskland.

56 Såsom framgår av rättspraxis skall en underkategori av en marknad, som har specifika egenskaper vad gäller efterfrågan och utbud och som erbjuder produkter

vilka fyller en oumbärlig funktion och inte kan ersättas på den mer allmänna marknaden som underkategorin utgör en del av, anses utgöra en särskild produktmarknad (se förstainstansrättens dom av den 10 juli 1991 i mål T-69/89, RTE mot kommissionen, Rec. 1991, s. II-485, punkterna 61 och 62). Mot bakgrund av denna rättspraxis och med hänsyn till de ovannämnda övervägandena hade kommissionen grund för att vid den ekonomiska avgränsningen av marknaden inte beakta järnvägstransportörernas tjänster och inte heller tjänster av transportörer på landsvägar och floder.

57 Det framgår vidare av rättspraxis att om, som i detta fall, tjänsterna på underkategorimarknaden är föremål för en lagstadgad ensamrätt som medför att den som efterfrågar tjänsten befinner sig i en situation där han är ekonomiskt beroende av leverantören, kan existensen av en dominerande ställning på en särskild marknad inte förnekas, även om de tjänster som tillhandahålls med ensamrätt är anknutna till en produkt som i sig själv är utsatt för konkurrens från andra produkter (domstolens domar av den 13 november 1975 i mål 26/75, General Motors Continental mot kommissionen, Rec. 1975, s. 1367, punkt 5—10 och av den 11 november 1986 i mål 226/84, British Leyland mot kommissionen, Rec. 1986, s. 3263, punkt 3—10).

58 Beträffande den geografiska avgränsningen av marknaden är det tillräckligt att erinra om att en medlemsstat själv kan utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden på vilken ett företag kan ha en dominerande ställning och detta särskilt när företaget på det territoriet har ett lagstadgat monopol (den ovannämnda domen i målet General Motors Continental mot kommissionen, punkt 9 och domstolens dom av den 21 mars 1974 i mål 127/73, BRT/Sabam och Fonior, Rec. 1974, s. 313, punkt 5).

59 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall på den första delen av grunden.

Grundens andra del — frånvaro av missbruk

— Parternas argument

60 Sökanden har hävdat att, även om förstainstansrätten skulle komma fram till att det föreligger en dominerande ställning så har DB inte missbrukat denna ställning. Faktum är att i den utsträckning som det överklagade beslutet grundas på att prisnivån för järnvägstransporter till och från de västra hamnarna var högre än de priser som gällde för järnvägstransporter till och från de norra hamnarna, så klandrar beslutet i huvudsak Intercontainers pristillämpning och inte DB: s. I detta sammanhang har sökanden vid sammanträdet understrukit att de priser som DB har fakturerat för sitt tillhandahållande av järnvägstjänster åt Intercontainer alltid har varit lägre än de priser som DB har fakturerat Transfracht, liksom de priser som NS tillämpar gentemot Intercontainer, medan DB i sin ansökan hade förklarat sig inte bestrida att prisnivån på den trafik som transiterade de västra hamnarna var högre än den nivå som tillämpades för den trafik som transiterade de norra hamnarna (ansökan, s. 25). Sökanden har hävdat att den högre genomsnittsnivån på de priser som tillämpades på transporter till och från de västra hamnarna jämfört med de priser som tillämpades på transporter till och från de norra hamnarna inte kunde tillskrivas DB. Vidare har DB konstaterat att för ett stort antal sträckor via de västra hamnarna avsåg en större del av det sammanlagda priset för järnvägstjänsterna inte DB, utan de tjänster som tillhandahölls antingen av NS eller av SNCB (sökandens replik, sidorna 31 och 32).

61 I detta sammanhang har sökanden bestritt att DB inom ramen för MCN-avtalet skulle ha stoppat alla prissänkningar av Intercontainer och att DB faktiskt skulle ha framtvingat att dessa priser upprätthölls. I detta hänseende har sökanden understrukit att det enligt MCN-avtalet krävdes enighet inom ledningskommittén för varje prisändring, vilket således innebar att de andra järnvägsbolagen och Intercontainer samtyckte, och att det inte har visats att det var DB som förhindrade att prisskillnaden mellan järnvägstransporter på de västra sträckorna och på de norra sträckorna minskade.

62 Sökanden har tillagt att i alla händelser hade var och en av avtalsparterna i MCN-avtalet rätt att i enlighet med avtalet häva det. Sökanden har härav dragit den slutsatsen att avtalsparterna i MCN-avtalet kunde undandra sig DB:s inflytande om de så önskade (sökandens replik, s. 31).

63 Sökanden har vidare påpekat att skillnaden mellan de priser som tillämpades på de västra sträckorna och de som tillämpades på de norra sträckorna under alla omständigheter var objektivt berättigad på grund av skillnaden i konkurrensförhållanden och kostnader.

64 För att illustrera denna skillnad vad gäller konkurrensförhållandena har sökanden uppgivit följande. På de norra sträckorna är konkurrensen från flodtransporter svag och konkurrensen från landsvägstransporter begränsad till tyska lastbilar. På de västra sträckorna är flodtrafiken det billigaste transportmedlet och konkurrensen från landsvägstransporter mycket stark. Bland annat är de priser som tillämpas av landsvägs- och flodtransportörerna på de västra sträckorna 20 till 40 procent lägre än de priser som tillämpas av DB/Transfracht på de norra sträckorna. I egenskap av småkonkurrent på transportmarknaden på de västra sträckorna är det inte möjligt att klara sådana priser och samtidigt täcka sina egna kostnader. Sökandens finansiella ställning visar på underskott sedan flera år avseende de västra sträckorna och detta underskott har ytterligare förvärrats sedan DB under åren 1989 och 1991 tagit initiativ till att i viss mån närma de priser som tillämpades på de västra sträckorna till de som tillämpades på de norra sträckorna. Ett tillfälligt gemensamt initiativ, som togs av DB och NS mot slutet av år 1993 för att försöka tillämpa samma priser som konkurrenterna på landsväg avseende de västra sträckorna, misslyckades också fullständigt i det avseendet att det inte innebar att några nya järnvägstransportkunder värvades.

65 Sökanden har för övrigt hävdat att skillnaden mellan de konkurrensförhållanden som föreligger på de västra sträckorna och de som föreligger på de norra sträckorna får till följd att kommissionens avgränsning av den marknad på vilken DB påstås ha missbrukat sin dominerande ställning är i grunden felaktig. Sökanden har i det avseendet påpekat att kommissionen har avgränsat en marknad som täcker

transporter av fartygscontainrar på land, såväl på de västra sträckorna som på de norra sträckorna, medan det enligt fastlagd rättspraxis endast är de territorialområden på vilka de objektiva konkurrensförhållandena är likartade som kan anses utgöra en enhetlig marknad. Sökanden har hävdat att denna felaktiga avgränsning av marknaden i sig är tillräcklig för att motivera att det överklagade beslutet ogiltigförklaras.

66 Beträffande transportkostnaderna och särskilt kostnaderna för tillhandahållande av järnvägstjänster har sökanden understrukit att dessa inte uteslutande bestäms efter sträckans längd, utan att de också beror på andra faktorer, såsom antalet och längden på rangeringsarbeten, tullformaliteter, personalens arbetstid och tiden för utnyttjandet av lok och vagnar. Härav följer att transportkostnaderna kan vara mycket olika för sträckor som är lika långa. I föreliggande fall beror skillnaden i kostnader på det faktum att järnvägstrafiken är intensivare på de norra sträckorna och på det faktum att tågen passerar den belgiska och den nederländska gränsen på de västra sträckorna, vilket orsakar kostnader.

67 I synnerhet medför omfattningen av de volymer som transporteras på de norra sträckorna att fullastade tåg används för transporter av containrar vilka alla har samma destination och dessa tåg behöver således inte något rangeringsarbete. Vidare gäller beträffande de norra sträckorna att loken inte behöver bytas, eftersom DB ansvarar för lokdragningen på hela sträckorna. Följaktligen är kostnaderna lägre för de norra sträckorna, vilket medger att lägre priser tillämpas för dessa sträckor.

68 Slutligen har den omständigheten att DB ytterligare har minskat kostnaderna med införandet av KLV-Neu-systemet, och följaktligen priset för järnvägstjänster på de norra sträckorna, inte ändrat på det faktum att kommissionen i beslutet har grundat sin bedömning på en jämförelse mellan Intercontainers priser och Transfrachts priser. Kommissionen har dessutom inte visat att prissänkningen i Tyskland på grund av KLV-Neu-systemet inte var berättigad ur ekonomisk synvinkel.

69 Svaranden har inledningsvis erinrat om att enligt fast rättspraxis föreligger ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 andra stycket c i fördraget när ett företag utnyttjar sin dominerande ställning för att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner för att på så sätt gynna sina egna tjänster.

70 Svaranden har för det första preciserat att som "likvärdiga transaktioner" har bedömts, å ena sidan, transporter av containrar till och från de västra hamnarna, vilka utförts av Intercontainer och, å andra sidan, transporter av containrar till och från de norra hamnarna, vilka utförts av Transfracht.

71 Svaranden har därefter påpekat att skillnaden mellan de fakturerade priserna per kilometer för Intercontainers och Transfrachts tjänster har bedömts som "olika villkor". Dessa skillnader varierar mellan 2 och 77 procent för transporter av tomma containrar och mellan 4 och 42 procent för transporter av fyllda containrar, enligt de uppgifter som de berörda företagen har lämnat å ena sidan med stöd av Intercontainers prislista avseende transporter av containrar via hamnen i Rotterdam och å andra sidan med stöd av Transfrachts prislista avseende transporter via hamnen i Hamburg. Dessa uppgifter finns i bilaga 3—9 till beslutet och har analyserats i punkt 162—171 i detta beslut. Svaranden har anfört att dessa skillnader har konstaterats vid en jämförelse där sträckans längd utgjorde den enda variabeln. Svaranden har motiverat denna jämförelsemetod genom att hänvisa till den information som Transfracht har lämnat i enkäten, enligt vilken sträckans längd utgör det avgörande kriteriet.

72 Enligt svaranden föreligger inte något objektivt skäl som motiverar de konstaterade prisskillnaderna.

73 Beträffande konkurrensförhållandena har svaranden noterat att förekomsten av en starkare konkurrens mellan transportmedlen på de västra sträckorna skulle kunna förklara att Intercontainers priser var lägre än Transfrachts, men kan inte förklara motsatt skillnad. Svaranden har vidare erinrat om att DB inte konkurrerade med

landsvägs- och flodtransportörer, eftersom DB:s tjänster är av järnvägsnatur och således inte, ur Intercontainers och Transfrachts synvinkel, utbytbara mot de tjänster som erbjuds av landsvägs- och flodtransportörer.

74 Vad gäller produktionskostnaderna har svaranden hävdat att sökanden inte har visat att trafiken via de västra hamnarna medför högre kostnader än trafiken via de norra hamnarna. Det har bland annat inte visats att överskridandet av gränser på ett betydande sätt ökar transportkostnaderna och de uppgifter som finns tillgängliga rörande trafikvolym och typer av försändelser visar inte på något logiskt förhållande mellan transportkostnaderna och transportpriserna. Svaranden har dessutom noterat att det genomsnittspris per kilometer som DB har fakturerat Intercontainer är lägre än det genomsnittspris som DB har begärt av Transfracht, vilket ger anledning anta att kostnaderna för järnvägstjänster som tillhandahålls för transporterna till och från de västra hamnarna är lägre än kostnaderna för järnvägstjänster som tillhandahålls för transporterna till och från de norra hamnarna (svaromålet, sidorna 38 och 39).

75 Vad gäller DB:s ansvar för de ovannämnda prisskillnaderna har svaranden upprepat sin analys i punkt 143—156 i beslutet, enligt vilken DB förfogade över en vetorätt inom de organ som hade inrättats genom MCN-avtalet och utnyttjade denna för att hindra att Intercontainers priser sänktes, medan ett nytt prissystem, som ensidigt hade skapats av DB, tillämpades på de norra sträckorna. Svaranden har också erinrat om att Intercontainers, NS:s och SNCB:s missnöje med den ståndpunkt som DB intagit vid tillämpningen av MCN-avtalet klart framgår av protokoll från möten som hållits av Intercontainer samt från möten som hållits i samband med MCN-avtalet.

76 Svaranden har slutligen hävdat att DB har fastställt skillnaderna i pris och att dessa utgör en diskriminering. Svaranden har understrukit att de ekonomiska konsekvenserna av denna diskriminering inte skall sökas i förhållandet mellan järnvägstransportörer och andra transportörer utan i förhållandet mellan DB gentemot NS och SNCB och i förhållandet mellan Transfracht och Intercontainer. Enligt svaranden är det klart att i dessa förhållanden har DB och Transfracht gynnats av de nämnda diskriminerande priserna.

— Förstainstansrättens bedömning

77 Inledningsvis finns det anledning notera att i artikel 8 första stycket och andra stycket c i förordning nr 1017/68 upprepas ordalydelsen av artikel 86 första stycket och andra stycket c i fördraget genom att det föreskrivs att det, i den mån det påverkar handeln mellan medlemsstater, är förbjudet att missbruka en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden, genom att i förhållande till sina handelspartner tillämpa "olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel". Vidare finns det inte något övervägande eller någon bestämmelse i förordning nr 1017/68 som tillskriver artikel 8 i förordningen ett syfte som väsentligen skiljer sig från syftet med artikel 86 i fördraget. Genom att konstatera en överträdelse av artikel 86 i fördraget i stället för artikel 8 i förordning nr 1017/68, har kommissionen inte begått ett fel som påverkat beslutets innehåll. Att det i beslutet hänvisas till artikel 86 i fördraget har för övrigt inte kritiserats av sökanden.

78 Det finns vidare anledning att erinra om att begreppet missbruk av en dominerande ställning har till syfte att förbjuda att ett dominerande företag stärker sin ställning genom att utnyttja andra medel än de som är tillgängliga för en konkurrent (se i detta avseende domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-3359, punkt 70). Således kan ett företag inte tillämpa artificiella prisskillnader som kan medföra nackdelar för dess kunder och snedvrida konkurrensen (den ovannämnda domen i målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 160).

79 Det finns också anledning att erinra om att missbruk av dominerande ställning kan föreligga även om företaget som innehar den dominerande ställningen formellt har ingått ett avtal som har till syfte att gemensamt fastställa priser och som således faller under förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Faktum är att förekomsten av ett sådant avtal inte utesluter den hypotetiska situationen att ett av företagen som är bundet av avtalet ensidigt kan fastställa diskriminerande priser (se analogiskt den ovannämnda domen i målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, punkterna 34 och 37).

80 I föreliggande fall bedömer förstainstansrätten att ett flertal uppgifter i handlingarna i ärendet gjorde det möjligt för kommissionen att komma fram till att DB, trots MCN-avtalet och dess huvudsakliga syfte som, vilket sökanden bekräftade vid sammanträdet, bestod i att sänka Intercontainers priser och därmed återupprätta järnvägstransporternas konkurrenskraft på de västra sträckorna, ensidigt har agerat på ett sätt som har motverkat detta syfte.

81 För det första förfogade kommissionen över de handlingar som nämns i punkt 152—154 i beslutet, vars existens sökanden inte har bestritt och vars innehåll synes bekräfta att DB i realiteten var ansvarig för fastställandet av priserna inom MCN-avtalet och följaktligen för upprätthållandet av prisskillnaderna. Således anges det i ett protokoll från ett plenarmöte i Intercontainers styrelse att en representant för SNCB förklarar att ledningskommittén "har körts över av DB". På samma sätt anges det i en intern anteckning från Intercontainer att "trafikeringen av de norra hamnarna sker direkt och uteslutande under kontroll av Transfracht och DB utan deltagande av [ledningskommittén]. I praktiken har det dessutom visat sig att den beslutande makten vad gäller prissättningen inte ligger hos [ledningskommittén]". Slutligen har vissa förslag från DB antecknats i protokollet från ett sammanträde mellan representanter från de västra hamnarna, DB, SNCB och NS, vilka otvetydigt innebär att DB förfogade över en position som tillät att DB kontrollerade prisnivåerna såväl på de västra sträckorna som på de norra sträckorna. DB föreslog bland annat vid nämnda sammanträde att "[på nytt se över] prisnivåerna ... med hänsyn till förhållandena i den tyska politiken" för att på så sätt få till stånd en "minskning av skillnaden med 50 procent till den 1 januari 1990" och en "ytterligare minskning till den 1 juli 1990".

82 Flera omständigheter stödde således kommissionens bedömning att DB och Transfracht hade utnyttjat sin vetorätt, som kravet på enhällighet i beslutsprocessen inom ledningskommittén medförde (se punkt 6 ovan), för att förhindra att Intercontainers priser sänktes. I motsats till vad sökanden har gjort gällande, kunde inte SNCB, NS och Intercontainer undandra sig detta veto genom att häva MCN-avtalet. För det första skulle en hävning av MCN-avtalet inte ha ändrat på det faktum att på varje sträcka som förbinder hamnarna i Antwerpen eller i Rotterdam

med en tysk stad är de järnvägsföretag och transportföretag som är verksamma i Belgien och Nederländerna beroende av samarbetet med DB för fortsatt transport på den tyska sträckan. Vidare skulle en hävning av avtalet inte ha ändrat på det faktum att DB helt självständigt bestämde prisnivån för transporterna på de norra sträckorna och att DB således kunde påverka prisskillnaden mellan de västra sträckorna och de norra sträckorna.

83 För det andra kan det konstateras att DB ensidigt den 1 juni 1988, det vill säga knappt tre månader efter det att MCN-avtalet hade trätt i kraft, har inrättat ett nytt prissystem, nämligen KLV-Neu-systemet. Detta har bekräftats av sökanden som svar på en fråga från förstainstansrätten innan sammanträdet. I detta svar har sökanden även bekräftat att KLV-Neu-systemet endast har lett till prissänkningar till förmån för järnvägsspeditörer av fartygscontainrar som transiteras via de tyska hamnarna, eftersom detta prissystem grundades på rationaliseringsåtgärder vilka i praktiken endast tillämpades på trafiken av containrar som transiterades via de norra hamnarna.

84 Av de konstateranden som gjorts i de föregående punkterna framgår att DB:s agerande under undersökningsperioden direkt har bidragit till att upprätthålla skillnaden mellan det pris per kilometer som tillämpades för transporterna vid transitering av de västra hamnarna och det som tillämpades för transporterna vid transitering av de norra hamnarna.

85 I detta skede av prövningen finns det anledning att undersöka om nämnda skillnad i pris per kilometer var av diskriminerande art och därmed har påverkat konkurrensförhållandena för vissa aktörer.

86 För att uppnå syftet med denna prövning finns det anledning att granska de siffror som återges i bilagorna 3 till 9 till beslutet. Dessa siffror visar att för alla destinationer som är klart närmare Rotterdam än Hamburg, bortsett från Saarbrücken,

och för vilka transporter via Rotterdam således objektivt sett är fördelaktigare, uppvägs denna handelsfördel i förhållande till transporter via Hamburg alltid, antingen genom högre priser i absoluta tal för transporter via Rotterdam eller genom att lika priser i absoluta tal tillämpas. Bland de priser i absoluta tal som är olika finns till exempel de som tillämpades för transporter av tomma containrar mellan den 1 oktober 1990 och den 31 december 1991 (bilaga 3) mot Duisburg, Bochum, Wuppertal, Mannheim och Karlsruhe. Dessa priser i absoluta tal kan översättas till skillnader i pris per kilometer om 77,6 procent (Duisburg), 56,5 procent (Bochum), 42 procent (Wuppertal), 16,5 procent (Mannheim) och 22,6 procent (Karlsruhe). Bland de priser i absoluta tal som är lika finns till exempel de som tillämpas från den 1 januari 1992 (bilaga 7) för transporter av fyllda containrar mot Frankfurt, Karlsruhe, Duisburg, Düsseldorf, Wuppertal och Bochum. Dessa priser omräknade till prisskillnader per kilometer ger 4,6 procent (Frankfurt), 11,35 procent (Karlsruhe), 58 procent (Düsseldorf), 28 procent (Wuppertal) och 20,9 procent (Bochum). Med undantag för Saarbrücken förefaller det dessutom som om de priser i absoluta tal som tillämpades på transporter från eller till Rotterdam inte beträffande någon stad i Tyskland, oavsett om den ligger närmare Rotterdam eller Hamburg, är lägre än de priser i absoluta tal som tillämpades på transporter från eller till Hamburg. Så förhöll det sig till exempel beträffande de KLV-priser som tillämpades för transporter av containrar från den 1 juli 1991 (bilaga 9) mot Frankfurt (pris i absoluta tal om 857 DM mot Rotterdam mot 833 DM mot Hamburg), Düsseldorf (653 DM mot 618 DM) och Mainz (867 DM mot 843 DM) å ena sidan (städer som ligger närmare Rotterdam än Hamburg), och mot Augsburg (1 456 DM mot 1 415 DM), München (1 520 DM mot 1 410 DM) och Regensburg (1 386 DM mot 1 334 DM) å andra sidan (städer som ligger närmare Hamburg). Förstainstansrätten anser att denna tillämpning på ett artificiellt sätt har befäst en situation där priser på järnvägstransporter som transiterar de norra hamnarna skyddas, vilket skall bedömas som fastställande av olika prisvillkor till konkurrensnackdel för de företag som är verksamma på de västra järnvägssträckorna gentemot de som är verksamma på de norra järnvägssträckorna.

87 Sökanden har förklarat att prisskillnaden per kilometer berodde på det faktum att kostnaderna för tjänsterna var högre på de västra sträckorna än på de norra sträckorna, liksom på det faktum att järnvägstransporterna var utsatta för starkare konkurrens från andra transportmedel på de västra sträckorna än på de norra sträckorna.

88 Förstainstansrätten konstaterar för det första att de skillnader beträffande kostnaderna som sökanden har åberopat delvis har förorsakats av DB själv. DB har nämligen inom prissystemet KLV-Neu vidtagit flera rationaliseringsåtgärder, såsom att öka användandet av direkttåg och fullastade tåg, koncentrering på nattrafik och på transporter mot vissa terminaler för att rationalisera utnyttjandet. Dessa åtgärder har möjliggjort en kostnadsminskning, men bara för trafiken till och från de tyska hamnarna (se punkt 83).

89 I detta avseende finns det anledning precisera att sökanden inte har framfört något argument som visar att tillhandahållandet av järnvägstjänster för transporter mot de belgiska och nederländska hamnarna nödvändigtvis måste uteslutas från de rationaliseringsåtgärder som har vidtagits inom ramen för KLV-Neu-systemet och följaktligen från samtliga de åtgärder för att minska kostnaderna som DB har vidtagit. Det argument, enligt vilket de rationaliseringsåtgärder som infördes genom KLV-Neu-systemet inte kunde tillämpas på trafik via de västra hamnarna på grund av otillräckliga volymer där och att det var omöjligt att organisera direkttåg och fullastade tåg, är i detta avseende inte övertygande. Sökanden har för övrigt vid två tillfällen, som svar på frågor från förstainstansrätten vid sammanträdet, förklarat att fullastade tåg hade organiserats på de västra sträckorna..

90 Beträffande de egna kostnader som sökanden har åberopat på de västra sträckorna, nämligen de som uppstår vid lokbyte och återställande av vagnar vid gränsen, anser förstainstansrätten att sådana kostnader endast kan utgöra en begränsad del av de kostnader som uppkommer vid tillhandahållandet av den samling tjänster som kommer i fråga (tillhandahållande av lok och dragning av tåg ur samtliga aspekter) och att de följaktligen inte kan motivera de prisskillnader som har konstaterats. Det framgår dessutom av de siffror som finns i bilaga 15 till beslutet, vilka är ostridiga mellan parterna, att summan av de pris som å ena sidan DB och å andra sidan NS krävde av Intercontainer för tillhandahållande av järnvägstjänster på de sträckor som förbinder de tyska städerna med hamnen i Rotterdam i genomsnitt var lägre än det pris som DB krävde av Transfracht för tillhandahållandet av järnvägstjänster på de norra sträckorna. Under dessa förhållanden borde de kostnader

som direkt hänför sig till de tjänster som järnvägsföretagen tillhandahåller logiskt sett vara lägre på de västra sträckorna än de som belöper på de norra sträckorna.

91 För det andra anser förstainstansrätten att den intensivare konkurrensen mellan å ena sidan järnvägstransportörer och å andra sidan landsvägs- och flodtransportörer på de västra sträckorna inte kan förklara den högre prisnivån som tillämpas av Intercontainer på dessa sträckor i jämförelse med de priser som Transfracht tillämpar på de norra sträckorna. Faktum är att för att den intensivare konkurrensen mellan olika transportmedel på de västra sträckorna skulle kunna motivera en prisskillnad måste det framhållas att den enda logiska följden ur affärssynpunkt är en skillnad till förmån för de priser som tillämpas på de västra sträckorna.

92 Beträffande sökandens argument att skillnaden i konkurrensförhållanden dessutom utgör grund för att ogiltigförklara den geografiska avgränsning av marknaden som kommissionen har gjort, är det tillräckligt att konstatera att den geografiska avgränsningen av marknaden inte fordrar att de objektiva konkurrensförhållandena mellan de ekonomiska aktörerna är helt enhetliga, utan bara att de är "liknande" eller "tillräckligt enhetliga". Följaktligen är det endast de områden inom vilka de objektiva konkurrensförhållandena är "olikartade" som inte kan anses utgöra en gemensam marknad (se de ovannämnda domarna i målet United Brands mot kommissionen, punkterna 11 och 53, samt i målet Tetra Pak mot kommissionen, punkterna 91 och 92). I detta fall kan den intensivare konkurrensen mellan olika transportmedel på de västra sträckorna inte leda till att de objektiva konkurrensförhållanden som föreligger på dessa sträckor karakteriseras som olikartade i förhållande till dem som föreligger på de norra sträckorna.

93 Av vad anförts följer att kommissionen har förebringat tillräckliga bevis till stöd för sin bedömning av DB:s beteende och att kommissionen har visat att DB genom sitt beteende har tillämpat olika villkor för likvärdiga transaktioner varigenom

DB:s handelspartner som är verksamma på de västra sträckorna har fått en konkurrensnackdel jämfört med DB självt och dess dotterbolag Transfracht. Följaktligen kan talan inte heller bifallas på den andra delen av denna grund.

94 Härav följer att den andra grunden skall underkännas i sin helhet.

95 Denna slutsats kan inte kullkastas av den grund för överklagandet som sökanden har tillfogat i sin replik och vid det muntliga förfarandet, enligt vilken kommissionens bedömning i fråga om DB:s missbruk av dominerande ställning inte har varit tillräckligt motiverad, vilket utgjort en överträdelse av artikel 190 i fördraget. I detta avseende finns det anledning att erinra om att enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna får nya grunder inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. Förstainstansrätten anser att den grund som avser överträdelse av artikel 190 i fördraget utgör en ny grund som inte föranleds av omständigheter som framkommit under förfarandet, vilket innebär att den inte får åberopas så sent som under pågående rättegång.

96 Under alla omständigheter har kommissionen i sitt beslut, genom att successivt analysera "DB:s bestämmande roll vid fastställandet av priser för transporter av fartygscontainrar till och från Tyskland" (punkt 143—156 i beslutet), "Transfrachts och Intercontainers priser"(punkt 162—177 i beslutet), "de ifrågavarande företagens ställning med hänsyn till prisskillnadernas diskriminerande art" och särskilt "DB/Transfracht-gruppens ställning" (punkt 185—190 i beslutet), konkurrensförhållandena och produktionskostnaderna (punkt 199—248 i beslutet) samt vid upprättandet av ett samband mellan dessa analyser, på ett utförligt sätt förklarat skälen för bedömningen att DB har missbrukat sin dominerande ställning, vilket har gjort det möjligt för förstainstansrätten att utöva sin kontroll över beslutets laglighet. Likaså har sökanden, både i sin ansökan och under det fortsatta förfarandet, bemött det resonemang som kommissionen har utvecklat i sitt beslut vad beträffar konstaterandet av ett missbruk av dominerande ställning, vilket visar att beslutet har gett sökanden de upplysningar som har varit nödvändiga för att han skall kunna ta tillvara sina rättigheter. Vid sådant förhållande kan förstainstansrätten inte finna att beslutet är bristfälligt motiverat (se domstolens dom av den 14 februari

1990 i mål C-350/88, Delacre m. fl. mot kommissionen, Rec. 1990, s. I-395, punkt 15, och förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 65).

Den tredje grunden — överträdelse av rätten till försvar

Parternas argument

97 Sökanden har anfört att denne efter delgivningen av beslutet begärde att få ta del av handlingarna i ärendet och att kommissionen avslog denna begäran. Sökanden har framhållit att begäran om aktinsyn var väsentlig för att sökandens rådgivare med framgång skulle kunna förbereda domstolsförfarandet. Det faktum att sökanden hade fått ta del av handlingarna i ärendet under det administrativa förfarandet är i detta avseende inte relevant, eftersom både det berörda företaget och rådgivaren vid den tiden var andra personer. Under alla omständigheter har sökanden påstått sig inte ha kvar de kopior som DB:s rådgivare gjorde när denne fick ta del av handlingarna i ärendet.

98 Sökanden har också preciserat att det i den tyska lagen av den 27 december 1993, varigenom järnvägen omorganiserades, tillskapades en ny organisation "Bundeseisenbahnvermögen" som officiellt efterträdde DB. Sökanden har till följd härav menat att varken dess identitet eller dess rättigheter kan anses vara samma som DB: s. Följaktligen har kommissionens vägran att låta sökanden ta del av handlingarna i ärendet berövat sökanden, som endast existerar sedan januari 1994, samtliga rättigheter i detta avseende. Detta motsvarar en överträdelse av rätten till försvar vilket innebär att det överklagade beslutet är behäftat med ett väsentligt formfel.

99 Kommissionens vägran att ta hänsyn till att företaget bytt identitet skulle vidare ha medfört en brist i beslutsmotiveringen. Sökanden har, bland annat från förstainstansrättens rättspraxis, dragit den slutsatsen att när ett företag, som anses ha blivit ansvarigt för en överträdelse som ett annat företag har begått, åläggs böter i ett

beslut enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget skall beslutet innehålla en utförlig redogörelse för de skäl som motiverar att det bötfällda företaget skall ansvara för överträdelsen (förstainstansrättens dom av den 28 april 1994 i mål T-38/92, AWS Benelux mot kommissionen, Rec. 1994, s. II-211, punkterna 26 och 27). Det överklagade beslutet innehåller inte någon sådan motivering.

100 Svaranden har understrukit att rätten att ta del av handlingarna i ärendet upphör när det administrativa förfarandet är avslutat. Svaranden har preciserat att så snart ett beslut har fattats och delgivits, garanteras mottagarens rätt till försvar av möjligheten att överklaga beslutet till domstol.

101 Svaranden har dessutom påpekat att ett byte av advokat inte under några omständigheter kan ha någon följdverkan på rätten att ta del av handlingarna i ärendet, eftersom aktinsynen är en rätt som tilldelats det berörda företaget och inte företagets enskilda advokater. Den omständigheten att företaget i detta ärende har bytt identitet är inte heller relevant, eftersom sökanden är DB:s efterträdare såväl ekonomiskt som juridiskt. Dess rättigheter och skyldigheter är följaktligen desamma som DB:s rättigheter och skyldigheter, vari ingår den rätt att få ta del av handlingarna i ärendet som DB har tagit i anspråk under det administrativa förfarandet.

Förstainstansrättens bedömning

102 Förstainstansrätten konstaterar att sökandens begäran vad gäller att få ta del av handlingarna i ärendet har framförts till kommissionen efter det att beslutet har fattats och delgivits, att det således handlar om ett förhållande som ligger senare i tiden än antagandet av beslutet och att beslutets lagenlighet följaktligen under inga omständigheter kan påverkas av kommissionens vägran att bevilja den begärda aktinsynen (se förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-145/89, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1995, s. II-987, punkt 30, samt domstolens dom av den 29 oktober 1980 i förenade målen 209/78 till 215/78 och 218/78, Van Landewyck m. fl. mot kommissionen, Rec. 1980, s. 3125, punkt 40).

103 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den tredje grunden.

104 Den omständigheten att sökanden har åberopat en annan processuell grund för överklagandet, nämligen bristande motivering beträffande ansvaret för den konstaterade överträdelsen, föranleder inte annan bedömning. Det bör påpekas att nyssnämnda grund anfördes först i repliken. Även om den hade framförts i samband med argumentationen avseende rätten att få ta del av handlingarna i ärendet anser förstainstansrätten att den är väsentligen avskild från frågan om aktinsyn, liksom de andra frågor som väckts i ansökan och att den därför skall anses vara en ny självständig grund. Eftersom den inte föranleds av rättsliga och faktiska omständigheter som framkommit under förfarandet, finner förstainstansrätten att sökanden inte äger åberopa den under rättegången (se även punkt 95).

105 Under inga omständigheter kan talan prövas på en grund som gäller bristande motivering och som sökanden anfört i repliken. Kommissionen har faktiskt i punkt 13 i beslutet angivit att sökanden, sedan den 1 januari 1994, har efterträtt DB. Förstainstansrätten anser att denna precisering tillräckligt förklarar skälet till att kommissionen ansåg sig ha rätt att uppfordra sökanden att upphöra med DB:s överträdelse av artikel 86 i fördraget, och att ålägga sökanden böter för samma överträdelse (artiklarna 3 och 4 i beslutet). Denna bedömning av kommissionen är för övrigt helt korrekt i detta mål, eftersom det av den tyska lagen om omorganisation av järnvägen och tillskapande av Bundeseisenbahnvermögen framgår att sökanden, genom Bundeseisenbahnvermögen, har erhållit DB:s tillgångar i den utsträckning det var nödvändigt för att tillhandahålla järnvägstjänster och driva järnvägsbanan.

106 Det förevarande målet skiljer sig dessutom från de omständigheter som förelåg i det ovannämnda målet AWS Benelux mot kommissionen. I det målet bedömde förstainstansrätten att en utförlig redogörelse för det sanktionerade företagets ansvar för överträdelsen var nödvändig på grund av att det agerande som låg till grund för anmärkningen avsåg ett flertal företag. I det senare fallet hade ett flertal

företag varit inblandade i det administrativa förfarandet, vilket hade förorsakat komplexa frågeställningar vad gäller ansvaret för överträdelsen när denna slutligen hade konstaterats. I detta fall har emellertid den överträdelse som kommissionen har sanktionerat endast vidtagits av ett enda företag. Motiveringen till att sökanden skall vara ansvarig för denna överträdelse kan således inskränkas till ett enkelt konstaterande av att sökanden har efterträtt DB.

Den fjärde grunden — överträdelse av rättssäkerhetsprincipen respektive principen om god förvaltningssed

Parternas argument

107 Sökanden har påpekat att kommissionen sedan lång tid tillbaka kände till DB:s prispolitik och att den flera gånger har betecknat denna politik som förenlig med gemenskapsrätten.

108 I detta avseende har sökanden erinrat om att parlamentet, genom skriftlig förfrågan nr 1720/81 av den 9 februari 1982, har begärt att kommissionen skall ange när och hur den skall få slut på "snedvridningen av konkurrensen mellan de västtyska och nederländska hamnarna i Nordsjön på grund av det tyska järnvägsbolagets diskriminerande priser" och att kommissionen som svar på denna fråga har uttalat att "fram till nu har alla undersökningar vad gäller dessa priser eller detta prissystem lett till konstaterandet att prisskillnaden mellan järnvägstransporter till de nederländska kusthamnarna och till de tyska kusthamnarna inte beror på att det föreligger diskriminerande priser. Det är i detta fall fråga om konkurrerande priser som är korrekt beräknade och som DB tar ut med beaktande av självkostnadspriser och marknadsförhållandena i sitt eget affärsintresse" (EGT C 198, s. 2). I sitt svar på en ny fråga från parlamentet år 1983 har kommissionen upprepat detta ställningstagande (svar på skriftlig förfrågan nr 664/83, EGT C 308, s. 13).

109 År 1986 har kommissionen, som svar på en annan förfrågan från parlamentet, på nytt konstaterat skillnaden mellan de priser som tillämpades på transportmarknaden för nationell tysk trafik och de som tillämpades på transportmarknaden för internationell trafik genom uttalandet att "[p]å dessa olika marknader som är utsatta för stark konkurrens tillämpar bolagen [Transfracht och Intercontainer] ... transportpriser med beaktande av de priser som konkurrerande transportörer tillämpar" och följaktligen att "de priser som bolaget Transfracht tillämpar inte kan anses som ett stöd av det slag som skapar en snedvridning av konkurrensen" (svar på skriftlig förfrågan nr 911/86, EGT C 198, 1987, s. 6).

110 Sökanden har understrukit att det överklagade beslutet står helt i strid med dessa uttalanden inför parlamentet. Sökanden har ansett att kommissionen, genom att så grundligt och plötsligt ändra sin transportpolitik, till och med utan att meddela en sådan förändring genom ett meddelande i den officiella tidningen, allvarligt har överträtt både rättssäkerhetsprincipen och principen om god förvaltningssed.

111 Svaranden har ansett att denne inte kan ha givit upphov till berättigade förväntningar hos sökanden. Svaranden har understrukit att inte vid något av de tre tillfällen när svaranden har yttrat sig inför parlamentet, vilka sökanden har hänvisat till, har svaranden uttalat sig om lagenligheten av DB:s pristillämpning i förhållande till gemenskapens konkurrensregler, utan endast angett att svaranden vid den tiden saknade information för att kunna bedöma om någon överträdelse av dessa regler hade skett. Svaranden har för övrigt tillagt att den ytterligare en gång har yttrat sig inför parlamentet i samma ärende i april 1989 vid besvarandet av en skriftlig förfrågan nr 2172/88 (EGT C 255, 1989, s. 23). Svaranden har understrukit att vid detta tillfälle har svaranden på nytt, på grund av bristande information, avhållit sig från att uttala sig om lagligheten i DB:s beteende och påpekat att "om berörda parter var beredda att informera kommissionen om de skäl enligt vilka de ansåg att dessa priser var diskriminerande kunde saken utredas av behöriga myndigheter".

112 Svaranden har dessutom noterat att de åberopade yttrandena inte är relevanta i föreliggande mål, eftersom de är daterade åren 1982, 1983 och 1986 samt april 1989 medan det överklagade beslutet rör DB:s agerande inom ramen för MCN-avtalet avseende tiden mellan den 1 oktober 1989 och den 31 juli 1992.

Förstainstansrättens bedömning

113 Enligt fast rättspraxis syftar rättssäkerhetsprincipen till att säkerställa förutsebarheten rörande de situationer och rättsliga relationer som omfattas av gemenskapsrätten (domstolens dom av den 15 februari 1996 i mål C-63/93, Duff m. fl., REG 1996, s. I-569, punkt 20). För detta ändamål är det väsentligt att gemenskapsinstitutionerna respekterar att de rättsakter som de har antagit, vilka påverkar rättssubjektens rättsliga och faktiska ställning endast kan ändras i enlighet med gällande bestämmelser om behörighet och förfarande (förstainstansrättens domar av den 27 februari 1992 i förenade målen 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 och T-104-89, BASF m. fl. mot kommissionen, Rec. 1992, s. II-315, punkt 35, och av den 6 april 1995 i förenade målen 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 och T-112/89, BASF m. fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-729, punkt 73).

114 Förstainstansrätten anser att kommissionens svar på de förfrågningar från parlamentet som sökanden har hänvisat till inte har haft någon rättsligt bindande verkan och att de inte var av den art att de påverkade DB:s rättsliga och faktiska ställning. Det finns vidare anledning att konstatera kommissionens svar, i den utsträckning de avsåg DB:s pristillämpning, var formulerade med stor reservation. I sitt svar på den skriftliga förfrågan nr 1720/81 har kommissionen i sin bedömning av DB:s prispolitik bland annat lagt till kommentaren "fram till nu" och understrukit att kommissionen var "beredd att undersöka det ärendet som väckts av parlamentsledamoten om mer exakt information tillhandahölls, särskilt avseende förhållandet

mellan den åsyftade trafiken samt tillämpliga priser och villkor för transporterna". Följaktligen motsägs inte det överklagade beslutet som just grundas på sådan "mer exakt information" av de svar som kommissionen givit till parlamentet och ändrar således inte dess betydelse.

115 Härav följer att sökanden inte kan anses ha ett anspråk på rättssäkerhet utifrån de ställningstaganden som kommissionen har redovisat inför parlamentet eller göra gällande att de har gett upphov till berättigade förväntningar.

116 Slutligen är det faktum att kommissionen har gjort reservationer i sina svar till parlamentet och därefter, när mer exakt information kommit till kommissionens kännedom genom ett klagomål och de utredningsåtgärder som skett inom ramen för det administrativa förfarandet, antagit en mer beslutsam och kritisk inställning inte oförenligt med utövandet av god förvaltningssed, utan utgör snarare ett illustrativt exempel på detta.

117 Talan kan följaktligen inte heller vinna bifall på den fjärde grunden.

Yrkandet i andra hand om upphävande av beslutet vad gäller de böter som ålagts eller i tredje hand om nedsättning av bötesbeloppet

Parternas argument

118 Sökanden har hävdat att de böter som ålagts utgör en överträdelse av proportionalitetsprincipen. Grunden för detta påstående är för det första att kommissionen under tjugo år inte har konstaterat någon överträdelse inom området för järnvägstransporter trots att kommissionen haft fullständig kännedom om järnvägsföretagens praxis. Enligt sökanden skall ett åläggande av böter upphävas eller bötesbeloppet åtminstone nedsättas om kommissionen har tvekat att ingripa mot den

påstådda snedvridningen av konkurrensen (domstolens dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, Rec 1974, s. 223, punkterna 51 och 52).

119 Bötesbeloppet skulle likaså vara oproportionerligt i förhållande till allvaret av den påstådda överträdelsen. De konsekvenser av överträdelsen som kommissionen anser bevisade skulle i realiteten inte ha uppkommit. Sökanden har i detta avseende anfört att den pristillämpning som undersökts inte har orsakat någon som helst förlust för de företag som ingick i den sammanslutning som har klagat och att de inte har medfört att transportspeditörer på den transportmarknad som i allmänhet transiterade de belgiska och nederländska hamnarna bytte till andra transportmedel. Sökanden har tillagt att en sådan övergång, till och med teoretiskt, knappast var möjlig, eftersom landsvägs- och flodtransportmedlen redan var de mest utnyttjade på denna marknad.

120 Sökanden har slutligen klagat över att kommissionen, till skillnad från sin administrativa praxis vad gäller beräkning av böter, har beräknat de gränser som föreskrivs i artikel 22.2 i förordning nr 1017/68 utifrån DB:s totala omsättning (12,9 miljarder ecu för år 1993) och inte bara utifrån omsättningen från containertrafiken (461 miljoner DM för år 1993).

121 Svaranden har bekräftat att de överklagade böterna är de första som har ålagts med stöd av förordning nr 1017/68, men har ansett att denna omständighet inte skall påverka fastställandet av beloppet. Bötesbeloppet har bestämts till rätt storlek med hänsyn till att DB varit väl medvetet om den diskriminering som tillämpades och inte har visat sig vara beredd att upphöra härmed.

122 DB:s agerande har vidare gett upphov till allvarliga följder. Svaranden har i detta avseende erinrat om att under år 1989—1991 har den trafik som transiterades via de norra hamnarna ökat med 20 procent och den trafik som transiterades via de

västra hamnarna minskat med 10 procent. Svaranden har vitsordat att sakkunnigutlåtandet tyder på att trafikflödet har varit mer eller mindre konstant under undersökningsperioden, men tillagt att även under förutsättning att dessa beräkningar är exakta skall DB:s beteende alltjämt anses ha haft för avsikt att hindra att järnvägstransporter av containrar på de västra sträckorna ökar, vilket i sig utgör en allvarlig överträdelse av konkurrensreglerna.

123 Svaranden har vidare erinrat om att enligt förstainstansrättens fasta rättspraxis är kommissionen inte skyldig att meddela sin avsikt att ålägga böter. Svaranden har likaså understrukit att undersökningen har inletts till följd av ett klagomål. Slutligen har svaranden uppgett att det ålagda bötesbeloppet ryms inom de gränser som fastställts i artikel 22 i förordning nr 1017/68.

Förstainstansrättens bedömning

124 Inledningsvis finns anledning påpeka att det i artikel 22 i förordning nr 1017/68 föreskrivs att kommissionen kan ålägga böter vid överträdelse av artikel 8 i samma förordning. Förstainstansrätten anser att den omständigheten att kommissionen har konstaterat en överträdelse av artikel 86 i fördraget, och inte av artikel 8 i förordning nr 1017/68, inte hindrar att böter åläggs med stöd av artikel 22 i förordning 1017/68, eftersom de tillämpliga bestämmelserna i artikel 8 i förordning nr 1017/68 har samma ordalydelse och betydelse som de i artikel 86 i fördraget (se punkt 77). Valet av artikel 22 i förordning nr 1017/68 som rättslig grund har för övrigt inte bestritts av sökanden.

125 Likaså skall det inledningsvis anmärkas att vid tillämpning av artikel 24 i förordning nr 1017/68 gäller att förstainstansrätten har full prövningsrätt enligt fördragets artikel 172 att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten.

126 Vad gäller beräkningen av böterna konstaterar förstainstansrätten att kommissionen har respekterat maximigränsen om 10 procent som föreskrivs i artikel 22.2 i förordning nr 1017/68. Av ordalydelsen i nämnda artikel framgår att kommissionen kan ålägga böter som inte får överstiga 10 procent av "föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som deltagit i överträdelsen". Enligt en väl etablerad rättspraxis är det härvid tillåtet att beakta såväl företagets totala omsättning som den del av omsättningen som belöper på den del av verksamheten vari överträdelsen ägt rum (den ovannämnda domen i målet Compagnie maritime belge transports m. fl. mot kommissionen, punkt 233). Enligt de uppgifter som parterna har tillhandahållit motsvarar böterna om 11 miljoner ecu mindre än 0,1 procent av DB:s omsättning år 1993 och mindre än 5 procent av DB:s omsättning vad gäller containertrafiken år 1993. Härav följer att kommissionen i alla avseenden har underskridit den gräns som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 1017/68.

127 Beträffande fastställande av bötesbelopp inom de kvantitativa gränser som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 1017/68, finns det anledning att erinra om att böterna utgör ett instrument i kommissionens konkurrenspolitik och att den följaktligen måste ha ett utrymme för eget skön när den fastställer bötesbeloppet, för att därigenom kunna främja att företagen respekterar konkurrensreglerna (se den ovannämnda domen i målet Martinelli mot kommissionen, punkt 59 och förstainstansrättens dom av den 11 december 1996 i mål T-49/95, Van Megen Sports mot kommissionen, REG 1996, s. II-1799, punkt 53). Det åligger inte desto mindre förstainstansrätten att kontrollera om det ålagda bötesbeloppet är proportionellt i förhållande till varaktigheten och övriga omständigheter som ingår i bedömningen av överträdelsens allvar, såsom den påverkan som företaget kan ha haft på marknaden, den vinst som det kan ha fått genom tillämpningen, de berörda verksamheternas volym och värde samt den risk som överträdelsen har inneburit för gemenskapens syften (se domstolens dom av den 7 juni 1983 i förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, Musique Diffusion Française m. fl. mot kommissionen, Rec. 1983, s. 1825, punkterna 120 och 129).

128 I detta fall anser förstainstansrätten att DB inte kan ha varit ovetande om att dess beteende genom dess omfattning, dess varaktighet och dess systematiska karaktär avsevärt har gynnat de transporter som transiterades via de tyska hamnarna och på så sätt allvarligt inskränkte konkurrensen. Härav följer att kommissionen lagligen

ägt bedöma att överträdelsen skett uppsåtligt (se i detta avseende förstainstansrättens dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, Rec. 1992, s. II-1931, punkt 157). Kommissionen har dessutom med all rätt tagit hänsyn till överträdelsens relativt långa varaktighet (åtminstone två år och tio månader), att DB inte på något sätt har åtagit sig att ändra på sin [pris]tillämpning till följd av meddelandet om anmärkningar och de handelsfördelar som DB har åtnjutit på grund av överträdelsen.

129 Av vad anförts följer att kommissionen hade tillgång till information som visade att det konstaterade missbruket var mycket allvarligt, och följaktligen att det ålagda bötesbeloppet, särskilt den procentandel av omsättningen som det motsvarade, inte var oproportionerligt.

130 I motsats till vad sökanden har hävdat var kommissionen inte skyldig att fastställa ett lägre belopp på grund av att det inte tidigare ålagts böter för överträdelser inom den berörda sektorn. I detta avseende finns det anledning att erinra om att det faktum att ett beslut är nytt i sitt slag inte kan åberopas till förmån för en nedsättning av böter sedan allvaret av missbruket av en dominerande ställning och av dess inskränkningar i konkurrensen har konstaterats (den ovannämnda domen i målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 239, domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 46—49). Sökanden kan inte heller lägga kommissionen till last att den skulle ha tvekat att ingripa och därigenom själv ha bidragit till överträdelsens varaktighet. I detta avseende är det tillräckligt att konstatera att kommissionen har inlett en undersökning så snart ett klagomål rörande sökandens pristillämpning inkommit.

131 På nu anförda skäl anser förstainstansrätten att det inte finns anledning att upphäva de böter som ålagts sökanden eller att nedsätta dem.

132 Följaktligen skall talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

133 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet och kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, skall svarandens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(första avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Saggio Kalogeropoulos Tiili

Moura Ramos Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 21 oktober 1997.

H. Jung
Justitiesekreterare

A. Saggio
Ordförande