

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

30 september 2003 *

In de gevoegde zaken T-191/98 en T-212/98 tot en met T-214/98,

Atlantic Container Line AB, gevestigd te Göteborg (Zweden),

Cho Yang Shipping Co. Ltd, gevestigd te Seoul (Zuid-Korea),

DSR-Senator Lines GmbH, gevestigd te Bremen (Duitsland),

Hanjin Shipping Co. Ltd, gevestigd te Seoul (Zuid-Korea),

Hapag Lloyd AG, gevestigd te Hamburg (Duitsland),

Hyundai Merchant Marine Co. Ltd, gevestigd te Seoul (Zuid-Korea),

A. P. Møller-Mærsk Line, gevestigd te Kopenhagen (Denemarken),

Mediterranean Shipping Co. SA, gevestigd Genève (Zwitserland),

Orient Overseas Container Line (UK) Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),

Polish Ocean Lines (POL), gevestigd te Gdynia (Polen),

P & O Nedlloyd BV, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk),

* Procestaal: Engels.

Sea-Land Service Inc., gevestigd te Jersey City, New Jersey (Verenigde Staten van Amerika),

Neptune Orient Lines Ltd, gevestigd te Singapore (Singapore),

Nippon Yusen Kaisha, gevestigd te Tokyo (Japan),

Transportación Marítima Mexicana SA de CV, gevestigd te Mexico City (Mexico),

Tecomar SA de CV, gevestigd te Mexico City (Mexico),

vertegenwoordigd door J. Pheasant, N. Bromfield, M. Levitt, D. Waelbroeck, U. Zinsmeister, A. Bentley, C. Thomas, A. Nourry, M. Van Kerckhove, P. Ruttley en A. Merckx, advocaten, domicilie gekozen hebben te Luxemburg,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal als gemachtigde, bijgestaan door J. Flynn, barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

European Council of Transport Users ASBL, vertegenwoordigd door M. Clough, QC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniente,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 1999/243/EG van de Commissie van 16 september 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (zaak nr. IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (PB 1999, L 95, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, J. Azizi en M. Jaeger, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 en 27 maart 2003,

het navolgende

Arrest

De toepasselijke regeling

- 1 Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204), was oorspronkelijk van toepassing op alle door het EEG-Verdrag bestreken activiteiten. Omdat het in het kader van het gemeenschappelijk vervoerbeleid en gelet op de bijzondere aspecten van deze sector noodzakelijk was gebleken daarvoor een andere mededingingsregeling in te voeren dan die welke voor de overige bedrijfstakken gold, stelde de Raad op 26 november 1962 verordening nr. 141 houdende niet-toepassing op de vervoersector van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1962, blz. 2751) vast.

- 2 Op 19 juli 1968 stelde de Raad verordening (EEG) nr. 1017/68 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 175, blz. 1) vast.

- 3 Overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 1017/68 zijn verboden alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot de drie genoemde vervoerwijzen, welke de handel tussen de

lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Volgens dit artikel is dit met name het geval bij overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die leiden tot

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van vrachtprijzen en vervoersvoorwaarden of van andere contractuele voorwaarden;
 - b) het beperken of controleren van het vervoersaanbod, de afzetmarkten, de technische ontwikkeling of de investeringen;
 - c) het verdelen van de vervoermarkten;
 - d) het ten opzichte van de handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
 - e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met vervoersprestaties.
- 4 Luidens artikel 5 van verordening nr. 1017/68 kan het verbod buiten toepassing worden verklaard ten aanzien van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de kwaliteit van de vervoersdiensten, of tot bevordering van een grotere continuïteit 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 productiviteit van de ondernemingen, of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits daarbij in redelijke mate rekening wordt gehouden met de belangen van de gebruikers, de betrokken vervoers-ondernemingen geen beperkingen worden opgelegd welke voor het bereiken van die doelstellingen niet onmisbaar zijn, en hun niet de mogelijkheid wordt gegeven de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken vervoermarkt uit te schakelen.

5 Op 22 december 1986 kwam verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB L 378, blz. 4) tot stand.

6 Artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bepaalt:

„Van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn, onder de in artikel 4 van deze verordening genoemde voorwaarde, vrijgesteld de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van alle of van een deel der leden van een lijnvaartconference of van verscheidene lijnvaartconferenties, die ten doel hebben het vaststellen van vervoertarieven en -voorwaarden en, in voorkomend geval, een of meer van de volgende doelstellingen beogen:

- a) de coördinatie van de dienstregelingen van de schepen, hun afvaart- of aanloopdata;
- b) het vaststellen van de frequentie van de reizen of de aanloop;
- c) de coördinatie of de onderlinge verdeling van de reizen of de aanloop tussen leden van de conference;

d) de regeling van de door elk der leden aangeboden vervoerscapaciteit;

e) de verdeling van de vervoerde tonnage of de opbrengsten onder de leden.”

- 7 Volgens artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 moet onder lijnvaartconference worden verstaan „een groep van twee of meer vervoerders die schepen exploiteren, die internationale lijndiensten onderhoudt voor het vervoer van lading op een bepaalde route of routes binnen omschreven geografische grenzen en die een overeenkomst of regeling, van welke aard ook, heeft getroffen binnen het kader waarvan zij opereren op basis van eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven en enigerlei andere overeengekomen voorwaarden met betrekking tot het aanbieden van lijndiensten”.
- 8 Dienaangaande wordt in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 verklaard:

„dat het gewenst is, ten behoeve van lijnvaartconferenties een generieke vrijstelling van het kartelverbod mogelijk te maken; dat deze conferenties namelijk een stabiliserende werking hebben welke een waarborg vormt voor betrouwbare dienstverlening aan verladers; dat zij er in het algemeen toe bijdragen dat een aanbod van geregelde, toereikende en doelmatige zeevervoersdiensten wordt verzekerd, met een redelijke mate van inachtneming van de belangen der vervoergebruikers; dat deze resultaten niet kunnen worden bereikt zonder de samenwerking die de scheepvaartmaatschappijen binnen de genoemde conferenties op het gebied van de tarieven en eventueel van het aanbod van scheepsruimte of de verdeling van de te vervoeren tonnages en zelfs de ontvangsten ontwikkelen; dat de conferenties meestal blijven blootstaan aan een daadwerkelijke concurrentie zowel van de zijde van de niet-conferencelijnen als van de wilde-vaartdiensten en in bepaalde gevallen van andere middelen van vervoer; dat de mobiliteit der vloten die de structuur van het aanbod in de sector zeevervoersdiensten kenmerkt, bovendien een voortdurende concurrentiedruk op de conferenties uitoefent, die gewoonlijk niet de mogelijkheid hebben de concurrentie voor een wezenlijk deel van de betrokken zeevervoersdiensten uit te schakelen”.

- 9 Om met artikel 85, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 3, EG) onverenigbare gedragingen van de lijnvaartconferenties te voorkomen, met name concurrentiebeperkingen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen die de vrijstelling rechtvaardigen, worden in verordening nr. 4056/86 aan de groepsvrijstelling bepaalde voorwaarden en verplichtingen verbonden. Volgens artikel 4 van de verordening wordt de vrijstelling verleend op de dwingende voorwaarde dat de overeenkomst geen nadeel toebrengt aan bepaalde havens, vervoergebruikers of vervoerders door toepassing van verschillende voorwaarden, op straffe van nietigheid van de betrokken overeenkomst of van het betrokken deel daarvan. Daarnaast verbindt artikel 5 van verordening nr. 4056/86 aan de vrijstelling bepaalde verplichtingen betreffende, onder meer, de getrouwheidsregelingen en de niet door de vrachtprijs gedekte diensten.
- 10 Volgens de dertiende overweging van de considerans kan voorts „geen vrijstelling worden verkregen wanneer aan de in artikel 85, lid 3, [EG-Verdrag] gestelde voorwaarden [niet] is voldaan”, en moet de Commissie dus de bevoegdheid hebben „passende maatregelen te nemen ingeval een vrijgestelde mededingingsregeling wegens bijzondere omstandigheden gevolgen blijkt te hebben die onverenigbaar zijn” met dit artikel 85.
- 11 Hiertoe voorziet artikel 7 van verordening nr. 4056/86 in een regeling van toezicht op de vrijgestelde mededingingsregelingen. Dit artikel luidt als volgt:

„1. Inbreuk op een verplichting

Indien de betrokkenen inbreuk maken op een verplichting die volgens artikel 5 is verbonden aan de in artikel 3 bedoelde vrijstelling, kan de Commissie, om deze inbreuken te beëindigen en onder de in afdeling II gestelde voorwaarden:

— aanbevelingen doen aan de betrokkenen;

— in geval van niet-nakoming van deze aanbevelingen door de betrokkenen, en afhankelijk van de ernst van de betrokken inbreuk, een beschikking geven waarin hun bepaalde handelingen worden verboden of gelast, dan wel hun onder intrekking van de hun verleende generieke vrijstelling een individuele vrijstelling wordt verleend overeenkomstig artikel 11, lid 4, dan wel hun de generieke vrijstelling wordt ontnomen.

2. Met artikel 85, lid 3, onverenigbare gevolgen

a) Indien overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die voor de in de artikelen 3 of 6 bedoelde vrijstelling in aanmerking komen, wegens de hieronder omschreven bijzondere omstandigheden desalniettemin gevolgen hebben welke onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, neemt de Commissie, na ontvangst van een klacht of op eigen initiatief, de onder c) omschreven maatregelen onder de in afdeling II gestelde voorwaarden. De zwaarte van deze maatregelen moet in verhouding staan tot de ernst van de situatie.

b) Bijzondere omstandigheden worden onder meer geschapen door:

i) handelingen van lijnvaartconferenties of een wijziging in de marktcondities in een bepaald vaargebied die tot afwezigheid of uitschakeling van feitelijke of potentiële mededinging leiden, zoals belemmerende praktijken waardoor het verkeer niet toegankelijk is voor mededingers,

ii) handelingen van conferences die de technische of economische vooruitgang kunnen belemmeren of kunnen verhinderen dat de voordelen hiervan ten goede komen aan de consument,

iii) handelingen van derde landen die

— de deelneming van buitenstaanders aan een vaargebied beletten,

— onbillijke tarieven opleggen aan leden van een lijnvaartconference

of

— regelingen voorschrijven die anderszins technische of economische vooruitgang belemmeren (ladingverdeling, beperkingen met betrekking tot sloopstypen).

c) i) Indien feitelijke of potentiële mededinging ontbreekt of dreigt te worden uitgeschakeld ten gevolge van maatregelen van een derde land, treedt de Commissie in overleg met de bevoegde autoriteiten van dat land, zo nodig gevolgd door onderhandelingen volgens door de Raad verstrekte richtlijnen, ten einde de situatie te verhelpen.

Indien de bijzondere omstandigheden evenwel in strijd met artikel 85, lid 3, onder b, van het Verdrag leiden tot de afwezigheid of uitschakeling van feitelijke of potentiële mededinging, trekt de Commissie de generieke vrijstelling in. Terzelfdertijd beslist zij of, en zo ja onder welke bijkomende voorwaarden en verplichtingen, een individuele vrijstelling voor de betrokken conference-overeenkomst kan worden verleend, onder andere ten einde toegang tot de markt te krijgen voor outsiders.

- ii) Indien de onder b) genoemde bijzondere omstandigheden andere dan de onder punt i) genoemde gevolgen hebben, treft de Commissie een of meer van de in punt 1 genoemde maatregelen.”

12 Artikel 8 van verordening nr. 4056/86 bepaalt:

„1. Misbruik van machtsposities in de zin van artikel 86 van het [EG-]Verdrag [thans artikel 82 EG] is verboden zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit is vereist.

2. Wanneer de Commissie, op eigen initiatief of op verzoek van een lidstaat of van een natuurlijke of rechtspersoon die zich op een rechtmatig belang beroept, tot de bevinding komt dat gedragingen van conferences die de in artikel 3 genoemde vrijstelling genieten, in bepaalde gevallen niettemin gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag, kan zij de generieke vrijstelling intrekken en uit hoofde van artikel 10 alle passende maatregelen nemen om een eind te maken aan de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag.

3. Alvorens een besluit te nemen uit hoofde van lid 2, kan de Commissie aan de betrokken conference aanbevelingen doen met het oog op het beëindigen van de inbreuk.”

13 Artikel 9, lid 1, van verordening nr. 4056/86 bepaalt dat, indien de toepassing van deze verordening kan leiden tot strijdigheid met wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van bepaalde derde landen waardoor belangrijke commerciële en scheepvaartbelangen van de Gemeenschap in gevaar zouden komen, de Commissie bij de eerste gelegenheid met de bevoegde autoriteiten van de betrokken derde landen overleg pleegt, ten einde die belangen zoveel mogelijk te verenigen met de naleving van de communautaire rechtsregels. Indien moet worden onderhandeld over overeenkomsten met derde landen, doet de Commissie ingevolge lid 2 van genoemd artikel aanbevelingen aan de Raad, die haar machtigt de vereiste onderhandelingen te openen. De Commissie voert deze onderhandelingen in overleg met het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op het gebied van het vervoer over zee en binnen het raam van de richtlijnen welke de Raad haar kan verstrekken.

14 Artikel 10, eerste alinea, van verordening nr. 4056/86 luidt:

„Naar aanleiding van een klacht of ambtshalve leidt de Commissie de procedure in tot beëindiging van inbreuken op artikel 85, lid 1, of artikel 86, van het Verdrag, alsmede de procedure voor de toepassing van artikel 7 van deze verordening.”

15 Ingevolge artikel 15, lid 3, van dezelfde verordening wordt voorafgaande aan beschikkingen naar aanleiding van een procedure als bedoeld in artikel 10, een Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op het gebied van het vervoer over zee geraadpleegd.

- 16 Met betrekking tot de individuele toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag wordt in de achttiende overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 verklaard, dat het „gezien de specifieke aspecten van het zeevervoer, in de eerste plaats de ondernemingen zijn die moeten zorgen dat hun overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in overeenstemming zijn met de concurrentieregels, en [dat] hun derhalve niet de verplichting behoeft te worden opgelegd deze bij de Commissie aan te melden”.
- 17 Zo bepaalt artikel 11, lid 4, van verordening nr. 4056/86:

„Indien de Commissie aan het eind van een naar aanleiding van een klacht of ambtshalve ingeleide procedure concludeert dat een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging voldoet aan de voorwaarden van artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag, geeft zij een beschikking tot toepassing van artikel 85, lid 3. In deze beschikking wordt de datum vermeld met ingang waarvan zij van kracht wordt. Dit kan een vroegere datum zijn dan die van de beschikking.”

- 18 Ingevolge artikel 12, lid 1, van verordening nr. 4056/86 evenwel kunnen ondernemingen en ondernemersverenigingen die ten gunste van de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 85, lid 1, waaraan zij deelnemen, een beroep wensen te doen op artikel 85, lid 3, bij de Commissie een verzoek indienen, dat in het kader van de in dit artikel geregelde verzetprocedure wordt behandeld.
- 19 Artikel 19 van verordening nr. 4056/86 luidt als volgt:

„[...]”

2. Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

- a) inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86, van het Verdrag of geen gevolg geven aan een verplichting, hun opgelegd krachtens artikel 7 van deze verordening;

- b) zich gedragen in strijd met een verplichting, opgelegd krachtens artikel 5 of artikel 13, lid 1,

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van duizend tot één miljoen ecu, of tot een hoger bedrag dat evenwel niet 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar mag overschrijden.

Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk.

[...]

4. De beschikkingen, gegeven krachtens leden 1 en 2, hebben geen strafrechtelijk karakter.

De in lid 2, onder a, genoemde geldboeten kunnen niet worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben nadat deze bij de Commissie zijn aangemeld en voordat de Commissie ten aanzien hiervan een beschikking heeft genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, voorzover deze gedragingen blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd.

Deze bepaling is echter niet van toepassing zodra de Commissie de betrokken ondernemingen heeft medegedeeld dat zij, na voorafgaand onderzoek, van oordeel is dat overeenkomsten, besluiten of gedragingen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is.”

- 20 Volgens artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4056/86 stelt de Commissie, alvorens een beschikking te geven, de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke zij in aanmerking heeft genomen. Verordening nr. 4260/88 van de Commissie van 16 december 1988 betreffende de mededelingsverplichtingen, de klachten, de verzoeken en het horen van belanghebbenden en derden, zoals bedoeld in verordening nr. 4056/86 (PB L 376, blz. 1), die ten tijde van de feiten van kracht was, bevat de procedurele voorschriften die bij de hoorzitting moeten worden nageleefd.

De feiten

I — *Trans-Atlantic Agreement* („TAA”)

- 21 Verzoeksters in deze zaak zijn op één uitzondering na zeevervoermaatschappijen die partij waren bij de TAA.
- 22 De TAA was een overeenkomst inzake de lijnvaart over de Atlantische Oceaan, tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten van Amerika. Zij was op 28 augustus 1992 bij de Commissie aangemeld en op 31 augustus 1992 in werking getreden.

- 23 In de TAA waren, onder meer, de tarieven voor het zeevervoer en het „multimodale” vervoer vastgesteld. De tarieven voor het zeevervoer hadden als kenmerk, dat er ten minste twee prijsniveaus waren. De tarieven voor het multimodale vervoer omvatten naast het zeevervoer het vervoer van de goederen over land, naar of van de haven van of naar een punt in het binnenland. Zij dekten dus zowel het zeesegment als het inlandsegment van het vervoer. De TAA bevatte voorts bepalingen betreffende andere aspecten van de containerlijnvaart, in het bijzonder „space/slot chartering” en de uitwisseling van materieel, tarieven voor de goederenbehandeling in de haven en het gemeenschappelijk beheer van de vervoerscapaciteit.
- 24 Op 19 oktober 1994 stelde de Commissie beschikking 94/980/EG inzake een procedure betreffende de toepassing van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.446 — Trans-Atlantic Agreement; PB L 376, blz. 1) vast.
- 25 In beschikking 94/980 (hierna „TAA-beschikking”) werd vastgesteld dat de overeenkomsten inzake prijzen en het onbenut laten van capaciteit in het zeevervoer en de overeenkomsten inzake de prijzen van containervervoer over land in of via de Gemeenschap in het kader van multimodaal vervoer inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, van het Verdrag (artikel 1 van de TAA-beschikking).
- 26 Met betrekking tot de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag kwam de TAA-beschikking tot de slotsom dat de groepsvrijstelling waarin artikel 3 van verordening nr. 4056/86 ten gunste van bepaalde lijnvaartconferenties voorziet, niet voor deze bepalingen van de TAA gold, omdat de TAA geen lijnvaart-conference was die „eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven” toepast in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van verordening nr. 4058/86, aangezien zij op zijn minst twee prijsniveaus voor zeevervoer kende. En zelfs indien de TAA een lijnvaartconference zou zijn, meende de Commissie, dat de TAA-bepalingen inzake het niet benutten van vervoerscapaciteit en inzake het bepalen van de prijzen voor het inlandsegment in het kader van multimodaal vervoer niet onder

een groepsvrijstelling konden vallen, omdat de capaciteitsbevrozing niet kon worden beschouwd als „een regeling van de door elk der leden aangeboden vervoerscapaciteit” in de zin van artikel 3, sub d, van verordening nr. 4056/86, en de vaststelling van prijzen voor inlandvervoer, zij het ook in een multimodaal kader, niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4056/86 viel, daar deze enkel op zeevervoer van haven tot haven van toepassing was. Voorts weigerde de Commissie voor die bepalingen een individuele vrijstelling te verlenen op basis van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van verordening nr. 1017/68 (artikel 2 van de TAA-beschikking).

- 27 Bij artikel 4 van de TAA-beschikking werd de adressaten ervan verboden overeenkomsten inzake prijsvaststelling te sluiten, die hetzelfde of een gelijkwaardig doel of gevolg hebben als de bepalingen van de TAA.
- 28 Ten slotte werd de adressaten bij artikel 5 van de TAA-beschikking gelast, hun cliëntèle waarmee zij in het kader van de TAA dienstencontracten hadden gesloten of waarmee zij in dat kader andere contractuele betrekkingen onderhielden, ervan in kennis te stellen dat zij, indien zij dat wensten, opnieuw over de voorwaarden van die contracten konden onderhandelen dan wel ze onverwijld konden beëindigen.
- 29 Bij beschikking van 10 maart 1995 schorste de president van het Gerecht desverzocht de tenuitvoerlegging van de artikelen 1, 2, 3 en 4 van de TAA-beschikking tot de einduitspraak van het Gerecht in het hoofdgeding, voorzover die artikelen verzoeksters verboden gezamenlijk in het kader van het gecombineerde vervoer de tarieven vast te stellen voor de segmenten inlandvervoer over het grondgebied van de Gemeenschap (beschikking president Gerecht van 10 maart 1995, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-395/94 R, Jurispr. blz. II-595). De door de Commissie ingestelde hogere voorziening tegen deze beschikking werd door het Hof afgewezen bij beschikking van 19 juli 1995, *Commissie/Atlantic Container Line e.a.* [C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165].

- 30 Bij arrest van 28 februari 2002 heeft het Gerecht het beroep tot nietigverklaring van de TAA-beschikking, behoudens artikel 5 ervan, verworpen (arrest Gerecht van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-395/94, Jurispr. blz II-875; hierna „TAA-arrest”). Tegen dit arrest is geen hogere voorziening ingesteld.

II — *Trans-Atlantic Conference Agreement („TACA”)*

- 31 Na overleg tussen de partijen bij de TAA en de Commissie is de TAA gewijzigd en vervangen door de TACA.
- 32 Evenals de TAA heeft de TACA betrekking op de scheepvaartroutes van west naar oost („eastbound”) en van oost naar west („westbound”) tussen, enerzijds, de havens in West-Europa en de punten in Europa die via die havens worden bereikt, en, anderzijds, de havens in de Verenigde Staten en de punten in de Verenigde Staten die via die havens worden bereikt.
- 33 Vaststaat dat de TACA bepalingen bevat die overeenkomen met die van de TAA inzake de vaststelling van de prijzen van het inlandvervoer op het grondgebied van de Gemeenschap. De TACA bevat voorts een aantal regels betreffende andere aspecten van het vervoer, in het bijzonder met betrekking tot het sluiten van dienstencontracten en de beloning van makelaars en expediteurs.

Aanmeldingen door de TACA

- 34 Overeenkomstig artikel 12, lid 1, van verordening nr. 4056/86 werd de TACA op 5 juli 1994 bij de Commissie aangemeld met het oog op de verlening van een

vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 53, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte („EER”).

- 35 De partijen bij de TACA waren aanvankelijk de volgende vijftien lijnvaartmaatschappijen: A. P. Møller-Mærsk Line (hierna „Mærsk”), Atlantic Container Line AB (hierna „ACL”), Hapag Lloyd AG (hierna „Hapag Lloyd”), Nedlloyd Lijnen BV (hierna „Nedlloyd”), P&O Containers Ltd (hierna „P&O”), Sea-Land Service, Inc. (hierna „Sea-Land”), Mediterranean Shipping Co. (hierna „MSC”), Orient Overseas Container Line (UK) Ltd (hierna „OOCL”), Polish Ocean Lines (hierna „POL”), DSR-Senator Lines GmbH (hierna „DSR-Senator”), Cho Yang Shipping Co. Ltd (hierna „Cho Yang”), Neptune Orient Lines Ltd (hierna „NOL”), Nippon Yusen Kaisha (hierna „NYK”), Transportación Marítima Mexicana SA de CV (hierna „TMM”) en Tecomar SA de CV (hierna „Tecomar”). Nadien, op 31 augustus 1994, traden Hanjin Shipping Co. Ltd (hierna „Hanjin”) en, op 11 september 1995, Hyundai Merchant Marine Co. Ltd (hierna „Hyundai”) tot de TACA toe. Van alle genoemde lijnvaartmaatschappijen is enkel Hyundai nooit bij de TAA aangesloten geweest.
- 36 Bij brief van 15 juli 1994 deelde de Commissie de partijen bij de TACA mee, dat zij overeenkomstig artikel 4, lid 8, van verordening nr. 4260/88 het verzoek om individuele vrijstelling ook aan verordening nr. 1017/68 zou toetsen, op grond dat sommige van de aangemelde activiteiten niet onder de toepassing van verordening nr. 4056/86 vielen.
- 37 De TACA trad op 24 oktober 1994 in werking. Omdat de tekst ervan verscheidene malen is gewijzigd, zijn na 5 juli 1994 diverse nieuwe versies van die overeenkomst bij de Commissie aangemeld.
- 38 Na enige discussies en briefwisseling met de Commissie hebben de partijen bij de TACA op 29 november 1995 de European Inland Equipment Interchange Agreement (hierna „EIEIA”) aangemeld, die betrekking heeft op samenwerking bij het inlandsegment van het multimodale vervoer.

- 39 Op 10 januari 1997 hebben de partijen bij de TACA een „hub-and-spoke”-systeem (aanvoer en distributie van vracht naar/vanuit een centraal punt) bij de Commissie aangemeld, met het oog op het verkrijgen van vrijstelling voor de collectieve vaststelling van prijzen voor alle inlandvervoerdiensten.
- 40 In verband met de TACA zijn twee verschillende procedures gevoerd, te weten een procedure tot opheffing van de immunititeit tegen geldboeten en de inbreukprocedure krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. De onderhavige beroepen betreffen deze laatste procedure.

De administratieve procedure tot opheffing van de boete-immunititeit

- 41 Op 21 juni 1995 richtte de Commissie een mededeling van punten van bezwaar tot de partijen bij de TACA (met uitzondering van Hyundai, die er op dat moment nog niet bij was aangesloten), waarin zij verklaarde voornemens te zijn de immunititeit ten aanzien van de geldboeten die uit de aanmelding van de TACA konden voortvloeien, in te trekken op het punt van de overeenkomst tussen partijen inzake de vaststelling van prijzen voor het inlandvervoer binnen de Gemeenschap.
- 42 Op 1 maart 1996 deed de Commissie de partijen bij de TACA een aanvullende mededeling van punten van bezwaar toekomen, waarin zij meedeelde dat de EIEIA haar geen reden gaf haar beoordeling van 21 juni 1995 te wijzigen.
- 43 Op 26 november 1996 stelde de Commissie beschikking C(96) 3414 def. vast, inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement; niet gepubliceerd, hierna „immuniteits-

beschikking”). Daarbij ontnam zij de partijen bij de TACA de immunititeit tegen geldboeten, voorzover het ging om de bepalingen van de TACA inzake de vaststelling van de tarieven voor inlandvervoer, aangezien die bepalingen naar het voorlopig oordeel van de Commissie niet voldeden aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, artikel 5 van verordening nr. 1017/68 en artikel 53, lid 3, EER.

- 44 Bij arrest van 28 februari 2002 heeft het Gerecht het beroep van de partijen bij de TACA tegen die beschikking niet-ontvankelijk verklaard (arrest Gerecht van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-18/97, Jurispr. blz. II-1125). Tegen dit arrest is geen hogere voorziening ingesteld.

De administratieve inbreukprocedure krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag

- 45 Op 24 mei 1996 zond de Commissie de partijen bij de TACA een op basis van de verordeningen nrs. 17, 1017/68 en 4056/68 vastgestelde mededeling van punten van bezwaar betreffende de grond van de zaak. Aan het einde van deze mededeling verklaarde de Commissie, onder meer, dat de TACA naar haar oordeel onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag viel en dat op een aantal elementen van de overeenkomst artikel 85, lid 3, van het Verdrag niet van toepassing was. De Commissie preciseerde dat zij voornemens was een beschikking te geven waarin een inbreuk op artikel 85, lid 1, werd vastgesteld en de partijen bij de TACA werd gelast een einde te maken aan de niet door artikel 85, lid 3, van het Verdrag gedekte praktijken. Ook verklaarde zij dat de partijen bij de TACA in strijd met artikel 86 van het Verdrag misbruik van hun machtspositie hadden gemaakt en dat zij voornemens was hun deswege geldboeten op te leggen. Ten slotte kondigde zij aan, dat zij de in verordening nr. 4056/86 geregelde groepsvrijstelling krachtens de artikelen 7 en/of 8 van die verordening zou intrekken.

- 46 De partijen bij de TACA antwoordden op 6 september 1996 op de mededeling van punten van bezwaar van 24 mei 1996. Tijdens een hoorzitting op 25 oktober 1996 zetten zij hun standpunt nog eens mondeling uiteen.
- 47 Op 11 april 1997 stelde de Commissie een aanvullende mededeling van punten van bezwaar vast, waarin zij verklaarde, dat zij ondanks de aanmelding van het „hub-and-spoke”-systeem nog steeds voornemens was een verbodsbeschikking te geven, ook ten aanzien van de praktijk om prijzen vast te stellen voor de door de zeevervoerder verrichte inlandvervoerdiensten binnen de Gemeenschap, voorzover deze buiten TACA's „hub-and-spoke”-systeem vielen.
- 48 Op 16 september 1998 stelde de Commissie beschikking 1999/243/EG vast, inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (zaak IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (PB 1999, L 95, blz. 1; hierna „de beschikking” of „bestreden beschikking”). Voor de vaststelling ervan volgde de Commissie de procedures van de verordeningen nrs. 17, 1017/68 en 4056/86.
- 49 In de bestreden beschikking komt de Commissie tot de conclusie dat een aantal bepalingen van de TACA in strijd zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, artikel 53, lid 1, EER en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling, gesteld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag, artikel 53, lid 3, EER en artikel 5 van verordening nr. 1017/68. Na te hebben vastgesteld dat verzoeksters inbreuk hebben gemaakt op de bepalingen van artikel 86 van het Verdrag en artikel 54 EER, legt de Commissie voorts elk van de verzoeksters een geldboete op.

De bestreden beschikking

I — *De relevante bepalingen van de TACA*

- 50 De voor de bestreden beschikking relevante bepalingen van de TACA betreffen de vaststelling van de vervoerprijzen, het sluiten van dienstencontracten en de beloning van makelaars en expediteurs.

Gezamenlijke vaststelling van de vervoerprijzen

- 51 In de bestreden beschikking wordt geconstateerd dat de TACA-leden gezamenlijk een tarief vaststellen dat uit vijf onderdelen bestaat, met een afzonderlijke tarief voor elk van de volgende diensten: het inlandvervoer naar de haven, de behandeling van de vracht in de haven (overslag van het inlandtransportmiddel naar het schip), het zeevervoer (vervoer over zee van de ene haven naar de andere), de behandeling van de vracht in de haven van bestemming (overslag van het schip naar het inlandtransportmiddel), het inlandvervoer van de haven van bestemming naar de plaats van eindbestemming (punt 96 van de considerans).
- 52 Verder wordt in de bestreden beschikking gepreciseerd, dat
- de gemeenschappelijke tarieflijst een schaal van prijzen voor het vervoer van vracht tussen vastgestelde punten bevat: er zijn 26 klassetarieven van goederen en voor elke klasse geldt een bepaald tarief (punt 13 van de considerans);

- de tarieflijst door de TACA wordt gepubliceerd en voor alle verladers verkrijgbaar is (punt 13 van de considerans);

- de tarieflijst van de conference een aantal verschillende tarieven omvat: standaardtarieven, tijd/volumetarieven (Time/Volume Rates, hierna „TVR”) en getrouwheidstarieven (punt 103 van de considerans);

- naar Amerikaans recht de leden van een conference het recht hebben bij wege van „independent action” van het conferencetarief af te wijken, mits daarvan aan de overige leden van de conference kennis wordt gegeven (punt 104 van de considerans).

Dienstencontracten

- 53 Onder dienstencontract is te verstaan een contract waarbij een verlader zich ertoe verbindt, binnen een vaste tijdspanne een bepaalde minimumhoeveelheid vracht te laten vervoeren door de conference (conference-dienstencontract) of door een individuele zeevervoerder (individueel dienstencontract), terwijl de vervoerder of de conference zich verbindt tot toepassing van een bepaald tarief of een bepaalde tariefschaal en tot een bepaalde mate van dienstverlening (punt 110 van de considerans).
- 54 Individuele dienstencontracten worden „gezamenlijk” genoemd wanneer zij door meerdere individuele vervoerders worden gesloten. Op te merken valt, dat de term „gezamenlijk dienstencontract” in de bestreden beschikking zowel voor conference-dienstencontracten wordt gebruikt als voor gezamenlijke individuele dienstencontracten.

- 55 Vaststaat dat in de transatlantische lijnvaart ongeveer 50 à 60 % van de vracht met gebruikmaking van dienstencontracten wordt vervoerd (punt 122 van de considerans).
- 56 In de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat de TACA regels beoogde te stellen voor het onderhandelen over en het sluiten van zowel conference-dienstencontracten als individuele dienstencontracten.
- 57 Wat, in de eerste plaats, de conference-dienstencontracten (hierna ook „TACA-dienstencontracten”) betreft, bepaalde artikel 14, lid 3, TACA, dat daarover namens de partijen bij de TACA door het TACA-secretariaat moest worden onderhandeld. Over de dienstencontracten waarover het TACA-secretariaat had onderhandeld, werd vervolgens door de TACA-leden gestemd. Een lid dat niet aan het dienstencontract wenste deel te nemen, kon met betrekking tot dat contract eenzijdige actie („unilateral action”) ondernemen binnen de in artikel 14, lid 2, sub j, TACA gestelde grenzen (punten 132-148 van de considerans).
- 58 Volgens de bestreden beschikking bevat de TACA tevens een aantal bindende „richtsnoeren” (artikel 14, lid 2) met betrekking tot de inhoud van dienstencontracten en met betrekking tot de omstandigheden waaronder zij mogen worden gesloten (punt 149 van de considerans). De belangrijkste beperkingen betreffen de volgende punten:
- duur: volgens artikel 14, lid 2, sub a, TACA mochten dienstencontracten voor niet langer dan één kalenderjaar worden gesloten (later verlengd tot twee, en vervolgens tot drie jaar) (punten 17, sub f, en 491 van de considerans);

- voorwaardelijke bedingen („contingency clauses”): volgens artikel 14, lid 2, sub c, TACA is het verboden in dienstencontracten bedingen op te nemen inzake een verlaging van het volgens het betrokken dienstencontract te betalen tarief onder verwijzing naar met andere verladers in het kader van andere regelingen overeengekomen voorwaarden (punten 17, sub g, en 489 van de considerans);

- meervoudige contracten: volgens artikel 14, lid 2, sub c, TACA kan geen van de TACA-leden, alleen of tezamen met een ander lid aan meer dan één dienstencontract tegelijk met dezelfde verlader voor in het vaargebied te vervoeren vracht deelnemen;

- het niveau van de schadevergoedingsbedingen voor het geval van niet-nakoming van het contract: ingevolge artikel 14, lid 2, sub d, TACA maken de partijen bij de TACA afspraken over het niveau van die bedingen in de door hen gesloten dienstencontracten (punt 495 van de considerans); volgens de bestreden beschikking is het niveau van de schadevergoeding door de partijen bij de TACA op 250 USD per Twenty Feet Equivalent Unit („TEU”) gesteld (punt 226 van de considerans);

- vertrouwelijkheid: volgens de bestreden beschikking verlangt de TACA, dat de leden elkaar in kennis stellen van de voorwaarden van alle door hen gesloten dienstencontracten en dat deze informatie beschikbaar is voor alle zeevervoerders die zich bij de TACA willen aansluiten (punt 496 van de considerans).

- 59 Wat, in de tweede plaats, de individuele dienstencontracten betreft, deze waren in 1994 en 1995 door de TACA verboden, maar vanaf 1996 toegestaan. Dienaangaande vermeldt de bestreden beschikking:

„32 Op 9 maart 1995 stelden de partijen bij de TACA de Commissie ervan in kennis dat de FMC [Amerikaanse Federal Maritime Commission] een bijkomende voorwaarde aan hen had opgelegd. De FMC eiste dat de partijen bij de TACA de TACA zodanig zouden wijzigen, dat individuele partijen bij de TACA dienstencontracten voor 1996 zouden kunnen sluiten zonder de instemming van de andere partijen bij de TACA te hebben verkregen, mits die contracten in overeenstemming zouden zijn met artikel 14, lid 2, van de TACA.”

Beloning van makelaars en expeditieus

- 60 Ingevolge artikel 5, lid 1, sub c, TACA stellen de partijen bij de TACA de bedragen, niveaus of tarieven voor de vergoeding van makelaars en expeditieus vast, met inbegrip van de voorwaarden voor de betaling ervan en de aanwijzing van de personen die als makelaar mogen optreden (punt 164 van de considerans).

II — *De relevante markt*

- 61 Aan het eind van de analyse in de punten 60 tot en met 84 van de considerans komt de bestreden beschikking tot de vaststelling, dat de markt van zeevaartdiensten waarin de TACA opereert, die is van de containerlijnvaart tussen de Noord-Europese havens en die in de Verenigde Staten en Canada.

- 62 In punt 519 van de considerans zet de Commissie in verband met de toepassing van artikel 86 van het Verdrag uiteen:

„519 De relevante markt voor zeevaartdiensten wordt hierboven, in de overwegingen 60 tot en met 75, beschreven. Onder ‚geografische markt’ wordt verstaan het gebied waarin de bovengenoemde zeevaartdiensten worden aangeboden, hetgeen in het onderhavige geval betekent: de aantrekkingszones van de Noord-Europese havens. Een dergelijke geografische markt komt overeen met de werkingssfeer van TACA’s inlandtarief en vormt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.”

III — *Juridische beoordeling*

- 63 Volgens de bestreden beschikking zijn op de regels en praktijken van de TACA de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van toepassing.

Toepassing van artikel 85 van het Verdrag

- 64 Met betrekking tot de toepassing van artikel 85 van het Verdrag zet de Commissie uiteen, dat de volgende elementen van de TACA tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt of vervalst in de zin van lid 1 van dat artikel:

— de prijsovereenkomst tussen de partijen bij de TACA betreffende het zeevervoer (punten 379 en 380 van de considerans);

- de prijsovereenkomst tussen de partijen bij de TACA betreffende inland-vervoerdiensten die op het grondgebied van de Gemeenschap aan verladers worden aangeboden, in combinatie met andere diensten als onderdeel van een multimodale vervoeroperatie voor containervervoer („carrier haulage”-diensten) tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten (punten 379 en 380 van de considerans);
 - de overeenkomst tussen de partijen bij de TACA betreffende de voorwaarden waaronder zij met verladers dienstencontracten mogen afsluiten (punten 379, 380 en 442-448 van de considerans), en
 - de overeenkomst tussen de partijen bij de TACA betreffende de vaststelling van het maximumniveau van de vergoedingen voor expediteurs (punten 379, 380 en 505-508 van de considerans).
- 65 Anderzijds is het volgens de Commissie in dit stadium niet duidelijk, of de „European Inland Equipment Interchange Agreement” (EIEIA) de mededinging in aanzienlijke mate ongunstig beïnvloedt. Daarom wordt de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de EIEIA niet in de bestreden beschikking behandeld.
- 66 Met betrekking tot een eventuele vrijstelling concludeert de Commissie, dat de groepsvrijstellingsregeling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 enkel van toepassing is op de prijsovereenkomst betreffende het zeevervoer, maar niet op de andere mededingingsbeperkende overeenkomsten (punten 397-399 van de considerans). Ten aanzien van de mogelijkheid van individuele vrijstelling meent de Commissie, dat geen van de betrokken overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van verordening nr. 1017/68 voldoet (punten 409-441 van de considerans).

Toepassing van artikel 86 van het Verdrag

- 67 Wat de toepassing van artikel 86 van het Verdrag betreft, wordt in de bestreden beschikking vastgesteld, dat de partijen bij de TACA een collectieve machtspositie op de relevante markt bezitten (punten 519-576 van de considerans) en deze collectieve machtspositie in de periode van 1994 tot 1996 hebben misbruikt, in de eerste plaats door een overeenkomst te sluiten waarbij beperkingen met betrekking tot het aangaan en de inhoud van dienstencontracten werden ingevoerd (hierna ook „het eerste misbruik”), en in de tweede plaats, door de concurrentiestructuur van de markt zo te wijzigen, dat de machtspositie van de TACA werd versterkt (hierna ook „het tweede misbruik”) (punten 550-576 van de considerans).
- 68 Het eerste misbruik (punten 551-558 van de considerans) heeft volgens de Commissie „vooral betrekking op de door de partijen bij de TACA opgelegde condities [...] in verband met voorwaardelijke bedingen, de looptijd van dienstencontracten, het verbod van meervoudige contracten, en de strafbedingen”, alsmede het verbod van individuele dienstencontracten in 1995 (punten 556 en 557 van de considerans).
- 69 Met betrekking tot het tweede misbruik (punten 559-567 van de considerans) zet de Commissie uiteen dat „het de bedoeling van de partijen bij de TACA was ervoor te zorgen, dat potentiële concurrenten die de markt wensten te betreden, dit uitsluitend zouden doen na te zijn toegetreden tot de TACA” (punt 562 van de considerans). Tot de maatregelen die de partijen bij de TACA namen om potentiële concurrenten ertoe te brengen als TACA-lid tot de markt toe te treden, behoorden volgens de bestreden beschikking speciale maatregelen ten gunste van Hanjin (mededeling van vertrouwelijke informatie en toewijzing van een marktaandeel) en van Hyundai (onmiddellijke toegang tot dienstencontracten), het aangaan door de partijen bij de TACA van een groot aantal dienstencontracten met een tweeledige prijsstructuur en het feit dat de vroegere gestructureerde TAA-leden niet meedongen naar sommige dienstencontracten met zeevervoerders zonder eigen schepen („Non Vessel Operating Common Carriers”, hierna „NVOCC's”).

Geldboeten

- 70 Bij de bestreden beschikking wordt aan elke partij bij de TACA een geldboete opgelegd wegens inbreuk op artikel 86 van het Verdrag. Er worden geen geldboeten opgelegd wegens de inbreuk op artikel 85 van het Verdrag.
- 71 Volgens de bestreden beschikking zijn die twee inbreuken gepleegd gedurende een gedeelte van het jaar 1994 en gedurende 1995 en 1996 (punten 592 en 594 van de considerans).

Dispositief

- 72 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt:

„Artikel 1

De in bijlage I genoemde ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag, op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst en op artikel 2 van verordening (EEG) nr. 1017/68 door onderling de prijzen vast te stellen voor inlandvervoerdiensten die op het grondgebied van de Gemeenschap aan verladers worden aangeboden, in combinatie met andere diensten als onderdeel van het multimodale vervoer van gecontaineriseerde lading tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten van Amerika. Aan de voorwaarden van, respectievelijk, artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag, artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst en artikel 5 van verordening (EEG) nr. 1017/68 wordt niet voldaan.

Artikel 2

De in bijlage I genoemde ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door onderling de bedragen, niveaus en tarieven voor de vergoeding van makelaars en expediteurs en de voorwaarden voor de betaling ervan vast te stellen en door de personen aan te wijzen die als makelaar mogen optreden. Aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag en van artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst wordt niet voldaan.

Artikel 3

De in bijlage I genoemde ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag en op artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst door onderling de voorwaarden vast te stellen waarop zij met verladers dienstencontracten mogen afsluiten. Aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag en van artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst wordt niet voldaan.

Artikel 4

De in bijlage I genoemde ondernemingen wordt gelast onverwijld een einde te maken aan de in de artikelen 1, 2 en 3 bedoelde inbreuken en zich voortaan te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die hetzelfde of een gelijkaardig doel of gevolg heeft als de in de artikelen 1, 2 en 3 bedoelde overeenkomsten.

Artikel 5

De in bijlage I genoemde ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 86 van het EG-Verdrag en op artikel 54 van de EER-overeenkomst door de mededingingsstructuur van de markt zodanig te wijzigen dat de machtspositie van de TACA wordt versterkt.

Artikel 6

De in bijlage I genoemde ondernemingen hebben inbreuk gemaakt op artikel 86 van het EG-Verdrag en op artikel 54 van de EER-overeenkomst door beperkingen inzake het aangaan en de inhoud van dienstencontracten op te leggen.

Artikel 7

De in bijlage I genoemde ondernemingen wordt hierbij gelast onverwijld een einde te maken aan de in de artikelen 5 en 6 bedoelde inbreuken en zich voortaan te onthouden van elke gedraging die hetzelfde of een gelijkaardig doel of gevolg heeft als de in de artikelen 5 en 6 bedoelde inbreuken.

Artikel 8

Wegens de in de artikelen 5 en 6 bedoelde inbreuken op artikel 86 van het EG-Verdrag en op artikel 54 van de EER-overeenkomst worden de volgende geldboeten opgelegd.

A. P. Møller-Mærsk Line	27 500 000 ECU
Atlantic Container Line AB	6 880 000 ECU
Hapag Lloyd Container Line GmbH	20 630 000 ECU
P&O Nedlloyd Container Line Limited	41 260 000 ECU
Sea-Land Service, Inc.	27 500 000 ECU
Mediterranean Shipping Co.	13 750 000 ECU
Orient Overseas Container Line (UK) Ltd	20 630 000 ECU
Polish Ocean Lines	6 880 000 ECU
DSR-Senator Lines	13 750 000 ECU
Cho Yang Shipping Co. Ltd	13 750 000 ECU
Neptune Orient Lines Ltd	13 750 000 ECU
Nippon Yusen Kaisha	20 630 000 ECU
Transportación Marítima Mexicana SA de CV/Tecomar SA de CV	6 880 000 ECU
Hanjin Shipping Co. Ltd	20 630 000 ECU
Hyundai Merchant Marine Co. Ltd	18 560 000 ECU

Artikel 9

De in bijlage I genoemde ondernemingen wordt gelast binnen twee maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking hun cliëntèle waarmee zij gezamenlijke dienstencontracten hebben gesloten, ervan in kennis te stellen dat deze cliëntèle desgewenst opnieuw over de voorwaarden van die contracten kan onderhandelen of deze contracten onverwijld kan beëindigen.

Artikel 10

De bij artikel 8 opgelegde geldboeten worden binnen drie maanden na kennisgeving van deze beschikking in ECU overgemaakt op rekeningnummer 310-0933000-43 van de Commissie bij Bank Brussel-Lambert, Europees agentschap, Schumanplein 5, B-1040 Brussel.

Na afloop van deze termijn is automatisch rente verschuldigd over de geldboete, tegen het tarief dat de Europese Centrale Bank voor transacties in ECU in rekening brengt op de eerste werkdag van de maand waarin deze beschikking is gegeven, vermeerderd met 3,5 procentpunten, te weten 7,5 %.

Artikel 11

Deze beschikking is gericht tot de in bijlage I genoemde ondernemingen.

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

Het procesverloop

⁷³ Op 7 december 1998 hebben 12 van de 17 scheepvaartmaatschappijen waartoe de bestreden beschikking was gericht, te weten ACL, Cho Yang, DSR-Senator,

Hanjin, Hapag Lloyd, Hyundai, Mærsk, MSC, OOCL, POL, P&O Nedlloyd (in januari 1997 ontstaan uit de fusie van Nedlloyd en P&O, die beide op het moment van vaststelling van de beschikking adressaat ervan waren) en Sea-Land, krachtens artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld. Dit beroep is ter griffie ingeschreven onder nr. T-191/98 (Atlantic Container Line e.a./Commissie).

- 74 Op 29 december 1998 hebben NOL en NYK bij afzonderlijke verzoekschriften eveneens een beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld [respectievelijk ingeschreven onder nr. T-212/98 (Neptune Orient Line/Commissie) en nr. T-213/98 (Nippon Yusen Kaisha/Commissie)]. Op 30 december 1998 ten slotte hebben TMM en Tecomar een beroep tot nietigverklaring ingesteld, dat is ingeschreven onder nr. T-214/98 (Transportación Marítima Mexicana en Tecomar/Commissie).
- 75 Op 18 januari 1999 vond op initiatief van de griffier een informele bijeenkomst plaats van de rechter-rapporteur, de heer Jaeger, met verzoeksters. Dezen werden uitgenodigd hun verzoekschriften, die, zonder bijlagen, in totaal ongeveer 2000 bladzijden omvatten, te regulariseren, te overwegen of het wenselijk was er een samenvatting van te maken, een selectie te maken van relevante stukken uit de bijlagen (opgenomen in ongeveer 100 dossiermappen), en een regeling te vinden voor het in verband met bepaalde bijlagen opgeworpen vertrouwelijkheidsprobleem. Tijdens de bijeenkomst kon dit laatste slechts gedeeltelijk worden opgelost.
- 76 Bij beschikking van 22 februari 1999 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht de voeging van de zaken T-191/98, T-212/98, T-213/98 en T-214/98 voor de schriftelijke en mondelinge behandeling en voor het arrest gelast.

- 77 Op 21 juni 1999 heeft The European Council of Transport Users ASBL (hierna „ECTU”), waarbij aangesloten The European Shippers Council (hierna „ESC”), verzocht om toelating tot tussenkomst ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de zaken T-191/98, T-212/98, T-213/98 en T-214/98.
- 78 Bij beschikking van 21 juli 1999 heeft de president van het Gerecht het verzoek van DSR-Senator om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking afgewezen (beschikking president Gerecht van 21 juli 1999, DSR-Senator Lines/Commissie, T-191/98 R, Jurispr. blz. II-2531). De hogere voorziening tegen deze beschikking is door de president van het Hof afgewezen bij beschikking van 14 december 1999 [DSR-Senator Lines /Commissie, C-364/99 P(R), Jurispr. blz. I-8733].
- 79 Op 17 augustus 1999 hebben verzoeksters verzocht, bepaalde documenten tegenover interveniënte vertrouwelijk te behandelen. Zij hebben dit verzoek toegelicht in een faxbericht van 23 augustus 1999. Bij brieven van 10 september en 8 oktober 1999 heeft de Commissie verscheidene bezwaren tegen dit verzoek ingebracht.
- 80 Bij beschikking van 15 november 1999 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht de ECTU tot tussenkomst toegelaten en tegelijkertijd het verzoek om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd. Verder is vertrouwelijke behandeling voorlopig toegestaan voor bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift in zaak T-191/98.
- 81 Bij brief van 8 december 1999 hebben verzoeksters de griffie doen weten, dat zij op één na alle in de beschikking van 1 november 1999 bedoelde bijlagen uit het dossier wensten terug te trekken. Bij brief van 10 december 1999 hebben verzoeksters voorts verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in de dupliek en de bijlagen daarvan. Bij brief van 17 januari 2000 heeft de Commissie bezwaar tegen dit verzoek gemaakt.

- 82 Bij beschikking van 14 maart 2000 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht het verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in het verzoekschrift en de dupliek gedeeltelijk ingewilligd.
- 83 Bij beschikking van 28 juni 2000 heeft de president van het Gerecht het verzoek van Cho Yang om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking afgewezen (beschikking president Gerecht van 28 juni 2000, Cho Yang Shipping/Commissie, T-191/98 R II, Jurispr. blz. II-2551). De hogere voorziening tegen deze beschikking is door de president van het Hof afgewezen bij beschikking van 15 december 2000 [Cho Yang Shipping/Commissie, C-361/00 P(R), Jurispr. blz. I-11657].
- 84 In haar brief van 27 september 2000, die gevoegd was bij haar opmerkingen over het verzoek tot tussenkomst van de ECTU, heeft verzoekster in zaak T-213/98 het Gerecht verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde cijfermatige gegevens in die opmerkingen, welke verzoek zij herhaalde in een brief van 20 oktober 2000. Bij brief van 17 november 2000 heeft de Commissie bezwaren ingebracht tegen dat verzoek, dat evenwel door de president van de Derde kamer van het Gerecht bij beschikking van 20 juni 2002 is ingewilligd.
- 85 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het partijen uitgenodigd bepaalde stukken over te leggen en schriftelijke vragen te beantwoorden. Partijen hebben hier binnen de gestelde termijnen aan voldaan.
- 86 Ter terechtzitting van 26 en 27 maart 2003 hebben partijen pleidooi gehouden en mondelinge vragen beantwoord.

Conclusies van partijen

87 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
- subsidiair, de bij artikel 8 van de bestreden beschikking opgelegde geldboeten in te trekken of te verlagen;
- de Commissie in de kosten te verwijzen;
- de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de kosten die verzoeksters hebben gemaakt wegens het stellen van een bankgarantie als zekerheid voor de betaling van de geldboeten in afwachting van het arrest van het Gerecht.

88 De Commissie, ondersteund door de ECTU, interveniënte, concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters in de kosten te verwijzen.

In rechte

- 89 In hun beroep tot nietigverklaring voeren verzoeksters in wezen zeven groepen van middelen aan. De middelen van de eerste groep zijn ontleend aan schending van de rechten van de verdediging. Met de middelen van de tweede en de derde groep wordt betwist dat inbreuk is gemaakt op artikel 85, respectievelijk artikel 86 van het Verdrag. De vierde groep van middelen heeft betrekking op het niet eerbiedigen van de procedure van verordening nr. 4056/86, de vijfde op diverse motiveringsgebreken, de zesde op de geldboeten. Het enige middel van de zevende groep ten slotte is ontleend aan schending van artikel 215, tweede alinea, EG-Verdrag (thans artikel 288, tweede alinea, EG).
- 90 De verzoekschriften met bijlagen die door verzoeksters zijn ingediend, zijn ongewoon omvangrijk — elk verzoekschrift telt bijna 500 bladzijden, de bijlagen omvatten ongeveer honderd dossiermappen —, en daarin worden bijna honderd middelen aangevoerd. In verband daarmee moet erop worden gewezen, dat de verplichting van het Gerecht om zijn uitspraken te motiveren, volgens de rechtspraak van het Hof niet betekent, dat het Gerecht elk argument van een partij gedetailleerd moet beantwoorden, in het bijzonder wanneer het niet voldoende duidelijk en nauwkeurig is en niet wordt gestaafd door omstandig bewijs (arresten Hof van 6 maart 2001, Connolly/Commissie, C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121, en 11 september 2003, België/Commissie, C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81). Bij het onderzoek van de vele middelen die verzoeksters tot staving van hun beroep hebben aangevoerd, dient die rechtspraak leidraad te zijn.

I — *Middelen ontleend aan schending van de rechten van de verdediging*

- 91 Bij de middelen die verzoeksters aan schending van de rechten van de verdediging ontlene, kunnen drie onderdelen worden onderscheiden. Het eerste onderdeel

betreft schending van het recht te worden gehoord, het tweede schending van het recht op toegang tot het dossier, terwijl het derde onderdeel betrekking heeft op schending van de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid.

Eerste onderdeel: schending van het recht te worden gehoord

- 92 In hun verzoekschrift verdelen verzoeksters dit eerste onderdeel weer in drieën. In de eerste onderverdeling stellen verzoeksters, dat de mededeling van punten van bezwaar niet geldig is omdat zij niet aan het eind van het onderzoek van de Commissie is vastgesteld en derhalve prematuur is. In de tweede onderverdeling stellen zij, dat het verwijt inzake onrechtmatige wijziging van de mededingingstructuur op de markt een nieuw verwijt is, dat bovendien op nieuwe bewijs-elementen is gebaseerd. In de derde onderverdeling ten slotte stellen zij, dat de bestreden beschikking nieuwe beweringen van feitelijke en juridische aard bevat, die in de mededeling van punten van bezwaar ontbreken.
- 93 Bij bestudering van het verzoekschrift blijkt het eerste onderdeel in werkelijkheid echter twee verschillende soorten middelen te omvatten met betrekking tot de wijze waarop de Commissie de administratieve procedure heeft gevoerd. Enerzijds betwisten verzoeksters met een middel dat deel uitmaakt van de eerste onderverdeling van hun betoog, de wettigheid van de mededeling van punten van bezwaar als zodanig, omdat zij prematuur zou zijn. Anderzijds klagen zij met middelen die in alle drie onderverdelingen van hun betoog terugkeren, over nieuwe verwijten van feitelijke en juridische aard in de bestreden beschikking.

A — Onwettigheid van de mededeling van punten van bezwaar wegens haar prematuur karakter

1. Argumenten van partijen

- 94 Verzoeksters stellen dat de hun op 24 mei 1996 door de Commissie toegezonden mededeling van punten van bezwaar ongeldig is, omdat zij niet aan het einde van het onderzoek van de Commissie is vastgesteld.
- 95 Volgens de rechtspraak, aldus verzoeksters, moet de mededeling van punten van bezwaar een duidelijke omschrijving bevatten van de feiten waarop de Commissie zich baseert, alsmede de kwalificatie die eraan wordt gegeven (arresten Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 29, en 31 maart 1993, Ahlström e.a./Commissie, „Houtslip II”, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punten 40-54 en 152-154; arrest Gerecht van 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-10/92-T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 33). Zoals het Gerecht overwoog in zijn arrest van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie (T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 51), verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging derhalve, „dat de verzoeker in staat is gesteld op de door hem passend geachte wijze zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot alle bezwaren die de Commissie in de tot hem gerichte mededelingen van punten van bezwaar tegen hem naar voren heeft gebracht, alsmede met betrekking tot de tot staving van die bezwaren aangevoerde bewijselementen die de Commissie in haar mededelingen van punten van bezwaar heeft genoemd of in bijlagen heeft opgenomen” (zie ook arrest Gerecht van 14 mei 1998, Sarrió/Commissie, T-334/94, Jurispr. blz. II-1439, punt 39).
- 96 Verzoeksters leiden hieruit af dat de Commissie zich in haar beschikking niet kan baseren op bewijzen die na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar zijn verkregen en waarover de betrokken onderneming geen opmerkin-

gen heeft kunnen maken. Zij verwijzen hier naar het arrest van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 15), waarin het Hof overwoog dat „overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en ter waarborging van de rechten van de verdediging de betrokken onderneming het recht [dient] te worden verzekerd, bij het einde van het onderzoek opmerkingen te maken over alle bezwaren die de Commissie voornemens is in de [...] beschikking op te werpen”.

97 In casu heeft de Commissie verzoeksters twee dagen vóór de verzending van de mededeling van punten van bezwaar om informatie gevraagd en hun na de verzending van die mededeling nog eens dertig verzoeken om aanvullende inlichtingen doen toekomen, zowel tijdens als na de periode voor antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Volgens verzoeksters volgt hieruit, dat de mededeling van punten van bezwaar in strijd met het beginsel van goed bestuur en de boven aangehaalde rechtspraak te vroeg aan de adressaten is verzonden.

98 Dit premature karakter leidt er volgens verzoeksters toe, dat:

— de mededeling van punten van bezwaar niet alle feitelijke gegevens vermeldt die de Commissie voor haar onderzoek van de aanmelding van de TACA van belang achtte;

— het juridisch onderzoek in de mededeling van punten van bezwaar niet gebaseerd is op alle feitelijke gegevens die de Commissie voor haar beoordeling van de aanmelding van belang achtte;

- de mededeling van punten van bezwaar niet kan worden geacht het oordeel van de Commissie over de aanmelding en de verenigbaarheid ervan met het gemeenschapsrecht weer te geven;

 - verzoeksters bij hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar geen effectief gebruik van de rechten van de verdediging hebben kunnen maken.
- 99 Hieruit volgt dat de mededeling van punten van bezwaar van 24 mei 1996 niet de functie heeft kunnen vervullen die dat stuk heeft, te weten de onderneming waartegen een onderzoek loopt, in staat te stellen om overeenkomstig de rechten van de verdediging haar standpunt kenbaar te maken over de bewijsvoering van de Commissie, vóórdat deze een eindbeschikking geeft.
- 100 Verzoekers merken op dat sommige verzoeken om aanvullende inlichtingen weliswaar betrekking hadden op kwesties die in de mededeling van de punten van bezwaar waren besproken, doch dat andere verzoeken om inlichtingen volstrekt nieuwe punten betroffen.
- 101 Er bestaat derhalve een wettelijke en procedurele contradictie tussen het standpunt dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar inneemt, en het feit dat zij haar onderzoek na die mededeling heeft voortgezet. Zo rechtvaardigt de Commissie haar verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 met de noodzaak het verzoek om individuele vrijstelling van de partijen in de gehele economische en juridische context te beoordelen, maar in punt 249 van de mededeling van punten van bezwaar van 24 mei 1996 gaf zij al aan, dat de TACA niet voor vrijstelling in aanmerking kwam.

- 102 In antwoord op het verweer van de Commissie, dat de TACA haar praktijken voortdurend veranderde en dat verzoeksters het onderzoek dwarsboomden, merken verzoeksters op, dat de Commissie niet aangeeft welke praktijken van de TACA-leden voortdurend veranderden en daarom de verzoeken om aanvullende inlichtingen rechtvaardigden. Voorts ontkennen zij het onderzoek ooit te hebben belemmerd.
- 103 Uit de ongeldigheid van de mededeling van punten van bezwaar volgt volgens verzoeksters, dat de Commissie de procedure tegen hen niet op geldige wijze heeft ingeleid, zodat ervan moet worden uitgegaan dat de bestreden beschikking geen enkel punt van bezwaar behandelt waarover verzoeksters hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken. Derhalve moet de bestreden beschikking wegens schending van de rechten van de verdediging in haar geheel nietig worden verklaard.
- 104 De Commissie betoogt dat zij het volste recht heeft na de verzending van een mededeling van punten van bezwaar een onderzoek in te stellen. Zij concludeert derhalve tot afwijzing van dit middel van verzoeksters.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 105 Vaststaat, dat de Commissie verzoeksters twee dagen vóór de verzending van de mededeling van punten van bezwaar een verzoek om inlichtingen heeft gezonden, alsmede een dertigtal verzoeken om aanvullende inlichtingen na de verzending van die mededeling, zelfs nog na het antwoord van verzoeksters op de mededeling van punten van bezwaar en na de hoorzitting bij de Commissie, en voor het laatst in maart 1998.

- 106 Volgens verzoeksters blijkt hieruit, dat de mededeling van punten van bezwaar te vroeg is opgesteld en daardoor niet de functie heeft kunnen vervullen die dit stuk normaal heeft, te weten de onderneming waartegen een onderzoek loopt, in staat te stellen haar standpunt kenbaar te maken over alle door de Commissie tegen haar ingebrachte feitelijke en juridische bezwaren.
- 107 Voorzover verzoeksters de Commissie in dit middel verwijten, de antwoorden op de verzoeken om aanvullende inlichtingen te hebben gebruikt om in de bestreden beschikking nieuwe beweringen van feitelijke en juridische aard op te nemen zonder hen in staat te stellen daar opmerkingen over te maken, valt dit middel, zoals in punt 93 supra opgemerkt, samen met de middelen inzake het voorkomen van nieuwe beweringen van feitelijke en juridische aard in de bestreden beschikking en zal het derhalve bij het onderzoek van deze laatste worden behandeld.
- 108 Hier dient dit middel dus uitsluitend te worden onderzocht, in zoverre erin wordt gesteld dat de mededeling van punten van bezwaar enkel omdat zij prematuur is, onwettig is.
- 109 De stelling van verzoeksters berust op de premisse dat de Commissie, voordat zij een mededeling van punten van bezwaar verzendt, het voorafgaand onderzoek moet hebben afgerond. Om de juistheid van deze stelling te beoordelen, moet worden onderzocht of de Commissie daar daadwerkelijk toe verplicht is.
- 110 Het is juist, dat de regeling voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, die is neergelegd in de verordeningen nrs. 17, 1017/68 en 4056/86 van de Raad, op basis waarvan de bestreden beschikking is vastgesteld, volgens de rechtspraak twee opeenvolgende, maar duidelijk onderscheiden procedures

omvat, namelijk eerst een voorlopige onderzoeksprocedure en vervolgens een door de mededeling van punten van bezwaar ingeleide procedure op tegenspraak (arrest Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 384/87, Jurispr. blz. 3283, punt 20, en arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 45).

- 111 In principe volgt de mededeling van punten van bezwaar dus op een voorlopig onderzoek dat de Commissie na een aanmelding, een klacht dan wel ambtshalve heeft ingesteld om te bepalen of de betrokken praktijken verenigbaar zijn met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Eerst na een dergelijk onderzoek zal de Commissie immers over voldoende feitelijke en juridische informatie beschikken met betrekking tot de wettigheid van die praktijken, en kan zij dus besluiten om al dan niet een mededeling van punten van bezwaar te verzenden en daarmee een inbreukprocedure in te leiden.
- 112 Anders dan verzoeksters stellen, betekent dit echter niet, dat de Commissie na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar haar onderzoek niet meer mag voortzetten, bijvoorbeeld door verzoeken om aanvullende inlichtingen.
- 113 Volgens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, artikel 26, lid 1, van verordening nr. 1017/68 en artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4056/86 bestaat de functie van de mededeling van punten van bezwaar erin, de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun standpunt over de tegen hen ingebrachte bezwaren kenbaar te maken voordat de Commissie een beschikking geeft waarbij een inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag wordt vastgesteld. Volgens artikel 4 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB blz. 2268), artikel 4 van verordening (EEG) nr. 1630/69 van de Commissie van 8 augustus 1969 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 26, leden 1 en 2, van verordening nr. 1017/68 (PB L 209, blz. 11) en artikel 8 van verordening

nr. 4260/88 kan de Commissie in haar beschikking slechts die punten van bezwaar in aanmerking nemen, waarover de ondernemingen tot wie de beschikking is gericht, hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken. Volgens de rechtspraak is aan dit vereiste voldaan wanneer de beschikking de belanghebbenden geen andere inbreuken te last legt dan die welke in de mededeling van punten van bezwaar zijn genoemd, en enkel die feiten als vaststaand aanneemt waarover de belanghebbenden zich hebben kunnen uitlaten (arrest Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 94).

114 De mededeling van punten van bezwaar is dus een voorbereidende procedure-handeling ten opzichte van de beschikking die de afsluiting van de administratieve procedure vormt (arrest IBM/Commissie, reeds aangehaald in punt 96 supra, punt 21).

115 Totdat een eindbeschikking is gegeven, kan de Commissie derhalve, onder meer gelet op de schriftelijke of mondelinge opmerkingen van partijen, sommige of zelfs alle aanvankelijk tegen hen ingebrachte bezwaren laten vallen en daarmee haar standpunt in hun voordeel wijzigen (arresten IBM/Commissie, reeds aangehaald in punt 96 supra, punt 18, en Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 47), ofwel, omgekeerd, besluiten nieuwe bezwaren te formuleren, mits zij de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geeft hun opmerkingen daarover kenbaar te maken (arrest Hof van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 29, en beschikking Hof van 5 juni 2002, Buzzi Unicem/Commissie, C-217/00 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 65; arrest Gerecht van 20 maart 2002, Lögstör Röir/Commissie, T-16/99, Jurispr. blz. II-1633, punt 168).

116 Aangezien de mededeling van punten van bezwaar niet een handeling met het definitieve oordeel van de Commissie over de wettigheid van de in geding zijnde praktijken is, maar integendeel een louter voorbereidende handeling met voorlopige bezwaren van de Commissie, waarvan deze in de eindbeschikking nog kan terugkomen, heeft de Commissie het volste recht, met name om rekening te kunnen houden met door de betrokken ondernemingen aangevoerde argumenten of gegevens, om het feitenonderzoek na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar voort te zetten, teneinde in voorkomend geval bepaalde bezwaren in te trekken of nieuwe te formuleren. Dit geldt te meer wanneer de Commissie, zoals in casu, moet nagaan of de argumenten en gegevens die de

adressaten van de mededeling van punten van bezwaar hebben aangevoerd, grond opleveren om voor de in die mededeling gewraakte praktijken een individuele vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen.

- 117 De verzoeken om inlichtingen, bedoeld in artikel 11 van verordening nr. 17, artikel 19 van verordening nr. 1017/68 en artikel 16 van verordening nr. 4056/86, vormen in dat verband zeer geschikte onderzoeksmiddelen. Volgens de eerste alinea van die artikelen immers kan de Commissie door middel van dergelijke verzoeken alle noodzakelijke inlichtingen bij ondernemingen en ondernemersverenigingen inwinnen, mits zij daarbij overeenkomstig de derde alinea van dezelfde artikelen de rechtsgrond en het doel van het verzoek aangeeft, alsmede de sancties voor het geval onjuiste inlichtingen worden verstrekt. Door dergelijke verzoeken kan de Commissie dus de nodige toelichtingen verkrijgen met betrekking tot de argumenten en andere gegevens die de betrokken ondernemingen in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben aangevoerd.
- 118 Behoudens de voorschriften inzake verjaring, leggen bovengenoemde bepalingen van de toepasselijke verordeningen de Commissie dus geen enkele beperking op met betrekking tot het tijdstip waarop zij om inlichtingen kan verzoeken. Zolang de verlangde inlichtingen noodzakelijk zijn, beperken die bepalingen met name niet de bevoegdheid van de Commissie om de betrokken ondernemingen ook na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar om inlichtingen te vragen.
- 119 Ook wanneer de Commissie al aanwijzingen of zelfs bewijzen voor het bestaan van een inbreuk heeft, kan zij het toch noodzakelijk achten nadere inlichtingen te vragen om een beter beeld te krijgen van de omvang van de inbreuk, de duur ervan of de kring van de erbij betrokken ondernemingen (arrest Orkem/Commissie, reeds aangehaald in punt 110 supra, punt 15). Door middel van verzoeken om inlichtingen kan de Commissie immers inbreuken op de mededingingsvoorschriften ontdekken (arrest Orkem/Commissie, reeds aangehaald, punt 15) of vermoedens van een inbreuk verifiëren (arrest Gerecht van 12 december 1991, SEP/Commissie, T-39/90, Jurispr. blz. II-1497, punt 25).

- 120 Dat de Commissie haar onderzoek na de mededeling van punten van bezwaar voortzet met verzoeken om aanvullende inlichtingen, kan op zich dus niet afdoen aan de geldigheid van die mededeling.
- 121 Gezien het voorbereidend karakter van de mededeling van punten van bezwaar, waarin de contradictoire aard van de administratieve procedure tot toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag tot uitdrukking komt, is het juist eigen aan die procedure, dat de Commissie na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar nog om aanvullende inlichtingen kan verzoeken, teneinde in voorkomend geval bepaalde bezwaren te kunnen intrekken of nieuwe te kunnen inbrengen.
- 122 Anders dan verzoeksters betogen, is het daarbij van geen belang dat de verzoeken om aanvullende inlichtingen kwesties aan de orde stellen die in de mededeling van de punten van bezwaar niet ter sprake zijn geweest. Weliswaar blijkt daaruit, dat de Commissie bij de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar haar administratief onderzoek naar de in geding zijnde praktijken nog niet had afgesloten, maar daar de mededeling van punten van bezwaar, zoals gezegd, een voorbereidend stuk is, dat door de Commissie na het antwoord van de adressaten erop nog kan worden gewijzigd, is het ook geenszins noodzakelijk dat het onderzoek van de Commissie bij de vaststelling van die mededeling al definitief is beëindigd. De Commissie zijn dan ook geen beperkingen gesteld ten aanzien van de vragen die zij in haar verzoeken om inlichtingen na de mededeling van punten van bezwaar wil stellen, zolang die vragen, overeenkomstig het bepaalde in de toepasselijke verordeningen, er maar toe strekken inlichtingen te verkrijgen die voor het onderzoek noodzakelijk zijn, en de Commissie de betrokken ondernemingen in staat stelt opmerkingen te maken over de nieuwe verwijten van feitelijke of juridische aard, die zij op grond van de antwoorden van die ondernemingen op de gestelde vragen tegen hen wil inbrengen. Deze twee laatste punten betreffen echter andere middelen, die onderzocht zullen worden in het kader van de middelen die verzoeksters ontlenen aan schending van de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid en aan het voorkomen van nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in de bestreden beschikking.

- 123 Het middel inhoudende dat de mededeling van punten van bezwaar wegens het premature karakter ervan onwettig is, moet bijgevolg worden afgewezen.

B — Het voorkomen van nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in de bestreden beschikking

- 124 Verzoeksters betogen dat zij geen gelegenheid hebben gehad opmerkingen te maken over het hun verweten tweede misbruik — wijziging van de mededingingsstructuur van de markt — en over bepaalde feitelijke en juridische elementen waarop andere verwijten in de bestreden beschikking zijn gebaseerd.

1. Nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in verband met het tweede misbruik

a) Argumenten van partijen

- 125 Verzoeksters stellen in de eerste plaats, dat wat het tweede misbruik van machtspositie betreft zoals dat in de punten 559 tot en met 567 van de considerans van de bestreden beschikking is omschreven, de Commissie het oorspronkelijk in de mededeling van punten van bezwaar geformuleerde bezwaar een geheel andere inhoud heeft gegeven.

- 126 Volgens verzoeksters hebben zij geen gelegenheid gehad hun standpunt kenbaar te maken over de bewering dat zij Hanjin en Hyundai hebben gestimuleerd tot de

TACA toe te treden (punten 563-566 van de considerans), en over de stappen die zij daartoe zouden hebben ondernomen (punten 561 en 563-565 van de considerans). Niets daarvan is in de mededeling van punten van bezwaar te vinden, met name in de punten 107 tot en met 115 betreffende het verwijt van onrechtmatige wijziging van de marktstructuur. In het bijzonder wordt daar de partijen bij de TACA niet verweten, dat zij „maatregelen hebben genomen om deze potentiële concurrenten te helpen met succes tot de markt toe te treden als partijen bij de TACA”, zoals in punt 563 van de considerans van de bestreden beschikking wordt opgemerkt.

- 127 In de mededeling van punten van bezwaar (punt 112) ging het in wezen om een structureel misbruik, gebaseerd op de omstandigheid dat er vier van de TACA onafhankelijke maatschappijen waren die niet op de transatlantische route actief waren, maar in andere vaargebieden met de TACA waren gelieerd, dat verschillende overeenkomsten het voor NYK, NOL, Hanjin en Hyundai mogelijk hadden gemaakt op de markt door te dringen, en dat het vermogen van de TACA om de potentiële mededinging te neutraliseren, tot uiting kwam in dienstencontracten met dubbele tarieven en in de omstandigheid dat de meerderheid van de TACA-leden niet deelnam aan dienstencontracten met de NVOCC's. Door daarentegen te verwijzen naar maatregelen van verzoeksters om Hyundai en Hanjin „te stimuleren” tot de TACA toe te treden, klaagt de bestreden beschikking erover, dat het misbruik van verzoeksters in wezen in hun gedraging ligt.
- 128 Voorts betogen verzoeksters, dat de Commissie in haar verweerschrift iets anders zegt dan in de mededeling van punten van bezwaar en de bestreden beschikking. In haar verweerschrift zegt de Commissie nu, dat het misbruik niet bestaat in het stimuleren van Hanjin en Hyundai om lid van de conference te worden, maar in het voeren van een preventief beleid gericht op het neutraliseren van potentiële mededinging en het voorkomen van de opkomst van werkelijke mededinging. Deze bewering ontbreekt in de mededeling van punten van bezwaar. Hetzelfde geldt voor de bewering in punt 557 van het verweerschrift, dat de onafhankelijke lijnvaartmaatschappijen werden gestimuleerd als leden van de TACA en niet als onafhankelijke concurrenten in het vaargebied actief te blijven, doordat de activiteiten in verband met de dienstencontracten met de NVOCC's voor die maatschappijen werden gereserveerd.

- 129 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat het nieuwe verwijt van misbruik in de bestreden beschikking gebaseerd is op bewijsstukken waarop zij geen commentaar hebben kunnen leveren, te weten:
- de brief van Hanjin aan de TACA van 19 augustus 1994 met het verzoek om toezending van relevante conference-documenten en -statistieken aan die maatschappij (punten 229 en 563 van de considerans);
 - de notulen van een vergadering van TACA-directeuren (TACA PWSC meeting no. 95/8), waarop de Commissie zich baseert voor haar bewering, dat verzoeksters Hyundai directe toegang tot de conference-dienstencontracten hebben gegeven (punten 230 en 564 van de considerans);
 - de brief van 30 januari 1996 van de voorzitter van de TACA aan Hanjin (punten 292 en 561 van de considerans);
 - het memo van 15 februari 1996, waarin het TACA-secretariaat de voorzitter aanbeveelt „alle vervoerders aan te moedigen en te overtuigen om collectief een manier te vinden om Hanjin in staat te stellen een marktaandeel op te bouwen dat overeenkomt met haar ‚slot’-capaciteit in het vervoer” (punten 239 en 564 van de considerans).
- 130 Volgens verzoeksters is geen van die stukken in de mededeling van punten van bezwaar genoemd of onder de bijlagen ervan opgenomen. De Commissie heeft verzoeksters ook niet de minste aanwijzing gegeven over het gebruik dat zij ervan wilde maken. Anders dan de Commissie betoogt, is het daarbij van geen belang

dat die stukken van verzoeksters afkomstig zijn. Nu zij à charge zijn gebruikt, had de Commissie moeten aangeven welk belang zij eraan toekende. Omdat verzoeksters niet wisten waarvoor de Commissie die stukken wilde gebruiken, hebben zij bij de uitoefening van het recht van verweer hun opvatting over de relevantie van die stukken ook niet naar behoren kunnen uiteenzetten.

- 131 De Commissie betoogt in de eerste plaats, dat de bestreden beschikking het in de mededeling van punten van bezwaar geformuleerde verwijt niet heeft gewijzigd. In de mededeling werd verzoeksters verweten maatregelen te hebben getroffen om de potentiële mededinging te neutraliseren (punten 107-115 en 345-346), in het bijzonder door het sluiten van overeenkomsten met Hanjin en Hyundai over „slot chartering” (punt 110) en dienstencontracten (punt 112).
- 132 Het gebruik van de term „stimulans” in de bestreden beschikking doet niets af aan het feit dat de partijen bij de TACA worden geacht de toegang van Hanjin en Hyundai tot het vaargebied als leden van de TACA te hebben vergemakkelijkt, en dat is nu juist het verwijt in de mededeling van punten van bezwaar, waaraan de bestreden beschikking slechts details toevoegt, te weten dat verzoeksters Hanjin gevoelige informatie hebben verschaft en Hyundai hebben toegestaan meteen aan dienstencontracten deel te nemen. De andere elementen van het tweede misbruik, te weten de dienstencontracten met dubbele tarieven en de contracten met de NVOCC's, zijn in de mededeling van punten van bezwaar beschreven.
- 133 De Commissie verwerpt dan ook de stelling van verzoeksters, dat het bij het tweede misbruik in de bestreden beschikking meer om een gedraging gaat en in de mededeling van punten van bezwaar om een structureel misbruik. Bij de term structureel misbruik kan de Commissie zich moeilijk iets voorstellen. In casu bestaat het misbruik in het voeren van een op het neutraliseren van de mededinging gericht beleid, deels door middel van stimulansen om de toegang tot het vaargebied als lid van de conference te vergemakkelijken.

- 134 Verder ontkent de Commissie, dat zij in haar verweerschrift een nieuw verwijt formuleert dat in de mededeling van punten van bezwaar en de bestreden beschikking ontbreekt. De in de mededeling van punten van bezwaar genoemde maatregelen om Hyundai en Hanjin te stimuleren tot de TACA toe te treden, zijn niet meer dan illustraties van het beleid van verzoeksters om de mededinging te neutraliseren. Het argument dat de contracten met NVOCC's voor de niet-traditionele leden van de conference gereserveerd werden, is niet nieuw. Bovendien is er geen logisch onderscheid tussen een stimulans om tot een conference toe te treden, en een stimulans om erin te blijven.
- 135 Wat, in de tweede plaats, de in de bestreden beschikking gebruikte vier nieuwe documenten betreft, wijst de Commissie erop, dat deze door verzoeksters zijn verstrekt. Hun klacht dat zij er geen commentaar op hebben kunnen leveren, mist dus elke grond.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 136 Met de hier onderzochte middelen betreffende het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik verwijten verzoeksters de Commissie, kort samengevat, in de eerste plaats dat zij de aard ervan heeft gewijzigd ten opzichte van het in de mededeling van punten van bezwaar vastgestelde misbruik, en, in de tweede plaats, haar vaststelling te hebben gebaseerd op bewijsstukken waarover verzoeksters geen opmerkingen hebben kunnen maken.

i) Wijziging van de aard van het tweede misbruik in de bestreden beschikking

- 137 Kort samengevat stellen verzoeksters, dat de Commissie de aard van het in de mededeling van punten van bezwaar geformuleerde verwijt betreffende het

tweede misbruik in de bestreden beschikking heeft gewijzigd: in de beschikking wordt hun een „gedraging” verweten, te weten het ondernemen van bepaalde acties om potentiële concurrenten te stimuleren tot de TACA toe te treden, terwijl de mededeling van punten van bezwaar hun uitsluitend een „structureel” misbruik toedichtte, voortvloeiend uit bepaalde structurele betrekkingen tussen de potentiële concurrenten en de partijen bij de TACA.

- 138 Het is vaste rechtspraak, dat de verwijten in de mededeling van punten van bezwaar in bewoordingen moeten worden gesteld die, hoe bondig ook, voor de betrokkenen voldoende duidelijk zijn om te weten welke gedragingen de Commissie hun verwijt (arrest Gerecht van 14 mei 1998, *Mo och Domsjö/Commissie*, T-352/94, *Jurispr. blz. II-1989*, punt 63). De eerbiediging van de rechten van de verdediging in een procedure die, zoals de onderhavige, tot oplegging van sancties kan leiden, vereist immers dat de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen reeds tijdens de administratieve procedure in staat worden gesteld hun standpunt over de realiteit en relevantie van de door de Commissie aangevoerde feiten, bezwaren en omstandigheden naar behoren kenbaar te maken (arrest *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 39). Aan dit vereiste is voldaan wanneer de belanghebbenden in de beschikking geen andere inbreuken ten laste worden gelegd dan die welke in de punten van bezwaar zijn genoemd, en enkel die feiten als vaststaand worden aangenomen waarover de belanghebbenden zich hebben kunnen uitlaten (arrest *ACF Chemiefarma/Commissie*, reeds aangehaald in punt 113 supra). De Commissie kan derhalve slechts die bezwaren in aanmerking nemen ten aanzien waarvan laatstbedoelden gelegenheid hebben gehad hun standpunt kenbaar te maken (arrest Gerecht van 23 februari 1994, *CB en Europay/Commissie*, T-39/92 en T-40/92, *Jurispr. blz. II-49*, punt 47).

- 139 Om de gegrondheid van dit middel te onderzoeken, dient dus te worden nagegaan of de mededeling van punten van bezwaar een voldoende duidelijke en nauwkeurige uiteenzetting bevat van de bezwaren die met het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik verband houden. Daartoe moet eerst worden gekeken naar de aard van de op dat punt in genoemde beschikking geformuleerde bezwaren en vervolgens worden onderzocht, in hoeverre die al in de mededeling van punten van bezwaar voorkomen.

- 140 Om te beginnen zij opgemerkt dat er in de context van de middelen betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag tussen partijen een geschil bestaat over de aard van de bezwaren die met het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik verband houden. Om de hierna in de punten 1255 tot en met 1257 en 1261 tot en met 1265 uiteen te zetten redenen, moet er echter van worden uitgegaan, dat blijkens artikel 5 van het dispositief van de bestreden beschikking en de overwegingen waarop dit artikel berust (punten 559-567 van de considerans), het tweede misbruik volgens de Commissie inhoudt, dat verzoeksters de mededingingsstructuur van de markt zo hebben gewijzigd, dat de machtspositie van de TACA werd versterkt, en wel door middel van bepaalde maatregelen die de potentiële concurrenten moesten stimuleren om zich niet als onafhankelijk vervoerder, maar als lid van de TACA op de markt van transatlantisch vervoer te begeven.
- 141 De bestreden beschikking maakt hier onderscheid tussen, enerzijds, specifieke stimulansen voor Hanjin en Hyundai en, anderzijds, algemene stimulansen voor alle potentiële concurrenten. Volgens de punten 563 en 564 van de considerans bestonden de specifieke stimulansen voor Hanjin in de mededeling van vertrouwelijke informatie betreffende de TACA en in de gezamenlijke wil om die maatschappij toe te staan een met haar „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel in het vervoer op te bouwen, en voor Hyundai in haar onmiddellijke toelating tot de TACA-dienstencontracten. De algemene stimulansen bestonden volgens punt 565 van de considerans van de bestreden beschikking in het sluiten van een groot aantal dienstencontracten met een dubbele tariefstructuur en in het feit dat de oude gestructureerde TAA-leden niet meedongen naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's.
- 142 Met betrekking tot de aard van de bezwaren in de mededeling van punten van bezwaar moet vervolgens worden vastgesteld, dat de Commissie in punt 340 van die mededeling de partijen bij het TACA verwijt, misbruik van hun machtspositie te hebben gemaakt „door de mededingingsstructuur van de markt zo te

veranderen, dat de machtspositie van de TACA werd versterkt". In punt 346 zegt de Commissie dienaangaande:

„In de punten 107 tot en met 115 supra worden de middelen beschreven die de TACA in het werk heeft gesteld om de potentiële mededinging te neutraliseren. Daartoe behoren de toetreding van nieuwe leden, de overeenkomst van de partijen bij de TACA om een dubbele tariefstructuur in de dienstencontracten toe te staan, en het feit dat de oude gestructureerde TAA-leden niet meedongen naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's. De Commissie is van oordeel, dat een dergelijke gedraging, waarvan in het verzoek om individuele vrijstelling geen gewag wordt gemaakt, de mededingingstructuur van de markt ongunstig heeft beïnvloed en misbruik van machtspositie vormt. Naar het oordeel van de Commissie beoogden de leden van de TACA door wijziging van de marktstructuur en beperking van het vervoersaanbod de prijsconcurrentie te elimineren. In dit verband moet worden bedacht, dat een onderneming met een machtspositie ,een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om de daadwerkelijke mededinging niet door haar gedraging ongunstig te beïnvloeden'.”

- 143 Van belang zijn voorts de punten 107 tot en met 115 van de mededeling van punten van bezwaar, waarnaar in punt 346 wordt verwezen. De Commissie zegt daar onder meer:

„108. De algemene opmerkingen van de Commissie over de vlootmobiliteit en de voor mededingers licht toegankelijke lijnvaartmarkten zijn hieronder te vinden in de punten 126 tot en met 168. Het is evenwel aantoonbaar, dat in het geval van de TACA potentiële mededinging in de vorm van vlootmobiliteit niet effectief kan zijn. Uit de chronologie van de toetredingen van nieuwe leden tot de TACA blijkt, dat elke potentiële concurrent die sedert de oprichting van de TACA aan het transatlantisch vervoer is gaan deelnemen, lid van de TAA/TACA is geworden.

<i>Versie I (28/8/92) — 11 maatschappijen</i>	<i>Versie II (12/3/93) — 12 maatschappijen</i>
ACL	NYK
Hapag Lloyd	
P&O	<i>Versie III (31/3/93) — 13 maatschappijen</i>
Nedlloyd	NOL
Sealand	
Mærsk	<i>Versie IV (7/4/93) 15 maatschappijen</i>
MSC	TMM
OOCL	Tecomar
POL	
DSR-Senator	<i>Versie V (26/8/94) — 16 maatschappijen</i>
Cho Yang	Hanjin
	<i>Versie VI (31/8/95) — 17 maatschappijen</i>
	Hyundai

109. Het is bijzonder veelzeggend, dat geen van de vier Aziatische vervoerders die sedert 1992 de markt hebben betreden, dat als zelfstandig vervoerder in concurrentie met de partijen bij de TACA heeft gedaan. Verder hebben verscheidene overeenkomsten met de partijen bij de TACA elk van die vervoerders in staat gesteld de markt te betreden en er een vaste plaats te verwerven zonder de mededinging te moeten aangaan die men in een dergelijke situatie normaal zou verwachten.
110. In het bijzonder zijn Hanjin en Hyundai dankzij een ‚slot chartering’-overeenkomst op de markt binnengekomen zonder in het vaargebied in schepen te moeten investeren. De TAA/TACA heeft betoogd dat die vervoerders belangrijke potentiële concurrenten voor haar waren, maar in feite heeft de TAA weten te bewerkstelligen, dat zij het transatlantisch vaargebied niet als onafhankelijke maatschappij, maar als lid van de TACA binnenkwamen. Volgens Lloyd’s list van 11 september 1995 heeft

Hyundai in het kader van overeenkomsten om in het vaargebied op basis van 'slot chartering' te werken, toegezegd daar de eerste drie jaar geen eigen tonnage in het verkeer te brengen.

111. Hiermee wil niet gezegd zijn, dat het betreden van een bepaald vaargebied op basis van 'slot chartering', zonder werkelijke inbreng van tonnage, noodzakelijkerwijs in strijd is met een eerlijke mededinging. Het gaat hier om de vraag, of de voordelen van een dergelijke samenwerking gepaard gaan met wijzigingen van de marktstructuur, zoals uitschakeling van potentiële concurrentie.

112. Dit vermogen om potentiële mededinging te neutraliseren, is deels ontstaan door de praktijk van de TACA om de verladers dienstencontracten met een dubbele tariefstructuur aan te bieden, en doordat de meeste partijen bij de TACA niet meedingen naar deelneming in dienstencontracten met NVOCC's (zie punten 88-93 supra). De dubbele tariefstructuur en de uitschakeling van de mededinging hebben in wezen dezelfde gevolgen als die welke in de punten 341 tot en met 343 van de TAA-beschikking zijn beschreven."

144 Ten slotte zij nog opgemerkt, dat volgens de mededeling van punten van bezwaar (punten 113-115) vier potentiële concurrenten (APL, Mitsui, Yangming en K Line) in andere vaargebieden met de TACA zijn geassocieerd en dat de potentiële mededinging via de Canadese havens zeer beperkt is.

145 Gezien de hiervóór aangehaalde passages van de mededeling van punten van bezwaar kan al dadelijk worden geconstateerd, dat in punt 340 van die mededeling juist zoals in artikel 5 van het dispositief van de bestreden beschikking wordt vastgesteld, dat het aan de partijen bij de TACA verweten misbruik erin bestaat, de mededingingsstructuur van de markt zo te hebben gewijzigd, dat haar machtspositie erdoor werd versterkt.

146 Vervolgens moet worden geconstateerd, dat in de mededeling van punten van bezwaar juist zoals in de bestreden beschikking de partijen bij de TACA wordt verweten, dat zij de mededingingsstructuur van de markt hebben gewijzigd door middel van maatregelen die de potentiële concurrenten ertoe moesten brengen, niet als onafhankelijke vervoerders aan het transatlantische verkeer deel te nemen, maar als leden van de TACA. Onder verwijzing naar de punten 107 tot en met 115 wordt in punt 346 van de mededeling van punten van bezwaar immers uiteengezet, dat de TACA maatregelen heeft genomen om de potentiële concurrentie te neutraliseren, welke maatregelen bestonden in het aantrekken van nieuwe leden, de dubbele tariefstructuur in dienstencontracten en het niet meedingen naar dienstencontracten met NVOCC's. Met betrekking tot het aantrekken van nieuwe leden blijkt uit de punten 109 en 110 van de mededeling van punten van bezwaar, dat de Commissie de partijen bij de TACA uitdrukkelijk verwijt overeenkomsten met potentiële concurrenten te hebben gesloten om te bewerkstelligen dat dezen „niet als onafhankelijke maatschappijen, maar als partijen bij de TACA aan het transatlantisch verkeer gaan deelnemen”. Wat voorts de twee andere gewraakte praktijken betreft, beklemtoont de mededeling van punten van bezwaar in punt 112, dat deze de TACA in staat hebben gesteld de potentiële concurrentie te neutraliseren, waarbij onder meer wordt verwezen naar punt 341 van de considerans van de TAA-beschikking, waar de Commissie had vastgesteld dat „[h]et werkelijke doel van de instelling van gedifferentieerde prijzen in een geval zoals dat van de TAA is de overeenkomst uit te breiden tot onafhankelijke rederijen die, indien hun niet dit recht werd toegekend om lagere prijzen dan de oude conference-leden toe te passen, outsiders zouden blijven en concurrentie, meer bepaald prijsconcurrentie, met de conference zouden blijven voeren”.

147 Ten slotte zij erop gewezen dat, zoals uit het voorgaande blijkt, de mededeling van punten van bezwaar evenals de bestreden beschikking (punten 563-565 van de considerans) enerzijds specifieke maatregelen voor Hanjin en Hyundai en anderzijds algemene maatregelen voor alle potentiële concurrenten onderscheidt. Immers, juist zoals in de punten 109, 110 en 346 van de mededeling van punten van bezwaar stelt de Commissie in de punten 563 en 564 van de considerans van de bestreden beschikking het bestaan vast van specifieke maatregelen voor Hanjin en Hyundai om hen in staat te stellen de relevante markt te betreden. Voorts stelt de Commissie in de punten 112 en 346 van de mededeling van punten van bezwaar en in punt 565 van de considerans van de bestreden beschikking het bestaan vast van maatregelen die de TACA heeft genomen om de mededinging van alle potentiële concurrenten te neutraliseren, welke maatregelen bestaan in

het sluiten van dienstencontracten met een dubbele tariefstructuur en in het feit dat de meerderheid van de oude gestructureerde leden van de TAA niet meedingt naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's.

- 148 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld, dat verzoeksters bij lezing van de mededeling van punten van bezwaar konden begrijpen, dat de Commissie hun verweet de mededingingsstructuur van de markt te hebben gewijzigd door maatregelen die potentiële concurrenten ertoe moesten brengen, tot de TACA toe te treden.
- 149 Aan deze conclusie wordt door de argumenten van verzoeksters op geen enkele wijze afgedaan.
- 150 Wat in de eerste plaats het zogenaamde structurele karakter van het in de mededeling van punten van bezwaar verweten misbruik betreft, moet, gelet op de hiervóór aangehaalde passages uit die mededeling, worden vastgesteld dat verzoeksters niet serieus staande kunnen houden dat de mededeling van punten van bezwaar hun, zoals zij ter terechtzitting uitvoerig hebben betoogd, enkel een verwijt maakte van het „objectieve feit” dat zij structureel met de potentiële concurrenten waren gelieerd, en niet van het feit dat zij zich tegenover hen op een bepaalde manier hadden gedragen. Waar in de mededeling van punten van bezwaar wordt vastgesteld, dat de potentiële concurrenten ertoe werden gebracht tot de TACA toe te treden door het sluiten van bepaalde overeenkomsten met partijen bij de TACA, de dubbele tarieven in de door de TACA aangeboden dienstencontracten en het feit dat de meeste TACA-leden niet meedongen naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's, is het duidelijk dat hun daarmee een bepaalde gedraging wordt verweten, omdat de partijen bij de TACA bij alle in geding gebrachte maatregelen zijn betrokken.

- 151 Dat het bij het misbruik om een gedraging ging, blijkt bovendien duidelijk uit de bewoordingen van de aangehaalde passages uit de mededeling van punten van bezwaar. Zo wordt in punt 346 van de mededeling uitdrukkelijk gesproken van acties („steps”) van de TACA. Voorts wordt in hetzelfde punt 346 beklemtoond, dat in die acties een gedraging („behaviour”) tot uiting komt, die misbruik van machtspositie vormt. In punt 109 verwijst de mededeling van punten van bezwaar in verband met de toetreding van nieuwe leden tot de TACA naar „met de TACA” gesloten overeenkomsten dankzij welke de nieuwe leden het vaargebied konden binnenkomen zonder op de mededinging te stuiten die men in dergelijke omstandigheden zou moeten verwachten. In punt 112 van de mededeling van punten van bezwaar wordt ten slotte uitdrukkelijk verklaard dat de dienstencontracten met dubbele tariefstructuur en het feit dat de meeste oude gestructureerde TAA-leden niet meedongen naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's, „TACA-praktijken” waren waaruit bleek van haar vermogen de potentiële mededinging te neutraliseren.
- 152 Daarbij is het van geen belang, dat de bestreden beschikking in verband met het tweede misbruik niet meer spreekt over de in de mededeling van punten van bezwaar geconstateerde structurele betrekkingen tussen de partijen bij de TACA en de potentiële concurrenten. Volgens de rechtspraak behoeft de beschikking immers geen exacte kopie van de mededeling van punten van bezwaar te zijn (arrest Hof van 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78-215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 68). Zolang de aard van de bezwaren daardoor maar niet verandert, is de Commissie vrij haar beoordeling te wijzigen en, in voorkomend geval, bepaalde bezwaren in te trekken, met name na kennis te hebben genomen van de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar (in die zin, arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punten 34 en 36, en arrest CB en Europay/Commissie, reeds aangehaald in punt 138 supra, punten 49-52). In casu had de Commissie dus het volste recht haar bezwaren betreffende structurele betrekkingen tussen de TACA-leden en de potentiële concurrenten in te trekken, aangezien dit geen enkele wijziging van de aard van de bezwaren meebracht. Dat het bij het misbruik om een gedraging ging, bleek immers uit andere elementen, die in de mededeling van punten van bezwaar duidelijk en nauwkeurig waren beschreven.
- 153 Wat, in de tweede plaats, het stimulerend karakter van de gewraakte maatregelen betreft, is het juist, dat de Commissie, zoals verzoeksters in hun schrifturen

opmerken, in de aangehaalde passages van de mededeling van punten van bezwaar niet uitdrukkelijk zegt, dat de partijen bij de TACA maatregelen hebben genomen als „stimulans” voor de potentiële concurrenten, zoals de bestreden beschikking het uitdrukt. Maar wanneer de Commissie verzoeksters in de mededeling van punten van bezwaar verwijt maatregelen te hebben genomen om het voor potentiële concurrenten, waaronder Hyundai en Hanjin, mogelijk te maken tot de conferentie toe te treden in plaats van als onafhankelijke concurrenten aan de transatlantische lijnvaart te gaan deelnemen, stelt zij stilzwijgend doch noodzakelijkerwijs vast, dat de partijen bij de TACA die potentiële concurrenten hebben gestimuleerd om dat te doen.

154 Dit blijkt overigens ook uit de bewoordingen van de mededeling van punten van bezwaar. Zo wordt in punt 109 ervan verwezen naar overeenkomsten met de TACA, die het voor de nieuwe leden „mogelijk hebben gemaakt” („have allowed”) aan de transatlantische lijnvaart deel te nemen. Meer in het bijzonder wordt in punt 110 uiteengezet, dat de TAA/TACA door middel van charterovereenkomsten ervoor „heeft weten” („has been able”) te zorgen, dat Hyundai en Hanjin de markt niet als onafhankelijke maatschappijen betraden. Met betrekking tot de dubbele tariefstructuur in de dienstencontracten en het feit dat de meeste oude gestructureerde TAA-leden niet meedongen naar bepaalde dienstencontracten met NVOCC's, wordt in punt 112 van de mededeling van punten van bezwaar gepreciseerd, dat uit die praktijken het vermogen („ability”) van de TACA blijkt om potentiële mededinging te neutraliseren. Met die bewoordingen verwijt de mededeling van punten van bezwaar, juist zoals de bestreden beschikking, de partijen bij de TACA niets anders dan dat zij maatregelen hebben genomen om potentiële concurrenten te stimuleren zich bij de TACA aan te sluiten in plaats van het betrokken vaargebied als onafhankelijke concurrenten te betreden.

155 In de derde plaats is er de omstandigheid dat de specifieke maatregelen voor Hanjin en Hyundai in de bestreden beschikking niet meer bestaan in bepaalde overeenkomsten, maar in de mededeling aan Hanjin van vertrouwelijke gegevens betreffende de TACA, in de collectieve wil van de TACA om Hanjin toe te staan een bepaald, met haar „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel op te bouwen, en in de onmiddellijke toegang van Hyundai tot dienstencontracten. Dienaangaande kan eenvoudig worden opgemerkt, dat dit niet leidt tot wijziging van de aard van de tegen verzoeksters gerichte bezwaren, aangezien de

Commissie de partijen bij de TACA ook nu nog verwijt, dat zij potentiële concurrenten, waaronder Hyundai en Hanjin, hebben gestimuleerd de betrokken markt als leden van de TACA te betreden en niet als onafhankelijke concurrenten. Hoogstens kan het de vraag doen rijzen, of verzoeksters over deze nieuwe bewijselementen, die het in de mededeling van punten van bezwaar genoemde verwijt moesten ondersteunen, gehoord hadden moeten worden. Op deze vraag heeft een apart middel betrekking, dat in de punten 159 tot en met 188 infra zal worden onderzocht.

- 156 Gelet op al het voorafgaande moet de conclusie dus luiden, dat de in de bestreden beschikking geformuleerde bezwaren met betrekking tot het tweede misbruik ook in de mededeling van punten van bezwaar al duidelijk en nauwkeurig voorkomen, zodat verzoeksters de strekking van de bezwaren al in het stadium van die mededeling konden begrijpen. Op dit punt valt derhalve geen schending van de rechten van de verdediging vast te stellen.
- 157 Aangaande de bewering dat de Commissie met betrekking tot de aard van het tweede misbruik in haar verweerschrift een ander standpunt inneemt dan in de bestreden beschikking en de mededeling van punten van bezwaar, kan eenvoudig worden opgemerkt dat, ook als dit juist zou zijn, het voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beschikking niet van belang is. Zelfs indien de Commissie in haar schrifturen voor het Gerecht de aard van het in de bestreden beschikking verweten misbruik trachtte te wijzigen, zou de wettigheidstoetsing door het Gerecht in het kader van het onderhavige, op de grondslag van artikel 173 van het Verdrag ingestelde beroep tot nietigverklaring uitsluitend gericht blijven op het misbruik zoals omschreven in de bestreden beschikking en niet op het misbruik zoals omschreven in het verweerschrift van de Commissie. Op dit punt moet het betoog van verzoeksters derhalve worden afgewezen, zonder dat een beslissing nodig is over de vraag, of het standpunt van de Commissie in het verweerschrift daadwerkelijk anders is dan in de bestreden beschikking.
- 158 In zoverre het middel van verzoeksters ertoe strekt, te doen vaststellen dat, wat de aard van de bezwaren met betrekking tot het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik betreft, de rechten van de verdediging zijn geschonden, moet het bijgevolg worden afgewezen.

ii) De bewijsstukken voor het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik

159 Verzoeksters stellen schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot de bewijsstukken voor het tweede misbruik. De stukken waarop zij doelen en waarover zij niet zouden zijn gehoord, zijn de notulen van een vergadering van TACA-directeuren van 5 oktober 1995 (PWSC 95/8) (hierna „notulen PWSC 95/8”), de brief van Hanjin aan de TACA van 19 augustus 1994 (hierna „brief van Hanjin van 19 augustus 1994”), de brief van de heer Rakkenes, voorzitter van de TACA en de ACL, aan de heer Rhee van Hanjin van 30 januari 1996 (hierna „brief van de TACA van 30 januari 1996”), en het memo van de TACA van 15 februari 1996 (hierna „TACA-memo van 15 februari 1996”). Deze stukken zijn althans gedeeltelijk weergegeven in het feitelijk deel van de bestreden beschikking (punten 229, 230, 239 en 292 van de considerans) en vervolgens bij de juridische toetsing aan artikel 86 van het Verdrag (punten 561, 563 en 564 van de considerans).

160 Blijkens laatstgenoemde punten van de considerans zijn genoemde stukken door de Commissie in verband met het tweede misbruik gebruikt, en wel als bewijs voor het verwijt, dat — in de formulering van punt 562 van de considerans — „[h]et [...] de bedoeling van de partijen van de TACA [was] om ervoor te zorgen dat potentiële concurrenten die de markt wensten te betreden, dit uitsluitend zouden doen na te zijn toegetreden tot de TACA”.

161 Met betrekking tot elk van die stukken kan het volgende worden opgemerkt:

— de notulen PWSC 95/8 worden aangehaald om aan te tonen, dat de onmiddellijke toegang tot de dienstencontracten voor Hyundai een krachtige stimulans was om als lid van de TACA aan de transatlantische lijnvaart deel te nemen (punten 230 en 564 van de considerans);

- de brief van Hanjin van 19 augustus 1994 wordt aangehaald om aan te tonen, dat de mededeling van vertrouwelijke informatie voor Hanjin een krachtige stimulans was om als lid van de TACA en niet als onafhankelijk vervoerder aan de transatlantische lijnvaart deel te nemen (punten 229 en 563 van de considerans);

- de brief van TACA van 30 januari 1996 wordt aangehaald om aan te tonen, dat de TACA voornemens was de potentiële concurrenten te helpen de markt als leden van de TACA te betreden (punten 292, 561 en 562 van de considerans), en

- het TACA-memo van 15 februari 1996 wordt aangehaald om aan te tonen, dat de bereidheid van de TACA om Hanjin toe te staan een met haar „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel in het vervoer op te bouwen, het met het betreden van een nieuwe markt verbonden economisch risico verkleinde en dus voor Hanjin een stimulans was om als TACA-lid aan de transatlantische lijnvaart deel te nemen (punten 239 en 564 van de considerans).

¹⁶² Volgens de rechtspraak verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat de belanghebbende onderneming haar standpunt kenbaar heeft kunnen maken over de documenten die de Commissie heeft gebruikt voor de vaststellingen waarop de beschikking is gebaseerd (arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82. Jurispr. blz. 19, punt 25). In beginsel zijn dus enkel de in de mededeling van punten van bezwaar aangehaalde of genoemde documenten bewijsmiddelen die aan de adressaat van die mededeling kunnen worden tegengeworpen (arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 21, arresten Gerecht van 10 maart 1992, Shell/Commissie, T-11/89, Jurispr. blz. II-757, punt 55, en ICI/Commissie, T-13/89, Jurispr. blz. II-1021, punt 34). Documenten die als bijlage bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd, maar er niet in werden genoemd, kunnen volgens de rechtspraak in de beschikking slechts tegen de adressaat van de

mededeling in aanmerking worden genomen, voorzover deze uit die mededeling redelijkerwijze kon afleiden, welke conclusies de Commissie eruit zou trekken (arresten Shell/Commissie, punt 56, en ICI/Commissie, punt 35, beide reeds aangehaald).

- 163 In casu moet worden vastgesteld, dat geen van bovengenoemde stukken in de mededeling van punten van bezwaar van 24 mei 1996 wordt aangehaald of genoemd dan wel als bijlage erbij is gevoegd. Op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting heeft de Commissie dat overigens uitdrukkelijk bevestigd.
- 164 Drie van die stukken zijn door verzoeksters aan de Commissie gezonden in antwoord op verzoeken om inlichtingen van na de hoorzitting van 25 oktober 1996 en dus van na de mededeling van punten van bezwaar. Zo zijn de brief van Hanjin van 19 augustus 1994, de brief van de TACA van 30 januari 1996 en het TACA-memo van 15 februari 1996 bij brief van 24 december 1996 aan de Commissie gezonden na een verzoek om inlichtingen van 15 november 1996. De brief van de TACA van 30 januari 1996 is later nogmaals verzonden bij brief van 7 februari 1997 na een verzoek om inlichtingen van 24 januari 1997. Van de notulen PWSC 95/8 is weliswaar een uittreksel bij brief van 9 mei 1996 door verzoeksters aan de Commissie gezonden na een verzoek om inlichtingen van 8 maart 1996 — bij de verzending van de mededeling van punten van bezwaar was de Commissie dus in bezit van dat uittreksel —, maar de volledige tekst van die notulen is door verzoeksters pas na de verzending van die mededeling verstrekt, te weten bij brief van 4 juni 1996 naar aanleiding van een verzoek om inlichtingen van 22 mei 1996.
- 165 Geen enkele bepaling verbiedt de Commissie om tot staving van haar bezwaren nieuwe stukken te gebruiken, die zij na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar heeft gekregen, indien zij meent dat deze haar standpunt ondersteunen. In dat geval dient zij de betrokken ondernemingen echter gelegenheid te geven hun opmerkingen erover te maken (arrest AEG/Commissie,

punt 29, beschikking Buzzi Unicem/Commissie, punt 65, en arrest Lögstör Rör/Commissie, punt 168, alle reeds aangehaald in punt 115 supra).

- 166 In casu staat vast, dat de Commissie verzoeksters niet uitdrukkelijk gelegenheid heeft gegeven hun opmerkingen over de vier stukken in geding te maken, alvorens ze in de bestreden beschikking tot staving van haar bezwaren te gebruiken. In het bijzonder heeft de Commissie verzoeksters niet in kennis gesteld van haar voornemen bedoelde stukken tot staving van haar bezwaren te gebruiken, en heeft zij hun dus niet duidelijk gemaakt, op welke manier zij die stukken zou gebruiken, noch heeft zij hun gevraagd om toelichtingen over de bewijskracht ervan.
- 167 Zoals vastgesteld in punt 156 supra, bevatte de mededeling van punten van bezwaar al het verwijt, dat verzoeksters Hanjin en Hyundai hadden gestimuleerd om als lid van de TACA en niet als onafhankelijk vervoerder aan de transatlantische lijnvaart deel te nemen. De mededeling van punten van bezwaar baseerde zich daarvoor in de punten 109 en 110 op de door de twee maatschappijen met de partijen bij de TACA gesloten „slot chartering”-overeenkomsten. Volgens de Commissie konden Hanjin en Hyundai dankzij die overeenkomsten de markt betreden zonder te stuiten op de mededinging waarmee zij normalerwijze te maken zouden hebben gekregen. Verzoeksters hebben derhalve gelegenheid gehad om in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar op dit verwijt van de Commissie in te gaan.
- 168 Toen echter de Commissie, na de toelichtingen van verzoeksters in het bijzonder met betrekking tot de punten 196 tot en met 206 van de mededeling van punten van bezwaar, besloot dat verwijt niet meer te baseren op het bestaan van „slot chartering”-overeenkomsten, maar op drie van de vier stukken in geding, te weten de notulen PWCS 95/8, de brief van Hanjin van 19 augustus 1994 en het TACA-memo van 15 februari 1996, had zij verzoeksters in beginsel gelegenheid moeten geven voor opmerkingen over de relevantie en bewijskracht ervan in verband met bedoeld verwijt. Want ook al heeft de Commissie het volste recht

om de argumentatie waarmee zij haar bezwaren onderbouwt, zowel wat de feitelijke als wat de juridische aspecten betreft, te wijzigen en aan te vullen (arrest Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 34), zij kan niet één bewijselement vervangen door drie andere zonder de betrokken ondernemingen gelegenheid te geven daar opmerkingen over te maken, wanneer het verwijt zonder die nieuwe bewijselementen geen stand zou houden.

- 169 Hetzelfde geldt voor het verwijt, dat de TACA potentiële concurrenten stimuleerde tot de conference toe te treden. Dit verwijt was weliswaar al in de mededeling van punten van bezwaar te vinden, zodat verzoeksters er hun opmerkingen over hebben kunnen maken, maar toen de Commissie bepaalde bewijselementen van de mededeling van punten van bezwaar verving door een van de vier stukken in geding, te weten de brief van de TACA van 30 januari 1996, had zij, als zij dit als bewijs voor het verwijt wilde aanvoeren, verzoeksters gelegenheid moeten geven opmerkingen te maken over de bewijskracht ervan.
- 170 Hierbij moet echter worden opgemerkt, dat alle betrokken stukken door verzoeksters zelf zijn verschaft en dat het alle geschriften zijn die hetzij door de TACA zelf hetzij door leden van de TACA zijn opgesteld, zodat verzoeksters moeten worden geacht bekend te zijn geweest met de inhoud ervan.
- 171 Volgens de rechtspraak zijn de stukken in geding derhalve te beschouwen als bewijsmiddelen die niet aan verzoeksters kunnen worden tegengeworpen, tenzij zou blijken dat verzoeksters moesten weten dat de Commissie ze als bewijs tegen hen kon gebruiken (arrest Shell/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 59). Daarbij moet worden nagegaan, of verzoeksters redelijkerwijs konden vermoeden welke conclusies de Commissie eruit zou trekken (in die zin, arresten Shell/Commissie, punt 56, en ICI/Commissie, punt 35, beide reeds aangehaald in punt 162 supra). Volgens de rechtspraak zijn immers niet de stukken als zodanig van belang, maar de conclusies die de Commissie eraan verbindt. Wanneer de stukken in de mededeling van punten van bezwaar niet werden genoemd, mocht de betrokken onderneming ervan uitgaan, dat zij voor de zaak niet van belang

waren. Door een onderneming niet te doen weten dat bepaalde stukken in de beschikking zullen worden gebruikt, belet de Commissie haar haar mening over de bewijskracht van die stukken tijdig kenbaar te maken (in die zin, arresten AEG/Commissie, reeds aangehaald in punt 115 supra, punt 27, en AKZO/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 21).

- 172 Het Gerecht heeft weliswaar geoordeeld, dat de rechten van de verdediging niet worden geschonden wanneer de Commissie een stuk dat ontlastend materiaal kan bevatten, niet aan de verzoeker meedeelt, indien dat document van de verzoeker zelf afkomstig is of indien het duidelijk is dat het tijdens de administratieve procedure al in zijn bezit was (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95—T-32/95, T-34/95—T-39/95, T-42/95—T-46/95, T-48/95, T-50/95—T-65/95, T-68/95—T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 248), maar deze rechtspraak kan in geen geval op de hier in geding zijnde stukken van toepassing zijn. Het staat immers aan verzoeksters om eigener beweging elk stuk over te leggen dat hen zou kunnen ontlasten, maar het is de taak van de Commissie om de inbreuk te bewijzen en daartoe al het belastend materiaal aan te voeren dat geschikt is om het bestaan vast te stellen van de feiten die bestanddeel van de inbreuk zijn (arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 79).
- 173 Bij de vraag of verzoeksters redelijkerwijs hadden kunnen vermoeden, welke conclusies de Commissie in de bestreden beschikking uit de vier betrokken stukken zou trekken, dient men niet slechts rekening te houden met de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar, maar ook met latere feiten en omstandigheden waaruit die conclusies konden worden afgeleid, te weten de bewoordingen van de verzoeken om inlichtingen in antwoord waarop de betrokken stukken zijn overgelegd, en de inhoud van die stukken zelf.
- 174 Wat, in de eerste plaats, de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar betreft, zij eraan herinnerd dat de TACA in punt 109 van die mededeling werd

verweten bepaalde overeenkomsten te hebben gesloten, onder meer om het voor Hanjin en Hyundai mogelijk te maken de markt te betreden zonder op de mededinging te stuiten waaraan die maatschappijen normalerwijze het hoofd zouden moeten bieden, maar dat in punt 110 uitsluitend werd vermeld, dat Hanjin en Hyundai de markt op basis van een „slot chartering”-overeenkomst hadden kunnen betreden. Daarentegen vermeldde de mededeling van punten van bezwaar met betrekking tot Hyundai niet, dat de TACA haar onmiddellijke toegang tot de dienstencontracten had gegeven, noch met betrekking tot Hanjin, dat de TACA haar vertrouwelijke informatie had verstrekt of bereid was haar een met haar „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel in het vervoer toe te staan.

175 In deze samenhang moet worden vastgesteld dat de mededeling van punten van bezwaar geen enkele aanwijzing bevatte, dat de onmiddellijke toegang tot de dienstencontracten, het verschaffen van vertrouwelijke informatie en de bereidheid om een met de „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel toe te staan, maatregelen konden zijn om Hanjin en Hyundai te stimuleren tot de TACA toe te treden.

176 Wat, in de tweede plaats, de bewoordingen betreft van de verzoeken om inlichtingen in antwoord waarop de betrokken stukken zijn overgelegd, moet worden bedacht, dat het uittreksel van de notulen PWSC 95/8 dat in de punten 230 en 564 van de considerans van de bestreden beschikking is weergegeven, is overgelegd na een verzoek om inlichtingen van 8 maart 1996, waarin de Commissie onder meer verzocht om overlegging van elk stuk van de TACA of een van haar leden betreffende „a) ‚slot/space chartering’ tussen de partijen bij de TACA enerzijds en onafhankelijke maatschappijen, niet-conferenceleden, anderzijds in het transatlantisch vaargebied, b) het besluit van Hyundai om tot de TACA toe te treden [...]”, en wel „teneinde de Commissie te helpen het verzoek [...] om individuele vrijstelling van de TACA in zijn economische en juridische context te beoordelen”.

177 Uit de bewoordingen van bedoeld verzoek om inlichtingen blijkt dus, dat het de Commissie er niet om ging een mogelijke inbreuk op artikel 86 van het Verdrag vast te stellen, maar de mogelijkheid van een individuele vrijstelling krachtens

artikel 85, lid 3, van het Verdrag te overwegen. Volgens de tekst van het verzoek om inlichtingen rees de kwestie van Hyundai's toetreding tot de TACA in het kader van het onderzoek van de Commissie van het probleem van de „slot/space chartering”-overeenkomsten tussen de partijen bij de TACA en de onafhankelijke lijnvaartmaatschappijen. Vaststaat immers, dat Hyundai in 1995 op basis van een dergelijke overeenkomst tot de TACA is toetreden. De mededeling door de TACA van informatie over die toetreding moest de Commissie dus in staat stellen zich een beeld te vormen van de interne mededinging binnen de TACA, zulks in verband met de door artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarde voor een individuele ontheffing, te weten dat de betrokken overeenkomst niet de mogelijkheid mag bieden de mededinging uit te schakelen.

- 178 Nadat de TACA op 9 mei 1996 op dat verzoek om inlichtingen had geantwoord, verzocht de Commissie haar „naar aanleiding van dat antwoord” bij een nieuw verzoek van 22 mei 1996 om „volledige afschriften van de notulen van de vergaderingen van de directeurs van de TACA van 31 augustus 1995 en 5 oktober 1995”. Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar het antwoord van de TACA op het voorgaande verzoek om inlichtingen en het ontbreken van iedere andere indicatie in het verzoek van 22 mei 1996, mag ervan worden uitgegaan dat dit laatste verzoek hetzelfde doel had als het eerdere, te weten de Commissie in staat stellen zich een oordeel te vormen over de interne mededinging binnen de TACA in verband met de voorwaarden voor een individuele ontheffing overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

- 179 Uit de bewoordingen van de verzoeken om inlichtingen in antwoord waarop de notulen PWSC 5/98 zijn overgelegd, blijkt derhalve niet, dat de Commissie dat stuk wilde gebruiken tot staving van het verwijt, dat de partijen bij de TACA inbreuk op artikel 86 van het Verdrag hadden gemaakt onder meer door Hyundai te stimuleren tot de TACA toe te treden. En zeker blijkt er niet uit, dat de Commissie dat stuk wilde gebruiken om vast te stellen, dat het feit dat de TACA Hyundai onmiddellijke toegang tot de dienstencontracten had gegeven, een maatregel was om die maatschappij te stimuleren tot de TACA toe te treden.

180 Wat vervolgens de brief van Hanjin van 19 augustus 1994, de brief van de TACA van 30 januari 1996 en het TACA-memo van 15 februari 1996 betreft, deze stukken zijn na een verzoek om inlichtingen van 15 november 1996 aan de Commissie verstrekt. In dat verzoek had de Commissie gevraagd om mededeling van alle overeenkomsten tussen de partijen bij de TACA over de toetreding van Hanjin tot de conference, en van alle stukken betreffende onafhankelijke acties, TVR's en door Hanjin gesloten individuele en andere dienstencontracten, „teneinde de Commissie te helpen het verzoek [...] om individuele vrijstelling van de TACA in zijn economische en juridische context te beoordelen, en in het bijzonder bij haar onderzoek van het antwoord van de TACA op de mededeling van punten van bezwaar (in het bijzonder de punten 195 tot en met 200 en 216 en 217 ervan)”.

181 Ook hier blijkt dus uit de bewoordingen van het verzoek om inlichtingen, dat het de Commissie er niet om ging, een mogelijke inbreuk op artikel 86 van het Verdrag vast te stellen, maar de mogelijkheid van een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te overwegen. Daarbij valt op te merken, dat de partijen bij de TACA in de punten 195 tot en met 200 en 216 en 217 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, waarnaar het hierbedoelde verzoek om inlichtingen duidelijkheidshalve uitdrukkelijk verwees, de Commissie een aantal gegevens hadden voorgelegd waaruit moest blijken, dat mede door Hanjin's deelneming aan de transatlantische lijnvaart de interne prijsconcurrentie binnen de TACA werd versterkt dankzij de initiatieven van Hanjin op het gebied van onafhankelijke acties, TVR's en individuele dienstencontracten. Uit de punten 192 tot en met 194 van het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en uit het kopje boven dit onderdeel van het antwoord („Prijsconcurrentie tussen de partijen bij overeenkomsten inzake het gezamenlijk gebruik van schepen”) blijkt, dat de partijen bij de TACA met die gegevens en met name onder verwijzing naar de situatie van Hanjin in het betrokken vaargebied het betoog van de Commissie in de punten 106, 235 en 238 van de mededeling van punten van bezwaar wilden weerleggen, dat de „slot/space chartering"-overeenkomsten tussen de partijen bij de TACA en de onafhankelijke lijnvaartmaatschappijen, waaronder die waarbij Hanjin partij was, een beperking van de prijsconcurrentie tussen de partijen bij die overeenkomsten, en dus tussen de leden van de conference, tot gevolg hadden. In de punten 235 tot en met 238 van de mededeling van punten van bezwaar onderzoekt de Commissie, of in casu is voldaan aan de in artikel 7 van verordening nr. 4056/86 gestelde voorwaarden waaronder een groepsvrijstelling kan worden ingetrokken, wanneer een vrijgestelde conference met artikel 85, lid 3, van het Verdrag onverenigbare gevolgen heeft, in het bijzonder het ontbreken van potentiële externe mededinging. Met het hier besproken verzoek om inlichtingen, waarin zij de partijen bij de TACA

verzocht haar alle onderlinge overeenkomsten in verband met Hanjin's toetreding en alle stukken met betrekking tot initiatieven van Hanjin op het gebied van de prijzen mee te delen, wilde de Commissie nagaan, of de TACA nog steeds in aanmerking kwam voor de in verordening nr. 4056/86 geregelde groepsvrijstelling en/of voor een individuele vrijstelling, met name gelet op de voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, dat er geen sprake mag zijn van uitschakeling van de mededinging.

- 182 Ook de brief van de TACA van 30 januari 1996 is na een verzoek om inlichtingen van 24 januari 1997 aan de Commissie verstrekt. Volgens dat verzoek wenste de Commissie, gezien de eerder meegedeelde brief van de TACA van 30 januari 1996, afschriften te ontvangen van de briefwisseling tussen de heren Rhee en Rakkenes betreffende de prijspraktijken van de TACA en van de briefwisseling tussen de heer Rakkenes en de TACA of haar leden dan wel andere stukken betreffende de verkeerde prijsstellingspraktijken („pricing malpractices”) waarover het in genoemde brief ging, zulks met het oog op haar onderzoek van het antwoord van de TACA op de mededeling van punten van bezwaar „en in het bijzonder van haar opmerkingen over de mate van interne mededinging binnen de TACA”. Uit de bewoordingen van dat verzoek blijkt dus duidelijk, dat dit evenals het verzoek van 15 november 1996 uitsluitend tot doel had de Commissie in staat te stellen na te gaan, of de TACA in aanmerking kwam voor een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag en in het bijzonder of voldaan was aan de in die bepaling gestelde voorwaarde, dat de mededinging gewaarborgd moest zijn.

- 183 Uit de bewoordingen van de verzoeken om inlichtingen in antwoord waarop de brief van Hanjin van 19 augustus 1994, de brief van de TACA van 30 januari 1996 en het TACA-memo van 15 februari 1996 zijn overgelegd, blijkt dus niet, dat de Commissie die stukken wilde gebruiken tot staving van het verwijt, dat de partijen bij de TACA inbreuk op artikel 86 van het Verdrag hebben gemaakt, wat het eerste en het derde stuk betreft, door Hanjin te stimuleren tot de TACA toe te treden, en wat het tweede stuk betreft, door potentiële concurrenten te stimuleren tot de TACA toe te treden. A fortiori kan niet worden gezegd, dat uit de bewoordingen van bedoelde verzoeken blijkt, dat de Commissie die stukken wilde gebruiken om vast te stellen, in de eerste plaats, dat de mededeling van vertrouwelijke informatie aan Hanjin en de bereidheid om haar een met haar „slot”-capaciteit overeenkomend marktaandeel in het vervoer toe te staan,

maatregelen waren die een stimulans voor Hanjin waren om tot de TACA toe te treden, en in de tweede plaats, dat het altijd de bedoeling van de TACA was geweest potentiële concurrenten te helpen zich als leden van de TACA op de markt te begeven.

- 184 Wat, in de derde plaats, de inhoud van de stukken in geding betreft, moet ten slotte worden vastgesteld dat, om de redenen die hierna bij het onderzoek van de middelen betreffende het verwijt van misbruik van machtspositie zullen worden uiteengezet (punten 1279-1304 en 1311-1326 infra), de conclusies die de Commissie in de bestreden beschikking uit bedoelde stukken heeft getrokken, door de inhoud ervan niet rechtens genoegzaam worden bewezen.
- 185 Het is duidelijk, dat men verzoeksters niet kan verwijten dat zij uit de inhoud van de door hen aan de Commissie meegedeelde stukken geen onbewezen conclusies hebben weten af te leiden.
- 186 Uit het voorgaande volgt, dat verzoeksters de hen bezwarende conclusies die de Commissie in de bestreden beschikking heeft getrokken, redelijkerwijs noch uit de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar, noch uit de bewoordingen van de verzoeken om inlichtingen in antwoord waarop de stukken in geding zijn overgelegd, of uit de inhoud van deze stukken konden afleiden.
- 187 Mitsdien moet worden geconcludeerd dat de Commissie, door de vier stukken in geding tegen verzoeksters te gebruiken als bewijs van het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik, de rechten van de verdediging heeft geschonden. Bedoelde stukken dienen derhalve als bewijsmiddelen ten laste te worden uitgesloten.
- 188 Volgens de rechtspraak betekent deze uitsluiting echter niet, dat de gehele beschikking nietig moet worden verklaard. Zij is slechts van belang, voorzover het door de Commissie op grond van die stukken geformuleerde verwijt

uitsluitend aan de hand van deze stukken kon worden bewezen (arrest Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, Jurispr. blz. II-1901, punt 71, en arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 364). Dit punt moet worden gezien in het kader van de middelen betreffende de juistheid van de vaststellingen van de Commissie tot staving van het verwijt van misbruik van machtspositie door wijziging van de marktstructuur, welk verwijt zal worden onderzocht in het kader van de derde groep van middelen, ontleend aan schending van artikel 86 van het Verdrag.

2. Andere nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard

- 189 Verzoeksters stellen, dat de Commissie ook andere beweringen dan die betreffende het tweede misbruik gebaseerd heeft op feitelijke of juridische elementen waarover zij niet zijn gehoord.
- 190 Zij voeren aan, dat de bestreden beschikking nieuwe beweringen bevat met betrekking tot de wettigheid van gezamenlijke dienstencontracten, het feit dat de partijen bij de TACA een collectieve positie innemen en dat die positie een machtspositie is. Op een desbetreffende vraag van het Gerecht hebben zij ter terechtzitting nog betoogd, dat de bestreden beschikking nieuwe beweringen bevat die gebaseerd zijn op gegevens die zij na de mededeling van punten van bezwaar naar aanleiding van bepaalde verzoeken om inlichtingen hebben verstrekt.

a) Opmerkingen vooraf

- 191 Er zij aan herinnerd, dat het volgens de rechtspraak niet nodig is dat de beschikking een exacte kopie van de mededeling van punten van bezwaar is

(arrest Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 68). In haar beschikking moet de Commissie immers rekening kunnen houden met de antwoorden van de betrokken ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar. Daarbij moet zij niet enkel de argumenten van die ondernemingen kunnen accepteren of afwijzen, maar moet zij ook zelf de door hen aangevoerde feiten kunnen analyseren, teneinde ongegrond gebleken bezwaren te laten vallen dan wel haar argumentatie met betrekking tot gehandhaafde bezwaren zowel feitelijk als juridisch aan te passen of aan te vullen (arresten ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald in punt 113 supra, punt 92, en 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 437 en 438; arrest Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punten 34 en 36). Van schending van de rechten van de verdediging zal dan ook slechts sprake zijn, indien de betrokken ondernemingen in de eindbeschikking andere inbreuken ten laste worden gelegd of andere feiten als vaststaand worden aangenomen dan in de mededeling van punten van bezwaar (arrest ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald in punt 113 supra, punten 26 en 94; arrest CB en Europay/Commissie, reeds aangehaald in punt 138 supra, punten 49-52). Dat is niet het geval, wanneer de gestelde verschillen tussen de mededeling van punten van bezwaar en de eindbeschikking geen betrekking hebben op andere gedragingen dan die waarover de betrokken ondernemingen zich al hadden uitgelaten en die dus geen verband met nieuwe bezwaren hebben (arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, „PVC II”, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 103).

- 192 Daarbij moet worden beklemtoond, dat ondernemingen die zich beroepen op schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot in de bestreden beschikking overgenomen punten van bezwaar, niet kunnen volstaan met eenvoudig te wijzen op bestaande verschillen tussen de mededeling van punten van bezwaar en deze beschikking, maar precies en concreet uiteen moeten zetten, in hoeverre elk van die verschillen een nieuw punt van bezwaar oplevert waarover zij geen gelegenheid hebben gehad opmerkingen te maken (in die zin, arrest Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 33). Volgens de rechtspraak immers moet een schending van de rechten van de verdediging worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval, aangezien die schending voornamelijk afhangt van de bezwaren die de Commissie als bewijs voor de aan de betrokken ondernemingen verweten inbreuk heeft aangevoerd (arrest Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punt 70).

- 193 Om te bepalen of de gestelde verschillen nieuwe bezwaren vormen waarover de betrokken ondernemingen hadden moeten worden gehoord, moet voorts worden onderscheiden tussen verschillen die rechtstreeks de juridische beoordeling in de beschikking betreffen, en verschillen in de presentatie van de feiten.
- 194 In het eerste geval kan er volgens de reeds aangehaalde rechtspraak slechts sprake zijn van een schending van het recht te worden gehoord, indien uit de gestelde verschillen tussen de mededeling van punten van bezwaar en de beschikking blijkt, dat deze laatste beweringen van feitelijke of juridische aard bevat die niet reeds in de mededeling van punten van bezwaar voorkomen. Indien daarentegen bij bestudering van deze mededeling blijkt, dat de gestelde nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in werkelijkheid slechts de herformulering, herschikking of uitwerking zijn van iets wat in de mededeling van punten van bezwaar al is gesteld, in voorkomend geval als reactie op wat de betrokken ondernemingen in hun antwoord op die mededeling hebben voorgebracht, dan is er geen sprake van schending van het recht te worden gehoord (arresten ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald in punt 113 supra, punt 92, en Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 191 supra, punten 437 en 438; arrest Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punten 34 en 36).
- 195 In het tweede geval kunnen eenvoudige verschillen in de beschrijving van de feiten tussen de mededeling van punten van bezwaar en de beschikking in beginsel niet dienen als bewijs, dat de betrokken ondernemingen geen gelegenheid hebben gehad hun standpunt over alle tegen hen ingebrachte bezwaren kenbaar te maken, tenzij de Commissie er in de loop van haar juridische beoordeling uitdrukkelijk, dan wel impliciet maar onmiskenbaar, naar verwijst op een wijze die duidelijk maakt, dat de betrokken feitelijke gegevens als de noodzakelijke onderbouwing van de juridische beoordeling zijn te beschouwen. Gegevens die in de beschikking ter beschrijving van een feit of gedraging zijn vermeld, maar die vervolgens niet zijn gebruikt om een inbreuk vast te stellen, zijn immers niet belastend voor de betrokken ondernemingen (arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 387).

- 196 En tenslotte, zelfs indien de beschikking nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard bevat waarover de betrokken ondernemingen niet zijn gehoord, kan dit gebrek slechts tot nietigverklaring van de beschikking op dit punt leiden wanneer de betrokken beweringen niet rechtens genoegzaam zijn onderbouwd met andere in de beschikking in aanmerking genomen gegevens waarover de betrokken ondernemingen hun standpunt wel kenbaar hebben kunnen maken (arrest Gerecht van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, „FEFC”, T-86/95, Jurispr. blz II-1011, punt 447).
- 197 De argumenten van verzoeksters moeten in het licht van deze beginselen worden onderzocht.

b) Nieuwe beweringen betreffende de wettigheid van gezamenlijke dienstencontracten, het feit dat de partijen bij de TACA een collectieve positie innemen en dat die positie een machtspositie is

i) Argumenten van partijen

- 198 Verzoeksters verwijten de Commissie bepaalde beweringen in de bestreden beschikking te hebben gebaseerd op gegevens van feitelijke of juridische aard waarover zij hun opmerkingen niet kenbaar hebben kunnen maken. Deze beweringen betreffen de verenigbaarheid van de conference-dienstencontracten met verordening nr. 4056/86 en artikel 85, leden 1 en 3, van het Verdrag, de mogelijkheid de positie van verzoeksters als die van een collectief te beschouwen, en de vraag of verzoeksters daadwerkelijk een collectieve machtspositie bezitten.

- 199 Volgens verzoeksters bevat de bestreden beschikking nieuwe feitelijke vaststellingen met betrekking tot die beweringen, alsook nieuwe feitelijke kwalificaties en nieuwe gevolgtrekkingen en conclusies met betrekking tot de feiten en het recht, die niet in de mededeling van punten van bezwaar voorkomen.
- 200 De Commissie herinnert eraan, dat de eindbeschikking volgens de rechtspraak geen exacte kopie van de mededeling van punten van bezwaar behoeft te zijn (arrest Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 68). Zij concludeert dan ook tot afwijzing van de argumenten van verzoeksters op dit punt.

ii) Beoordeling door het Gerecht

- 201 Met betrekking tot de in geding gebrachte aspecten van de bestreden beschikking hebben verzoeksters zich er in hun verzoekschrift toe beperkt, de punten van de considerans van de beschikking op te sommen die volgens hen niet al in de mededeling van punten van bezwaar voorkwamen, om vervolgens te stellen, dat zij niet de mogelijkheid hebben gehad hun opmerkingen over de vaststellingen of beoordelingen in die punten kenbaar te maken.
- 202 Daarbij verzuimen verzoeksters aan te geven, in hoeverre die verschillen tussen de bestreden beschikking en de mededeling van punten van bezwaar, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, nieuwe bezwaren vormen die inbreuk maken op de rechten van de verdediging. Uit de opsomming in het verzoekschrift blijkt immers hooguit, dat de beschikking, voorzover het de in geding zijnde aspecten betreft, geen exacte kopie van de mededeling van punten van bezwaar is. Volgens de rechtspraak is dat evenwel ook niet noodzakelijk, daar de Commissie het betoog waarmee zij haar bezwaren onderbouwt, kan wijzigen. Om schending van de rechten van de verdediging aan te tonen, hadden verzoeksters derhalve,

zoals in punt 192 supra aangeduid, concreet uiteen moeten zetten, in hoeverre de nieuwe beoordelingen en vaststellingen in de beschikking bezwarend voor hen zijn. Nu een dergelijke uiteenzetting ontbreekt, kan het Gerecht geen schending van de rechten van de verdediging vaststellen.

- 203 Hoewel dit al voldoende is om het verwijt van verzoeksters, dat de Commissie in de bestreden beschikking nieuwe beoordelingen of vaststellingen heeft opgenomen, van de hand te wijzen, kan daarnaast worden vastgesteld dat onderzoek van de door verzoeksters gestelde verschillen hoe dan ook geen schending van de rechten van de verdediging aan het licht brengt.

— De beweringen inzake de wettigheid van de gezamenlijke dienstencontracten

- 204 Verzoeksters stellen, dat verscheidene vaststellingen van de bestreden beschikking met betrekking tot de gezamenlijke dienstencontracten gebaseerd zijn op feitelijke gegevens die niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn vermeld.

- 205 Wat in de eerste plaats de toepassing van verordening nr. 4056/86 op de gezamenlijke dienstencontracten betreft, stellen verzoeksters, dat de verschillen tussen tarief en contractuele regelingen, waarvan in de bestreden beschikking gewag wordt gemaakt (punten 104-108 van de considerans), in de mededeling van punten van bezwaar ontbreken.

- 206 In tegenstelling tot wat verzoeksters betogen, komen evenwel twee van de gestelde verschillen — te weten, het feit dat de leden van een vrijgestelde conference naar Amerikaans recht het recht hebben ten aanzien van de lijsttarieven onafhankelijke acties te ondernemen (punt 104 van de considerans),

en het feit dat de prijs bij contractuele regelingen, anders dan bij tariefregelingen, niet in het tarief te vinden is (punt 108 van de considerans) — wel al in de mededeling van punten van bezwaar voor, namelijk in voetnoot 3 bij punt 12 en in punt 64, respectievelijk in punt 58. In zoverre missen de grieven van verzoeksters dus feitelijke grondslag.

- 207 Het enige nieuwe gegeven in de bestreden beschikking waarover verzoeksters niet zijn gehoord, is dus de vaststelling in punt 106 van de considerans, dat „[d]e vervoerders die met tarieflijsten werken, worden geacht zich aan het publiek als ‚common carriers’ voor te stellen”.
- 208 Evenals de andere hier ter discussie staande punten van de considerans komt punt 106 bovendien uitsluitend voor in het feitelijk deel van de beschikking en is het zuiver beschrijvend. En evenmin als de andere betrokken punten van de considerans vormt het de noodzakelijke onderbouwing van de vaststelling in de punten 454 tot en met 462 van de considerans, dat de gezamenlijke dienstencontracten, in tegenstelling tot het tarief, niet als gemeenschappelijke of eenvormige vervoertarieven in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 kunnen worden aangemerkt en bijgevolg niet in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling van artikel 3 van die verordening. Deze laatste vaststelling is immers niet gebaseerd op de in de punten 104 tot en met 108 van de considerans van de bestreden beschikking besproken verschillen tussen het tarief en de contractuele regelingen, maar op andere elementen, die al in de punten 206 tot en met 208 van de mededeling van punten van bezwaar waren vermeld.
- 209 Vervolgens zeggen verzoeksters, dat de analyse van de getrouwheidscontracten in de bestreden beschikking (punten 113-119 van de considerans) verscheidene nieuwe punten bevat ten opzichte van de mededeling van punten van bezwaar.
- 210 Anders dan verzoeksters betogen, komen twee van de vier elementen waarop in de punten 113 tot en met 119 van de considerans wordt ingegaan — te weten, dat de definitie van dienstencontract in de U.S. Shipping Act niet de contracten omvat

die betrekking hebben op een percentage of een deel van de door een verlader vervoerde vracht (punt 113 van de considerans), en het feit dat getrouwheidsregelingen uitdrukkelijk in artikel 5, lid 2, van verordening nr. 4056/86 worden vermeld (punt 114 van de considerans) —, al voor in de mededeling van punten van bezwaar, en wel in voetnoot 15 bij punt 60 respectievelijk in punt 211. In zoverre missen de grieven van verzoeksters dus feitelijke grondslag.

- 211 Voorts is een derde element waarop op deze plaats van de bestreden beschikking wordt gewezen, te weten het feit dat de code van de Conferentie van de Verenigde Naties inzake handel en ontwikkeling (Unctad-code) geen andere contractvorm tussen verladers en conferentes erkent dan het dienstencontract (punt 115 van de considerans), verder uitgewerkt in verband met de opmerkingen van verzoeksters in de punten 281 tot en met 283 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.
- 212 Het enige nieuwe gegeven in de bestreden beschikking waarover verzoeksters niet zijn gehoord, is dus de vaststelling in punt 116 van de considerans, dat er drie soorten getrouwheidsregelingen bestaan, en de beschrijving van elk daarvan in de punten 117 tot en met 119 van de considerans.
- 213 Evenals de andere hier ter discussie staande paragrafen van de considerans komen deze paragrafen uitsluitend voor in het feitelijk deel van de bestreden beschikking en zijn zij zuiver beschrijvend. Bovendien vormen zij niet de noodzakelijke onderbouwing van de vaststelling in punt 463 van de considerans, dat dienstencontracten, in tegenstelling tot getrouwheidsregelingen, niet onder de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallen. Deze vaststelling is immers niet op de in de punten 116 tot en met 119 van de considerans genoemde elementen gebaseerd, maar op andere, die al in punt 211 van de mededeling van punten van bezwaar voorkomen, welk punt voor het wezenlijke is overgenomen in punt 463 van de considerans van de beschikking.

- 214 Wat in de tweede plaats de toepassing van artikel 85 van het Verdrag op gezamenlijke dienstencontracten betreft, menen verzoeksters, dat de vaststelling in punt 443 van de considerans van de bestreden beschikking, dat, kort gezegd, gezamenlijke dienstencontracten de mededinging kunnen beperken, bijvoorbeeld wanneer er een uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraak bestaat om geen individuele dienstencontracten te sluiten, een nieuw bezwaar is.
- 215 Al in de mededeling van punten van bezwaar, punt 202, wordt echter vastgesteld dat het verbod van de TACA om individuele dienstencontracten te sluiten, in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Verder wordt in de punten 200 en 201 van die mededeling uiteengezet, dat ook gezamenlijke dienstencontracten „van het type als door de partijen bij de TACA worden gesloten” onder die bepaling vallen. In punt 82 van de mededeling van punten van bezwaar wordt er echter op gewezen, dat de TACA de individuele dienstencontracten in 1994 en 1995 heeft verboden. Gelet op een en ander moet ervan worden uitgegaan, dat verzoeksters ten volle konden begrijpen wat hun dienaangaande werd verweten.
- 216 Hoe dan ook, voorzover verzoeksters de Commissie verwijten haar beoordelingen in de bestreden beschikking te hebben gebaseerd op een redenering die niet in de mededeling van punten van bezwaar voorkomt, volstaat het erop te wijzen, dat een dergelijke redenering bij geen enkel nieuw bezwaar valt te verwachten, daar zij geen betrekking heeft op andere gedragingen dan die waarover de ondernemingen zich al hebben uitgelaten.
- 217 Vervolgens stellen verzoeksters, dat de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op het soort gezamenlijke dienstencontracten als door hen gesloten, berust op twee feitelijke beweringen die voor het eerst in de bestreden beschikking (punt 444 van de considerans) opduiken, te weten het percentage individuele dienstencontracten dat door vroegere leden van het „Contracts Committee” van de TAA was gesloten, en het grote aantal regelingen inzake „space/slot chartering”.

- 218 Dienaangaande moet echter worden vastgesteld, dat die feitelijke beweringen uitsluitend bedoeld zijn tot staving van de conclusie in punt 443 van de considerans, dat, kort gezegd, gezamenlijke dienstencontracten de mededinging kunnen beperken in het geval van al dan niet uitdrukkelijke afspraken om geen individuele dienstencontracten te sluiten. In punt 215 supra is echter al vastgesteld dat verzoeksters, gelet op de inhoud van de punten 200 tot en met 202 van de mededeling van punten van bezwaar, ten volle konden begrijpen wat hun op dit punt werd verweten. De omstandigheid dat verzoeksters hun standpunt over de feitelijke beweringen in punt 444 van de considerans niet kenbaar hebben kunnen maken, kan derhalve de conclusie in punt 443 van de considerans, welke die beweringen moesten ondersteunen, niet aantasten.
- 219 Ten slotte stellen verzoeksters, dat de vaststelling dat het verbod van onafhankelijke acties met betrekking tot dienstencontracten niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet (punten 500 en 501 van de considerans), nieuw is.
- 220 Opgemerkt zij, dat in punt 203 van de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk wordt verklaard, dat verordening nr. 4056/86 een dergelijk verbod niet toestaat, zodat het, bij gebreke van een individuele vrijstelling, ingevolge artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden is. Dat punt van de mededeling komt woordelijk overeen met punt 449 van de considerans van de beschikking. In de mededeling van punten van bezwaar gaat het weliswaar niet om de verlening van een individuele vrijstelling, maar het zijn de verzoeksters die de Commissie de gegevens moeten bezorgen die een individuele vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag kunnen rechtvaardigen (zie, onder meer, arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 52).
- 221 Waar de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk sprak van het mededingingsbeperkend karakter van het verbod van onafhankelijke acties, in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, waren verzoeksters derhalve in staat de aard van de door de Commissie tegen hen ingebrachte bezwaren te begrijpen en

hadden zij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar dus de elementen moeten aanvoeren waaruit bleek, dat dat verbod in aanmerking kwam voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

- 222 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen die verzoeksters ontlenen aan schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot de beweringen inzake de wettigheid van de gezamenlijke dienstencontracten, in hun geheel moeten worden afgewezen.

— De beweringen inzake het collectieve karakter van de positie van de partijen bij de TACA

- 223 Volgens verzoeksters baseert de Commissie zich voor haar conclusie inzake het bestaan van een collectieve machtspositie op een aantal aanwijzingen voor het ontbreken van interne mededinging, die in de mededeling van punten van bezwaar niet waren vermeld.
- 224 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking nieuwe beweringen bevat ten opzichte van de mededeling van punten van bezwaar: zij geeft een beschrijving van de NVOCC's (punten 158-161 van de considerans) en vermeldt dat de U.S. Shipping Act de partijen bij de TACA verplicht hun tarief te publiceren (punten 174-176 van de considerans), zij stelt vast dat de TVR's kortingen op het tarief vormen (punt 120 van de considerans) en dat er geen onafhankelijke acties bij dienstencontracten zijn (punt 131 van de considerans).
- 225 Dienaangaande zij erop gewezen, dat de genoemde punten van de bestreden beschikking in het feitelijk deel ervan staan en zuiver beschrijvend zijn.

- 226 Met betrekking tot de vraag of die punten de noodzakelijke onderbouwing vormen van de juridische beoordeling van het collectieve karakter van de door de partijen bij de TACA ingenomen machtspositie, moet voorts worden opgemerkt dat, zoals hierna nader uiteengezet bij het onderzoek van de middelen betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag, naar het oordeel van de Commissie (punten 521-531 van de considerans) de positie van de partijen bij de TACA collectief moet worden getoetst aan de hand van vijf elementen, te weten het tarief van de TACA (punt 526 van de considerans), de door de TACA vastgestelde uitvoeringsregelingen (punt 527 van de considerans), het door haar gepubliceerde jaarlijkse bedrijfsplan (punten 528 en 530 van de considerans), het TACA-secretariaat (punten 528 en 529 van de considerans), en de consortium-overeenkomsten tussen bepaalde partijen bij de TACA (punt 531 van de considerans).
- 227 Van de door verzoeksters aangevoerde elementen vormt dus enkel de omstandigheid dat de Amerikaanse wetgeving de publicatie van het tarief voorschrijft, een deel van de noodzakelijke onderbouwing van de juridische beoordeling, in zoverre naar het oordeel van de Commissie het tarief een economische band tussen de partijen bij de TACA doet ontstaan. De andere door verzoeksters genoemde elementen blijven daarentegen louter beschrijvend en staan volledig los van de in de punten 521 tot en met 531 van de considerans vermelde economische banden.
- 228 Wat het tarief betreft, had de Commissie echter al in punt 318 van de mededeling van punten van bezwaar verklaard, dat de door de TACA vastgestelde uitvoeringsregelingen tot doel hadden de prijsconcurrentie tussen de conference-leden uit te schakelen. Daarbij verwees de Commissie naar de punten 16 en 17 van die mededeling, waar zij erop had gewezen, dat de TACA krachtens die uitvoeringsregelingen haar leden bij overtreding van de collectieve prijsregelingen zware geldboeten kon opleggen. De conclusie moet dus zijn, dat verzoeksters de strekking van het op dit punt tegen hen ingebrachte bezwaar ten volle konden begrijpen.
- 229 Dit middel dient bijgevolg te worden afgewezen.

- 230 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking in de punten 177 en 178 van de considerans nieuwe beweringen met betrekking tot de uitvoeringsregelingen van de TACA bevat.
- 231 Het is juist, dat de uitvoeringsregelingen in punt 527 van de considerans van de beschikking worden vermeld om het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen. Maar zoals hiervóór opgemerkt, wordt dit element in punt 318 van de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk genoemd als grondslag van de economische band tussen de partijen bij de TACA en is het in de punten 16 en 17 van die mededeling gedetailleerd beschreven.
- 232 Het betoog van verzoeksters terzake moet derhalve worden afgewezen.
- 233 In de derde plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking in de punten 181 tot en met 198 van de considerans nieuwe beweringen bevat met betrekking tot beperkende regelingen in de transatlantische lijnvaart, te weten de consortiumovereenkomsten.
- 234 Het is juist, dat de consortiumovereenkomsten in punt 531 van de considerans van de beschikking worden vermeld om het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen. Die overeenkomsten worden evenwel in punt 322 van de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk genoemd als grondslag van de economische band tussen de partijen bij de TACA en worden in de punten 94 tot en met 106 van die mededeling gedetailleerd beschreven.
- 235 Voorzover verzoeksters de Commissie verwijten in de bestreden beschikking meer van dergelijke regelingen te hebben genoemd [punten 182, 188 (tabel 4), 190 en 191 van de considerans] of nog andere gevolgen voor de interne mededinging te hebben beschreven [punten 181, 192, 194, 220 (tabel 5) en 221 van de

considerans] dan in de mededeling van punten van bezwaar, is hun kritiek niet ter zake. Aangezien in de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk wordt gezegd, dat de consortiumovereenkomsten de economische banden tussen de partijen bij de TACA versterken, konden partijen de strekking van het bezwaar van de Commissie immers ten volle begrijpen. Dit blijkt ook wel uit het feit, dat zij in de punten 192 tot en met 196 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar met verscheidene argumenten hebben trachten te bewijzen, dat de consortiumovereenkomsten de interne mededinging niet beperkten. Verzoeksters kunnen dus niet staande houden, dat de mededeling van punten van bezwaar op dit punt niet duidelijk genoeg was.

236 Daarenboven is het niet juist, dat de Commissie in de bestreden beschikking nog andere beperkende gevolgen van de consortiumovereenkomsten tussen de partijen bij de TACA beschrijft.

237 Wat in de eerste plaats punt 181 van de considerans van de beschikking betreft, waar de Commissie in algemene zin opmerkt dat consortiumovereenkomsten de concurrentiedruk binnen de TACA kunnen beperken, moet erop worden gewezen, dat dezelfde gedachte niet slechts wordt uitgedrukt in het opschrift van het betrokken gedeelte van de mededeling van punten van bezwaar („VII. Andere beperkende overeenkomsten in het trans-Atlantisch vervoer”), maar ook in punt 101, waar wordt uiteengezet dat die overeenkomsten bijdragen tot coördinatie en discipline tussen de partijen. Dezelfde vaststelling is overigens te vinden in punt 226 van de mededeling van punten van bezwaar.

238 Met betrekking tot punt 193 van de considerans van de beschikking, waar de Commissie zegt dat „[d]eze overeenkomsten hebben geleid tot de beperking van de concurrentie binnen de TACA, met name doordat zij tot beperking van ‚independent action’ leiden”, moet worden opgemerkt, dat dezelfde conclusie in punt 101 van de mededeling van punten van bezwaar was getrokken..

- 239 Wat voorts de punten 220 en 221 van de considerans van de beschikking betreft, waar de Commissie door een vergelijking tussen het transatlantische vaargebied en andere vaargebieden laat zien hoe gering het aantal onafhankelijke acties in eerstgenoemd vaargebied is, moet worden vastgesteld, dat deze vergelijking ook al werd gemaakt in de mededeling van punten van bezwaar (punt 101 en voetnoot 69 bij punt 224) en dat juist ter weerlegging van verzoeksters' argumenten in de punten 168 tot en met 191 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar de in die mededeling genoemde voorbeelden in de beschikking verder zijn uitgewerkt.
- 240 Met betrekking, ten slotte, tot de punten 193 en 194 van de considerans van de beschikking, waar de Commissie opmerkt dat de consortiumovereenkomsten, doordat ruimschoots gebruik wordt gemaakt van ruimte op schepen van andere TACA-leden, tot beperking ook van andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA leiden, zij erop gewezen, dat dezelfde gedachte in de punten 102 en 103 van de mededeling van punten van bezwaar is uitgedrukt.
- 241 Hoe dit ook zij, in de punten 526 tot en met 530 van de considerans worden andere banden tussen de partijen bij de TACA genoemd, waarover verzoeksters opmerkingen hebben kunnen maken en waaruit, zoals hierna bij het onderzoek van het eerste onderdeel van de middelen betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag zal worden uiteengezet, al rechtens genoegzaam blijkt dat de partijen bij de TACA voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag als een collectief moeten worden beschouwd.
- 242 De argumenten die verzoeksters terzake aan schending van de rechten van de verdediging ontleen, moeten bijgevolg worden afgewezen.
- 243 In de vierde plaats stellen verzoeksters, dat in de bestreden beschikking (punten 214-219 van de considerans) voor het eerst wordt verklaard, dat onafhankelijke acties geen bewijs voor interne mededinging zijn.

- 244 In de mededeling van punten van bezwaar (punt 223) wordt echter uitdrukkelijk vermeld, dat de verkorting van de aankondigingstermijn van een onafhankelijke actie geen aanmerkelijk gevolg voor de interne mededinging kan hebben. Verder wordt in punt 224 van de mededeling gewezen op het ontbreken van belangrijke onafhankelijke acties in 1994 en 1995 in het betrokken vaargebied. En als de Commissie dit punt in de bestreden beschikking verder heeft uitgewerkt, dan is dat om te antwoorden op de gegevens die de partijen bij de TACA in de punten 168 tot en met 191 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden verstrekt ten bewijze dat onafhankelijke acties op het bestaan van een sterke interne mededinging wijzen.
- 245 De argumenten van verzoeksters terzake moeten derhalve worden afgewezen.
- 246 In de vijfde plaats ten slotte betogen verzoeksters, dat de Commissie twee bewijsstukken gebruikt die in de mededeling van punten van bezwaar niet worden genoemd, te weten een brief van POL aan Hanjin van 28 december 1995 en het TACA-memo van 15 februari 1996.
- 247 De brief van POL aan Hanjin is gedeeltelijk weergegeven in punt 180 van de considerans, in het feitelijk deel van de beschikking, ter illustratie van de „geest van samenwerking binnen de TACA”. Met betrekking tot het TACA-memo van 15 februari 1996 verwijten verzoeksters de Commissie in het kader van de onderhavige middelen, hun geen gelegenheid te hebben gegeven opmerkingen te maken over het in punt 129 van de considerans geciteerde gedeelte ervan, waar staat dat onafhankelijke acties een als laatste toevlucht te gebruiken instrument zijn.
- 248 Ook al worden deze stukken door de Commissie in het kader van haar juridische beoordeling in de punten 521 tot en met 531 van de considerans van de bestreden beschikking niet uitdrukkelijk gebruikt ter ondersteuning van haar conclusie inzake het bestaan van een collectieve machtspositie, zij kunnen wel steun bieden

aan de vaststelling in punt 528 van de considerans, dat het tarief en de uitvoeringsregelingen van de TACA tot doel hebben de prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA goeddeels uit te schakelen.

- 249 Uit de bestreden beschikking blijkt evenwel, dat die vaststelling ook op tal van andere elementen berust, in het bijzonder die welke in de punten 199 tot en met 222 van de considerans zijn vermeld en waarover verzoeksters zijn gehoord. Zoals in de punten 697 tot en met 712 infra wordt uiteengezet, volstaan die elementen als bewijs, dat het tarief en de uitvoeringsregelingen van de TACA tot gevolg hebben gehad, dat de prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA goeddeels werd uitgeschakeld.
- 250 De argumenten van verzoeksters terzake dienen bijgevolg te worden afgewezen.

— De bewering dat de positie van de partijen bij de TACA een machtspositie is

- 251 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat de in punt 271 van de considerans genoemde briefwisseling en de conclusies die er in de punten 271 en 273 van de considerans van de bestreden beschikking uit worden getrokken, niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn vermeld.
- 252 In de punten 265 tot en met 273 van de considerans van de bestreden beschikking onderzoekt de Commissie de werkelijke externe mededinging door de exploitanten van containerlijnvaartdiensten die vracht uit of bestemd voor het Midden-Westen van de Verenigde Staten via Canadese havens (hierna „Canadian Gateway”) naar of vanuit Noord-Europa vervoeren. In punt 271 van de considerans van de beschikking geeft de Commissie passages weer uit briefwis-

seling tussen het secretariaat van de Canadese conferences en leden van het Joint Inland Committee van die conferences, waaruit volgens de Commissie onder meer blijkt, dat de leden van de Canadese conferences op de hoogte waren van de prijsvaststellingspraktijken van de TACA. In punt 273 van de considerans concludeert de Commissie, dat om de in het voorgaande vermelde redenen het marktaandeel van de partijen bij de TACA in diensten via de „Canadian Gateway” bij hun marktaandeel in rechtstreekse vervoersdiensten moet worden opgeteld en niet als het marktaandeel van een afzonderlijke concurrent moet worden beschouwd.

- 253 Het is juist dat, zoals verzoeksters stellen, de in punt 271 van de considerans van de bestreden beschikking aangehaalde briefuittreksels in de mededeling van punten van bezwaar niet worden vermeld.
- 254 In zoverre het marktaandeel van de partijen bij de TACA in via de Canadese havens vervoerde vracht in aanmerking is genomen om het marktaandeel van verzoeksters op de relevante markt te bepalen, vormen de punten 271 tot en met 273 van de considerans van de bestreden beschikking de noodzakelijke onderbouwing van de juridische beoordeling dat, zoals punt 533 van de considerans het uitdrukt, het marktaandeel van de partijen bij de TACA in de relevante periode „een sterk vermoeden van het bestaan van een machtspositie wekt”.
- 255 In punt 50 van de mededeling van punten van bezwaar was de Commissie echter al zeer duidelijk:

„In de TAA-beschikking was de Commissie van oordeel, dat het containervervoer tussen de Verenigde Staten en Noord-Europa via de Canadese havens (de Canadian Gateway) deel uitmaakte van dezelfde markt als het rechtstreekse vervoer. De Commissie blijft bij dit standpunt.”

- 256 Vervolgens gaf de Commissie in de punten 51 tot en met 55 van de mededeling van punten van bezwaar de motivering van dit standpunt.
- 257 Reagerend op die beweringen in de mededeling van punten van bezwaar, betoogden verzoeksters bovendien in de punten 15 tot en met 17 van hun antwoord op die mededeling, dat de concurrentiedruk van de vervoersdiensten die de partijen bij de TACA via de Canadian Gateway aanboden, op de rechtstreekse vervoersdiensten bleek uit de gegevens betreffende de prijzen van die twee soorten vervoer en uit een oproep van een verlader om aanbiedingen te doen.
- 258 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat verzoeksters al in het stadium van de mededeling van de punten van bezwaar hebben kunnen begrijpen, wat de strekking was van het bezwaar van de Commissie betreffende de werkelijke externe mededinging van het vrachtvervoer via de Canadian Gateway. De briefuittreksels in punt 271 van de considerans van de bestreden beschikking zijn uitsluitend bedoeld om na de kritiek van verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar het standpunt van de Commissie te ondersteunen.
- 259 Mitsdien moeten de argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.
- 260 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de punten 207 tot en met 213 van de considerans van de bestreden beschikking nieuwe beweringen over discriminerende praktijken van de TACA op het gebied van de prijzen bevat.
- 261 De beoordelingen in de punten 207 tot en met 213 van de considerans van de beschikking vormen de noodzakelijke onderbouwing van de juridische beoordeling van de door de partijen bij de TACA ingenomen positie als een machtspositie. In punt 534 van de considerans van de beschikking overweegt

de Commissie immers, dat het op het marktaandeel van de partijen bij de TACA berustende vermoeden van een machtspositie wordt bevestigd door het feit dat zij erin geslaagd zijn een discriminerende prijsstructuur te handhaven.

- 262 Deze beoordeling is echter al volledig terug te vinden in punt 326 van de mededeling van punten van bezwaar.
- 263 In plaats van nieuwe beweringen bevatten de punten 207 tot en met 213 van de considerans van de beschikking enkel een uiteenzetting over de mate waarin verzoeksters discriminerende prijzen toepassen, waarmee onder meer wordt gereageerd op hun opmerkingen tijdens de hoorzitting bij de Commissie. Dat geldt met name voor de punten 209 en 210 van de considerans, die teruggaan op het antwoord van de heer Jeffries, general manager van de TACA, op een vraag van de Commissie tijdens de hoorzitting.
- 264 Verzoeksters kunnen de Commissie met betrekking tot dit punt derhalve geen schending van de rechten van de verdediging verwijten.
- 265 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat zij zich in de punten 324 tot en met 328 van de considerans van de bestreden beschikking op een nieuwe analyse van de TACA-prijzen baseert voor haar conclusie, bij de toepassing van artikel 86 van het Verdrag, dat de TACA in de periode van 1994 tot 1996 de prijzen regelmatig heeft kunnen verhogen.
- 266 De beoordelingen in de punten 324 tot en met 328 van de considerans van de beschikking vormen de noodzakelijke onderbouwing van de juridische beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA als een machtspositie. In punt 543 van de considerans van de beschikking overweegt de Commissie

immers, dat het vermogen van de TACA om prijsverhogingen door te zetten, een van de elementen is waaruit het bestaan van een machtspositie blijkt.

- 267 In de punten 118 en 119 van de mededeling van punten van bezwaar wordt echter aan de hand van gegevens van de ESC al vermeld, dat de TACA tussen 1993 en 1995 aanzienlijke prijsverhogingen had ingevoerd. Dit gegeven, in het feitelijk deel van die mededeling opgenomen bij de beschrijving van de gevolgen van de TACA, wordt daar weliswaar niet als zodanig genoemd als aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie, maar in punt 243 van de mededeling wordt bij het onderzoek van de mogelijkheid om de groepsvrijstelling krachtens artikel 7 van verordening nr. 4056/86 in te trekken, uitdrukkelijk verklaard dat de omstandigheid dat de TACA haar marktaandeel in de periode van 1994 tot 1996 ondanks aanzienlijke prijsverhogingen heeft weten te handhaven, erop lijkt te wijzen dat de werkelijke externe mededinging beperkt is. In hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben de partijen bij de TACA bovendien gedetailleerde cijfers over de prijzen van de TACA in de periode van 1994 tot 1996 verstrekt (punten 224-245 van het antwoord).
- 268 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat verzoeksters in staat waren de strekking van de bezwaren van de Commissie op dit punt te begrijpen; de analyse van de prijzen in de beschikking is immers een rechtstreeks antwoord op hun opmerkingen tijdens de administratieve procedure.
- 269 De conclusie moet derhalve luiden, dat de Commissie de rechten van de verdediging op dit punt niet heeft geschonden.
- 270 Uit het voorgaande volgt, dat het onderzoek van de gestelde verschillen tussen de bestreden beschikking en de mededeling van punten van bezwaar niet de vaststelling toelaat, dat de beschikking nieuwe bezwaren bevat of op nieuwe elementen is gebaseerd waarover verzoeksters zich in hun antwoord op de

mededeling van punten van bezwaar niet hebben kunnen uitlaten. Bijgevolg moeten alle argumenten van verzoeksters desbetreffend worden afgewezen.

c) Nieuwe beweringen resulterend uit de antwoorden van verzoeksters op verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar

i) Argumenten van partijen

- 271 Verzoeksters stellen dat, terwijl sommige verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar betrekking hadden op onderwerpen die in die mededeling besproken waren, andere verzoeken volstrekt nieuwe kwesties betroffen. Dat zou zowel gelden voor verzoeken om inlichtingen die tijdens de termijn voor antwoord op de mededeling van punten van bezwaar werden toegezonden, als voor verzoeken die pas na de indiening van dat antwoord werden ontvangen.
- 272 Volgens verzoeksters heeft de Commissie, afgezien van de mededeling van punten van bezwaar van 11 april 1997, die betrekking had op de aanmelding van het „hub-and-spoke”-systeem, geen aanvullende mededelingen van punten van bezwaar met betrekking tot die nieuwe kwesties opgesteld en hun geen gelegenheid gegeven voor opmerkingen over de bewijskracht van de verschafte inlichtingen of over de conclusies die de Commissie eruit had getrokken (arrest Sarrió/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punten 36 en 41). Verzoeken om inlichtingen, aldus verzoeksters, kunnen in geen geval dienen ter vervanging van een mededeling van punten van bezwaar.
- 273 Verzoeksters stellen derhalve, dat de rechten van de verdediging op dit punt zijn geschonden.

274 De Commissie betoogt, dat de bestreden beschikking nergens gebaseerd is op informaties of stukken die naar aanleiding van de betrokken verzoeken om inlichtingen zijn verstrekt. Zij concludeert mitsdien tot afwijzing van de argumenten van verzoeksters betreffende dit punt.

ii) Beoordeling door het Gerecht

275 Verzoeksters verwijten de Commissie hier, hun na de mededeling van punten van bezwaar verzoeken om inlichtingen te hebben gezonden over kwesties die in die mededeling niet aan de orde waren geweest, en de naar aanleiding van die verzoeken verstrekte informatie te hebben gebruikt om in de bestreden beschikking nieuwe stukken of beweringen tegen hen aan te voeren.

— De ontvankelijkheid van het middel

276 Dit middel staat in het gedeelte van het verzoekschrift waarin verzoeksters stellen, dat de hun door de Commissie gezonden mededeling van punten van bezwaar prematuur was. Dienaangaande is in punt 122 supra al vastgesteld, dat ook indien in sommige verzoeken om inlichtingen nieuwe kwesties aan de orde zouden zijn gesteld en de daarop verstrekte inlichtingen in de bestreden beschikking zouden zijn gebruikt, dit anders dan verzoeksters menen, volstrekt niet betekent dat de mededeling van punten van bezwaar onwettig is.

277 Uit het verzoekschrift blijkt echter, dat verzoeksters de Commissie ook verwijten de rechten van de verdediging te hebben geschonden door in de bestreden beschikking gebruik te maken van stukken en inlichtingen die zij naar aanleiding

van verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar hadden verstrekt en die nieuwe kwesties betroffen, zonder hen in staat te stellen opmerkingen over de bewijskracht van die stukken en inlichtingen te maken. Na de verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar te hebben opgesomd, de inhoud ervan te hebben weergegeven en deze in verband met bepaalde paragrafen van de bestreden beschikking te hebben gebracht, wijzen verzoeksters erop, dat sommige van die verzoeken — die zij specificeren — vergeleken met de mededeling van punten van bezwaar nieuwe kwesties betreffen, terwijl zij tevens beklemtonen dat de Commissie, „afgezien van de mededeling van punten van bezwaar van 11 april 1997, die uitsluitend betrekking heeft op de aanmelding van het ‚hub-and-spoke‘-systeem, geen aanvullende of herziene mededeling van punten van bezwaar heeft vastgesteld en verzoeksters geen gelegenheid heeft gegeven voor opmerkingen over de bewijskracht van de versochte inlichtingen of over de conclusies die de Commissie eruit heeft getrokken”.

- 278 Voorzover dit middel althans gedeeltelijk betrekking heeft op de verzoeken om inlichtingen naar aanleiding waarvan verzoeksters de vier in punt 159 supra bedoelde stukken hebben overgelegd, valt het samen met de middelen inzake schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot de gestelde nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in verband met het tweede misbruik, welke middelen om de in de punten 163 tot en met 187 supra uiteengezette redenen gegrond moeten worden verklaard.
- 279 Hier moet dit middel dus enkel worden onderzocht voorzover het strekt tot vaststelling van schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot de andere inlichtingen dan die vier stukken, die naar aanleiding van de hier bedoelde verzoeken om inlichtingen zijn verschaft.
- 280 Op een verzoek van het Gerecht om hun verzoekschrift op dit punt te preciseren, hebben verzoeksters ter terechtzitting verklaard, dat zij met dit betoog niet slechts het middel inzake het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar beoogden te staven, maar ook een apart middel wilden opwerpen, ontleend aan schending van het recht te worden gehoord over bepaalde gegevens die zij na verzoeken om inlichtingen hadden verschaft en die de Commissie in de bestreden beschikking had gebruikt.

- 281 Ingevolge artikel 21, eerste alinea, van 's Hofs Statuut, dat krachtens artikel 53, eerste alinea, van dat statuut van toepassing is op de procedure voor het Gerecht, en artikel 44, lid 1, sub c en d, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet het verzoekschrift onder meer het voorwerp van het geschil, de conclusies en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Die elementen moeten voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat de verwerende partij haar verweer kan voorbereiden en het Gerecht eventueel zonder verdere informatie op het beroep kan beslissen. Teneinde de eerbiediging van het tegenspraakbeginsel, de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te verzekeren, is het voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk dat de belangrijkste elementen feitelijk en rechtens waarop het is gebaseerd, ten minste summier, maar coherent en begrijpelijk, uit het verzoekschrift zelf blijken (beschikking Gerecht van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, Jurispr. blz. II-523, punt 20; arrest Gerecht van 15 juni 1999, Ismeri Europa/Rekenkamer, T-277/97, Jurispr. blz. II-1825, punt 29; beschikking Gerecht van 12 maart 2003, Partido Latinoamericano/Raad, T-382/02, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 6).
- 282 Om te beginnen zij opgemerkt, dat de vier door verzoeksters ingediende verzoekschriften en hun bijlagen ongewoon omvangrijk zijn. Hoewel er thans geen bepaling is die een grens stelt aan de omvang van de schrifturen en documenten die de verzoekende partij tot staving van een beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173 van het Verdrag indient, dient zij op grond van de bovengenoemde vormvereisten haar verzoekschrift wel binnen redelijke perken te houden en in ieder geval de middelen rechtens die zij tot staving van haar conclusies tot nietigverklaring aanvoert, duidelijk te doen uitkomen ten opzichte van de elementen van feitelijke en juridische aard die op zich geen middelen rechtens zijn.
- 283 Het onderhavige middel nu verschijnt slechts in één paragraaf van het verzoekschrift, in het feitelijk deel („factual background”) van het hoofdstuk betreffende het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar. Een overeenkomstige paragraaf is in het rechtsgedeelte („submissions of law”) van dat hoofdstuk echter niet te vinden. Zo vatten verzoeksters in de slotparagraaf van het hoofdstuk betreffende het premature karakter van de mededeling van

punten van bezwaar dat gedeelte van hun verzoekschrift zelf samen; zij stellen dat de Commissie „de wezenlijke procedurevoorschriften van de administratieve procedure die tot vaststelling van de [bestreden beschikking] heeft geleid, heeft geschonden door [hun] geen geldige mededeling van punten van bezwaar te zenden”, waarmee zij kennelijk doelen op het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar. In deze conclusie ontbreekt echter ieder woord over de schending van hun recht te worden gehoord over de naar aanleiding van de verzoeken om inlichtingen verstrekte informaties en stukken.

284 Het hier bedoelde middel is ook niet in een ander gedeelte van het verzoekschrift te vinden. Zo ontbreekt het in de lijst van middelen rechtens („submissions”) die verzoeksters aan elk van de relevante onderdelen van het verzoekschrift doen voorafgaan als samenvatting van de juridische argumenten die erin worden uitgewerkt, en het ontbreekt met name in de lijst van middelen in het inleidend hoofdstuk van het gedeelte van het verzoekschrift betreffende schending van het recht te worden gehoord.

285 Het middel is derhalve niet voorgedragen op een wijze die in overeenstemming is met artikel 21, eerste alinea, van 's Hofs Statuut en artikel 44, lid 1, sub c en d, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, zoals uitgelegd in de rechtspraak, en het is bijgevolg niet ontvankelijk.

— De gegrondheid van het middel

286 Ten overvloede moet worden vastgesteld dat het hier bedoelde middel ongegrond is.

287 Volgens de rechtspraak kan de Commissie na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar weliswaar nieuwe beweringen tot staving van haar bezwaren opstellen, doch dient zij de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden hun opmerkingen erover kenbaar te maken (arrest AEG/Commissie, reeds aangehaald in punt 115 supra, punt 29). Zoals eerder vastgesteld, geldt dat ook wanneer de nieuwe beweringen gebaseerd zijn op gegevens die de betrokken ondernemingen naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen van de Commissie hebben verstrekt, althans wanneer die ondernemingen redelijkerwijs niet konden vermoeden welke conclusies de Commissie eruit zou trekken (arrest Shell/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 56).

288 Voorzover het hier besproken middel uit het verzoekschrift kan worden afgeleid, beperkt het zich ertoe, het voorwerp van elk van de verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar in verband te brengen met de paragrafen van de bestreden beschikking die daarover gaan, om dan te stellen dat de gegevens die verstrekt zijn naar aanleiding van sommige van die verzoeken om inlichtingen, te weten die welke kwesties betroffen die in de mededeling van punten van bezwaar niet aan de orde waren geweest, in de beschikking zijn gebruikt zonder dat verzoeksters gelegenheid hadden hun opmerkingen erover kenbaar te maken. Verzoeksters stellen zich aldus tevreden met een algemene en vage verwijzing naar de mogelijkheid, dat bepaalde gegevens die naar aanleiding van de verzoeken om inlichtingen zijn verstrekt, geleid hebben tot nieuwe bezwaren in de beschikking, zonder ooit concreet duidelijk te maken in hoeverre die gegevens bezwarend voor hen waren.

289 Hoewel dit alleen al volstaat om de afwijzing van het onderhavige middel te rechtvaardigen, moet tevens worden vastgesteld, dat uit geen van de door verzoeksters aangevoerde argumenten blijkt dat naar aanleiding van de betrokken verzoeken om inlichtingen verstrekt gegevens in de bestreden beschikking in strijd met de rechten van de verdediging zijn gebruikt. In die beschikking heeft de Commissie immers geen gebruik gemaakt van stukken of informatie die verstrekt zijn naar aanleiding van verzoeken om inlichtingen van na de

mededeling van punten van bezwaar, die volgens verzoeksters nieuwe onderwerpen betroffen, te weten die van 22 mei 1996, 11 juli 1996, 17 juli 1996, 8 augustus 1996, 12 september 1996, 8 november 1996, 12 februari 1997, 13 februari 1997, 15 mei 1997, 19 juni 1997 en 2 oktober 1997.

Het verzoek om inlichtingen van 22 mei 1996

290 Verzoeksters wijzen erop, dat het verzoek om inlichtingen van 22 mei 1996 blijkens zijn bewoordingen bedoeld was om informatie te verkrijgen over de vergaderingen van TACA-directeuren, de gedragscode van de TACA, de „Transatlantic Associated Freight Conferences” en de briefwisseling tussen MSC en Hyundai.

291 Afgezien van de notulen PWSC 95/8, hiervóór besproken bij het onderzoek van de specifieke middelen betreffende het tweede misbruik, blijken geen andere naar aanleiding van genoemd verzoek verstrekte gegevens door de Commissie met schending van de rechten van de verdediging in de bestreden beschikking te zijn gebruikt om haar bezwaren te staven.

292 De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve worden afgewezen.

Het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996

293 Met het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 werd informatie gevraagd over de dienstencontracten, de marktvoorwaarden, de EIEIA en de op de markt gebrachte nieuwe capaciteiten.

- 294 Ten aanzien van, in de eerste plaats, de dienstencontracten valt vast te stellen, dat de verzoeksters in hun antwoord op dit verzoek de Commissie gedetailleerde informatie hebben verstrekt over de TACA-dienstencontracten en de individuele dienstencontracten in 1996, in het bijzonder met betrekking tot de prijzen, de eenzijdige acties, de minimumhoeveelhedenverplichtingen en de overdracht van vracht naar TVR's door verladers die partij waren bij dienstencontracten.
- 295 Volgens verzoeksters heeft de Commissie sommige van die gegevens in de punten 127 tot en met 155 van de considerans van de bestreden beschikking gebruikt.
- 296 Genoemde punten, die tot het feitelijk deel van de beschikking behoren, bevatten echter enkel een beschrijving van het mechanisme van de dienstencontracten. Aangezien deze beschrijving in ieder geval niet de noodzakelijke onderbouwing van de bezwaren in het rechtsgedeelte van de beschikking vormt, kan zij op zich niet bezwarend zijn voor verzoeksters.
- 297 Vervolgens stellen verzoeksters, dat hun in de punten 551 tot en met 558 van de considerans van de bestreden beschikking in verband met het eerste misbruik wordt verweten hun machtspositie te hebben misbruikt door beperkingen te stellen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten. Voorts stellen zij, dat de beschikking in punt 540 van de considerans verklaart dat dienstencontracten de toegang belemmeren, en daaruit concludeert dat de TACA een machtspositie bezit, en in punt 564 van de considerans, dat de TACA in het kader van het tweede misbruik haar machtspositie heeft misbruikt door Hyundai onmiddellijk toegang tot de dienstencontracten te geven.
- 298 Wat om te beginnen het eerste misbruik betreft, blijkt niet uit de punten 551 tot en met 558 van de considerans van de bestreden beschikking, die de juridische beoordeling van de Commissie terzake bevatten, dat de naar aanleiding van het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 verstrekte gegevens tot staving van dit

punt van bezwaar zijn gebruikt. De analyse van de Commissie berust immers hoofdzakelijk op de bepalingen van de TACA-regeling inzake dienstencontracten, die als mogelijke beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag bij de Commissie waren aangemeld en waarvan de strekking in de antwoorden op diverse — door verzoeksters in het kader van dit middel niet gekritiseerde — verzoeken om inlichtingen is gepreciseerd. Het in verband met de dienstencontracten verweten misbruik, ten slotte, was al duidelijk omschreven in de mededeling van punten van bezwaar (punten 73-87, 341 en 342), zodat verzoeksters gelegenheid hebben gehad hun opmerkingen erover kenbaar te maken.

- 299 Wat vervolgens de door de dienstencontracten opgeworpen toegangsbelemmeringen betreft, kan worden volstaan met erop te wijzen, dat de mededeling van punten van bezwaar dit aspect uitdrukkelijk vermeldt in punt 331, tezamen met andere elementen die het bestaan van een machtspositie van de TACA aantonen. Verzoeksters kunnen zich op dit punt derhalve niet op schending van de rechten van de verdediging beroepen.
- 300 Met betrekking, ten slotte, tot de onmiddellijke toegang van Hyundai tot de dienstencontracten blijkt uit punt 564 van de considerans van de beschikking dat, zoals eerder gezegd, de Commissie tot staving van dit bezwaar geen andere gegevens heeft gebruikt dan de notulen PWSC 95/8. Dit stuk is door verzoeksters echter niet overgelegd na het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996, maar na die van 9 en 22 mei 1996, die hiervóór bij het onderzoek van de specifieke middelen betreffende het tweede misbruik zijn besproken.
- 301 Aangaande, in de tweede plaats, de marktvoorwaarden stellen verzoeksters, dat hun antwoorden op het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 in de bestreden beschikking zijn gebruikt in verband met de marktaandelen in het relevante zeevervoer (punten 85-88 van de considerans), de collectieve machtspositie van de TACA (punt 533 van de considerans), en de interne prijsconcurrentie binnen de TACA (punten 217-221 van de considerans).

- 302 Het is inderdaad zo, dat de gegevens betreffende de marktaandelen in de considerans 85 tot en met 88, in het feitelijk deel van de bestreden beschikking, de Commissie tot het oordeel hebben gebracht, dat de marktaandelen van de TACA in 1994, 1995 en 1996 in het relevante vervoer, een sterk vermoeden van machtspositie wekten (punt 533 van de considerans). Opgemerkt zij evenwel, dat al in punt 325 van de mededeling van punten van bezwaar werd verklaard, dat de TACA, gezien haar marktaandeel in het transatlantische vervoer, een machtspositie bezat. Bovendien zijn de gegevens betreffende de marktaandelen, die naar aanleiding van het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 zijn verstrekt, slechts een update van gegevens die eerder naar aanleiding van niet bekritiseerde verzoeken waren verstrekt.
- 303 Wat de analyse van de interne mededinging in de punten 217 tot en met 222 van de considerans betreft, waar de Commissie op de geringe betekenis van onafhankelijke acties in het relevante vaargebied wijst, is in punt 244 supra reeds vastgesteld, dat al volgens de mededeling van punten van bezwaar (punten 223 en 224) onafhankelijke acties geen bewijs voor interne mededinging waren, en dat de bestreden beschikking op dit punt geen inbreuk maakt op de rechten van de verdediging.
- 304 In de derde plaats merken verzoeksters met betrekking tot de EIEIA op, dat de Commissie deze overeenkomst in de punten 35 tot en met 46 van de considerans van de bestreden beschikking beschrijft en in de punten 425 tot en met 436 van de considerans concludeert, dat zij geen rechtvaardiging oplevert voor een vrijstelling voor de collectieve vaststelling van de inlandtarieven.
- 305 De punten 425 tot en met 436 van de considerans van de bestreden beschikking komen volledig overeen met de punten 269 tot en met 277 van de mededeling van punten van bezwaar. Zo zijn de enige stukken waarnaar tot staving van de vaststellingen betreffende de EIEIA in voetnoot 124 bij de punten 430, 434 en 435 van de considerans van de beschikking wordt verwezen, te weten het tussentijds verslag van de multimodale groep en het commentaar van de president

van de TACA en van een bestuurslid van Hapag Lloyd, vermeld in voetnoot 70 bij punt 271 en in de punten 275 en 276 van de mededeling van punten van bezwaar.

- 306 Bovendien blijkt uit punt 426 van de considerans, dat de bestreden beschikking zich niet over het eventuele mededingingsbeperkend karakter van de EIAIA uitlaat, zodat de antwoorden van verzoeksters op de betwiste verzoeken om inlichtingen niet tegen hen kunnen zijn gebruikt. Weliswaar concludeert de beschikking, dat de EIEIA een vrijstelling voor de collectieve vaststelling van de prijzen van in een multimodaal kader verricht inlandvervoer niet kan rechtvaardigen, maar volgens de rechtspraak staat het aan verzoeksters te bewijzen dat een overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet (arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 52), en alle gegevens en stukken aan te dragen die steun voor hun verzoek kunnen bieden. Dus zelfs indien de Commissie hun verzoek om individuele vrijstelling mede op grond van een naar aanleiding van een verzoek om inlichtingen verstrekt stuk had afgewezen, zouden zij zich niet op schending van de rechten van de verdediging kunnen beroepen. Maar hoe dan ook is niet gebleken, dat in de punten 425 tot en met 436 van de considerans een gegeven wordt gebruikt dat verzoeksters naar aanleiding van het hier besproken verzoek om inlichtingen hebben verstrekt.
- 307 Wat in de vierde plaats de nieuw op de markt gebrachte capaciteiten betreft, erkennen verzoeksters zelf, dat in de bestreden beschikking niet uitdrukkelijk naar hun antwoorden wordt verwezen. Zij halen enkel de punten 364 en 367 van de considerans aan, waarin, naar zichzelf toegeven, slechts in algemene zin wordt vastgesteld dat verordening nr. 4056/86 niet bedoeld was om de problemen op te lossen die door onverstandige investeringsbeslissingen van lijnvaartmaatschappijen worden veroorzaakt.
- 308 Om deze redenen moeten alle argumenten van verzoeksters met betrekking tot het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996 worden afgewezen.

De verzoeken om inlichtingen van 17 juli en 8 augustus 1996

- 309 De verzoeken om inlichtingen van 17 juli en 8 augustus 1996 betroffen de eventuele contacten tussen de TACA en de maatschappijen UASC en APL over hun toetreding tot de TACA.
- 310 De antwoorden van verzoeksters op die verzoeken zijn door de Commissie in de bestreden beschikking echter niet gebruikt. Verzoeksters geven dat overigens zelf toe, wanneer zij in het kader van de middelen betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag de Commissie juist verwijten geen rekening te hebben gehouden met hun antwoorden op dit punt, terwijl deze volgens hen de bewering van de Commissie weerleggen dat de TACA potentiële concurrenten heeft gestimuleerd tot de TACA toe te treden. Het is echter duidelijk dat, indien de Commissie de antwoorden van verzoeksters in de beschikking niet in aanmerking neemt, er geen sprake kan zijn van schending van de rechten van de verdediging, maar eventueel slechts van onvoldoende bewijs voor de gestelde inbreuken, wat een aspect van de gegrondheid van de beschikking betreft.
- 311 Mitsdien moeten de argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.

Het verzoek om inlichtingen van 12 september 1996

- 312 Het verzoek om inlichtingen van 12 september 1996 is niet tot de TACA gericht, maar tot de leden van de Canadese conferences, teneinde informatie te verkrijgen over het functioneren hiervan. Volgens verzoeksters zijn gegevens uit de antwoorden op dit verzoek om inlichtingen gebruikt in de punten 265 tot en met 273 van de considerans van de bestreden beschikking, waarin de Commissie

concludeert dat het marktaandeel van de partijen bij de TACA in de via de Canadian Gateway lopende vervoersdiensten moet worden opgeteld bij hun marktaandeel in de rechtstreekse diensten en niet als het marktaandeel van een concurrent moet worden behandeld.

- 313 Voorzover dit in aanmerking zou zijn genomen bij de bepaling van het marktaandeel van de TACA en dus voor verzoeksters bezwarend zou zijn doordat het ertoe bijdraagt, dat hun een machtspositie wordt toegeschreven — wat verzoeksters niet betogen —, kan er eenvoudig op worden gewezen, dat in de punten 324 tot en met 338 van de mededeling van punten van bezwaar uitvoerig wordt uiteengezet waarom de TACA een machtspositie bezit. Die mededeling wijst in punt 325 al meteen op het bestaan van een machtspositie van de TACA in het betrokken vaargebied, en in de punten 51 tot en met 53 wordt uitdrukkelijk verklaard, dat het marktaandeel van de TACA via de Canadese havens bij de bepaling van haar marktaandeel in het transatlantische vervoer in aanmerking moet worden genomen.
- 314 Opgemerkt zij voorts, dat de Commissie dit verzoek om inlichtingen aan verzoeksters heeft gezonden en vervolgens haar argumentatie over dit onderwerp in de beschikking (punten 265-273 van de considerans) heeft uitgewerkt naar aanleiding van wat verzoeksters in de punten 9 tot en met 26 van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden betoogd, te weten dat de partijen bij de TACA die lid van de Canadese conferences zijn, de TACA beconcurreren. Volgens de rechtspraak evenwel kan het in aanmerking nemen van een door een onderneming in de administratieve procedure aangevoerd argument, zonder dat zij vóór de vaststelling van de eindbeschikking daarover opmerkingen heeft kunnen maken, op zich geen schending van de rechten van de verdediging vormen, zeker niet wanneer door het in aanmerking nemen van dat argument de aard van de tegen de onderneming ingebrachte bezwaren niet wordt gewijzigd (arrest Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 34).
- 315 Om al deze redenen moeten de argumenten van verzoeksters betreffende het verzoek om inlichtingen van 12 september 1996 worden afgewezen.

Het verzoek om inlichtingen van 8 november 1996

- 316 Met het verzoek om inlichtingen van 8 november 1996 beoogde de Commissie een afschrift te verkrijgen van de dienstencontracten inzake het trans-Atlantische vervoer in 1992, 1993, 1996 en 1997.
- 317 Hier volstaat het erop te wijzen, dat verzoeksters in hun verzoekschrift enkel het voorwerp van dit verzoek vermelden, zonder het ook maar in verband te brengen met de desbetreffende paragrafen van de bestreden beschikking of andere opmerkingen ter verduidelijking van hun middelen te maken.
- 318 Op dit punt kan derhalve geen schending van de rechten van de verdediging worden vastgesteld.

Het verzoek om inlichtingen van 12 februari 1997

- 319 Met het verzoek om inlichtingen van 12 februari 1997 beoogde de Commissie informatie te verkrijgen over de kosten van verzoeksters bij het zeevervoer van haven naar haven.
- 320 Evenals bij het voorgaande verzoek van 8 november 1996 vermelden verzoeksters in hun verzoekschrift enkel het voorwerp van dit verzoek, zonder het ook maar in verband te brengen met de desbetreffende paragrafen van de bestreden beschikking of andere opmerkingen ter verduidelijking van hun middelen te maken. Uit de beschikking blijkt overigens niet, dat de naar aanleiding van dit verzoek verstrekte inlichtingen daarin zijn gebruikt.

- 321 Op dit punt kan derhalve geen schending van de rechten van de verdediging worden vastgesteld.

Het verzoek om inlichtingen van 13 februari 1997

- 322 Met het verzoek van 13 februari 1997 beoogde de Commissie inlichtingen te verkrijgen over de gemiddelde opbrengsten per TEU in de jaren 1992 tot en met 1996. Verzoeksters stellen dat die gegevens zijn gebruikt in de punten 316 tot en met 319 van de considerans van de bestreden beschikking, waarin de Commissie vaststelt, dat verscheidene partijen bij de TACA de gemiddelde opbrengst per TEU hebben weten te verhogen zonder dat hun marktaandeel eronder leed.
- 323 Inderdaad zijn, zoals verzoeksters betogen, de naar aanleiding van dit verzoek om inlichtingen verstrekte gegevens in het feitelijk deel van de beschikking gebruikt (punten 316-319 van de considerans). Doch zelfs indien vaststond — wat verzoeksters niet stellen —, dat de opmerkingen over de gemiddelde opbrengst per TEU gebruikt waren tot staving van het bezwaar in punt 543 van de considerans, dat de partijen bij de TACA „regelmatige, zij het geringe, prijsstijgingen konden invoeren”, wat volgens de Commissie bewijst dat zij een machtspositie op de relevante markt bezitten, blijkt uit de punten 307 en 308 van de considerans, dat daarmee wordt gereageerd op de bewering van de partijen bij de TACA in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, dat de tarieven in de dienstencontracten van 1996 lager waren dan in die van 1994 en dat de prijzen van de tarieflijst in augustus 1996 waren verlaagd.
- 324 Mitsdien kunnen verzoeksters niet stellen, dat de rechten van de verdediging op dit punt zijn geschonden.

Het verzoek om inlichtingen van 15 mei 1997

- 325 Het verzoek om inlichtingen van 15 mei 1997 was bedoeld om informatie te verkrijgen over de onderlinge regelingen tussen de partijen bij de TACA, in het bijzonder de consortiumovereenkomsten. Verzoeksters stellen vast, dat die overeenkomsten in de punten 181 tot en met 198 van de considerans van de bestreden beschikking worden besproken, waar wordt verwezen naar bijlage IV bij de beschikking, die een opsomming van alle bestaande regelingen bevat. In punt 531 van de considerans, zo stellen zij, baseert de beschikking zich op die regelingen voor de vaststelling, dat de economische banden tussen de partijen bij de TACA er nog door worden versterkt, wat een collectieve beoordeling van hun positie op de markt in het kader van artikel 86 van het Verdrag zou rechtvaardigen.
- 326 Bij het onderzoek van de collectieve machtspositie van de partijen van de TACA in de mededeling van punten van bezwaar werd in punt 322 echter al uitdrukkelijk verklaard, dat de economische banden tussen die partijen door de consortiumovereenkomsten worden versterkt, waarbij wordt verwezen naar de beschrijving van die overeenkomsten in de punten 94 tot en met 106. Welnu, deze punten van de mededeling van punten van bezwaar en bijlage 2 waarnaar zij verwijzen, komen voor het wezenlijke overeen met de punten 181 tot en met 198 van de considerans en bijlage IV van de beschikking.
- 327 Verzoeksters kunnen derhalve niet stellen, dat zij geen gelegenheid hebben gehad hun opmerkingen over het in de beschikking tegen hen ingebrachte bezwaar kenbaar te maken.

Het verzoek om inlichtingen van 19 juni 1997

- 328 Daar het verzoek om inlichtingen van 19 juni 1997 hetzelfde voorwerp heeft als dat van 13 februari 1997, moet om dezelfde redenen als in de punten 322 tot en

met 324 supra uiteengezet, worden vastgesteld dat verzoeksters niet kunnen stellen dat de rechten van de verdediging op dit punt zijn geschonden.

Het verzoek om inlichtingen van 2 oktober 1997

329 Met het verzoek om inlichtingen van 2 oktober 1997 beoogde de Commissie een kopie van het TACA-tarief te verkrijgen.

330 Dienaangaande volstaat het erop te wijzen, dat verzoeksters in hun verzoekschrift enkel het voorwerp van dit verzoek vermelden, zonder het ook maar in verband te brengen met de desbetreffende punten van de bestreden beschikking of andere opmerkingen ter verduidelijking van hun middelen te maken. Daar bovendien het tarief de kern vormt van het door verzoeksters ingerichte conference-stelsel, waarvoor zij de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 hebben verkregen, kan het als zodanig niet bezwarend voor hen zijn.

331 Mitsdien kunnen verzoeksters niet stellen, dat de rechten van de verdediging op dit punt zijn geschonden.

d) Conclusie

332 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen waarmee verzoeksters het bestaan van nieuwe beweringen in de bestreden beschikking willen doen vaststellen, slechts gegrond zijn in zoverre zij de Commissie verwijten, zich voor het het tweede

misbruik te baseren op stukken ten aanzien waarvan zij geen gelegenheid hebben gehad om hun opmerkingen kenbaar te maken. Voor het overige dienen de middelen van verzoeksters te worden afgewezen.

Tweede onderdeel: schending van het recht op toegang tot het dossier

- 333 In het tweede onderdeel van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende eerste groep van middelen voeren verzoeksters drie middelen aan waarin zij stellen, dat de Commissie hun recht op toegang tot het dossier heeft geschonden. Het eerste van die middelen houdt in, dat hun geen verslagen van de gesprekken tussen de Commissie en de klagers zijn meegedeeld, het tweede, dat hun geen verslag of enig memorandum betreffende een bijeenkomst van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, met de ESC is meegedeeld, en het derde, dat het dossier onvolledig is.

A — Opmerkingen vooraf

- 334 Volgens de rechtspraak heeft de toegang tot het dossier in mededingingszaken tot doel, de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, opdat zij doeltreffend kunnen reageren op de conclusies waartoe de Commissie op basis van dit materiaal in die mededeling is gekomen (zie, onder meer, arresten Hof van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie*, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 89, en 8 juli 1999, *Hercules Chemicals/Commissie*, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 75; arresten Gerecht van 18 december 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 38; 29 juni 1995, *Solvay/Commissie*, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punt 59; 28 april 1999, *Endemol/Commissie*, T-221/95, Jurispr. blz. II-1299, punt 65; 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 142,

en 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punt 169). Toegang tot het dossier is dus een van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging en, in het bijzonder, ter verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht te worden gehoord (arresten Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 30, en LR AF 1998/Commissie, reeds aangehaald, punt 169).

335 Zo dient de Commissie de bij een procedure tot toepassing van artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag de betrokken ondernemingen inzage te geven in alle documenten à charge of à décharge die zij in de loop van het onderzoek heeft vergaard, behoudens zakengeheimen van andere ondernemingen, interne stukken van de instelling en andere vertrouwelijke informatie (arrest Gerecht van 19 mei 1999, BASF/Commissie, T-175/95, Jurispr. blz. II-1581, punt 45).

336 Om echter de precieze draagwijdte van de verplichting van de Commissie en van de juridische consequenties van een schending ervan te bepalen, moet volgens de rechtspraak van het Hof en het Gerecht onderscheid worden gemaakt tussen gegevens à charge en gegevens à décharge.

337 Bij stukken à charge verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat de belanghebbende onderneming in staat is geweest haar standpunt over de gegevens die de Commissie als bewijs voor de door haar gestelde inbreuk heeft gebruikt, doeltreffend kenbaar te maken (arresten Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 7; VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 25, en AKZO/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punten 21 en 24). Het recht op toegang geldt echter slechts voor de stukken die uiteindelijk in de beschikking daadwerkelijk zijn gebruikt, en niet met betrekking tot alle punten van bezwaar die de Commissie mogelijksterwijs in de ene of de andere fase van de administratieve procedure heeft geformuleerd.

- 338 Wanneer de Commissie zich in de eindbeschikking blijkt te hebben gebaseerd op stukken die niet in het onderzoeksdossier zitten en niet aan de betrokkenen zijn meegedeeld, dienen die stukken volgens de rechtspraak als bewijsmiddelen te worden afgewezen (arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 382). In dat geval moet derhalve worden nagegaan, of het in de eindbeschikking in aanmerking genomen punt van bezwaar voldoende steun vindt in andere belastende stukken, waartoe de betrokkenen wel toegang hebben gehad.
- 339 Bij stukken à décharge kan het in de procedure op tegenspraak zoals ingericht door de verordeningen tot toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, in het bijzonder de verordeningen nrs. 17, 1017/68 en 4056/86, niet uitsluitend de Commissie zijn die beslist, welke stukken nuttig zijn voor het verweer van de ondernemingen tegen wie een procedure wegens inbreuk op de mededingingsvoorschriften loopt (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 81). Gelet op het algemene beginsel van procedurele gelijkheid (equality of arms), is het in het bijzonder onaanvaardbaar dat de Commissie alleen zou kunnen beslissen om bepaalde stukken al dan niet tegen de betrokken ondernemingen te gebruiken, wanneer deze er geen toegang toe hebben gehad en dus niet op overeenkomstige wijze hebben kunnen besluiten om ze al dan niet voor hun verdediging te gebruiken (arresten Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 83, en 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, reeds aangehaald in punt 192 supra, punt 111).
- 340 Wanneer in de loop van de administratieve procedure blijkt, dat de Commissie stukken die mogelijkterwijs ontlastend materiaal bevatten, niet aan de verzoeker heeft meegedeeld, zal er volgens de rechtspraak slechts sprake kunnen zijn van schending van de rechten van de verdediging wanneer komt vast te staan, dat de administratieve procedure anders had kunnen aflopen indien de belanghebbende tijdens die procedure toegang tot de betrokken stukken had gehad (zie, onder meer, arresten van 17 december 1991, Hercules/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 56, en Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 98). Indien die stukken zich in het onderzoeksdossier van de Commissie bevinden, hangt de schending van de rechten van de verdediging niet af van de gedraging van de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald, punt 96). Bevinden die stukken

à décharge zich daarentegen niet in het onderzoeksdossier van de Commissie, dan zal van schending van de rechten van de verdediging slechts sprake zijn wanneer de betrokkene de Commissie uitdrukkelijk om inzage van die stukken heeft gevraagd; anders vervalt zijn recht om zich daar in een beroep tot nietigverklaring van de eindbeschikking op te beroepen (arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 383).

- 341 Bij het onderzoek van de door verzoeksters in het kader van dit onderdeel aangevoerde middelen moet met deze beginselen rekening worden gehouden.

B — Het middel inhoudende dat de verslagen van de gesprekken tussen de Commissie en de klagers niet zijn medegedeeld

1. Argumenten van partijen

- 342 Verzoeksters stellen, dat de Commissie de rechten van de verdediging heeft geschonden door haar weigering verzoeksters informatie te verstrekken over het verloop of het onderwerp van gesprekken van de diensten van de Commissie met de klagers.

- 343 Na hun verzoek om in het dossier een memo op te nemen betreffende een telefoongesprek van de diensten van de Commissie met de raadslieden van de klagers over de vertrouwelijkheid van bepaalde informaties in de mededeling van punten van bezwaar, alsmede alle andere memo's betreffende telefoongesprekken met de klagers, had de Commissie hun bij brief van 7 augustus 1996 meegedeeld, dat van het betrokken telefoongesprek geen aantekening was gemaakt en dat zij hoe dan ook volgens de rechtspraak niet verplicht was inzage van dergelijke memo's te geven, daar het zuiver interne stukken van de instelling zijn.

- 344 Verzoeksters betogen, dat de Commissie hun toegang moest geven tot ieder stuk betreffende gesprekken tussen haar en de klagers over materiële of formele kwesties. Daarbij kan de weg waarlangs de Commissie inlichtingen of argumenten van de klagers vergaart, in geen geval bepalend zijn voor hun recht om erover te worden geïnformeerd. Als de inlichtingen en stukken langs schriftelijke weg waren verkregen, zou de briefwisseling met de klagers zich in het dossier van de Commissie hebben bevonden en voor verzoeksters toegankelijk zijn geweest. Het is immers waarschijnlijk dat die briefwisseling ontlastende gegevens bevat, althans gegevens die voor hun verdediging van belang zijn. In een brief van 21 oktober 1996 heeft de raadadviseur-auditeur van de Commissie bovendien zelf hun recht om opmerkingen te maken, formeel erkend „in het geval dat een interveniërende partij nieuwe bewijzen of feitelijke gegevens zou voorleggen waarop de verweerders nog geen commentaar hebben kunnen geven”.
- 345 Volgens verzoeksters kan men niet staande houden, dat een memo over een gesprek tussen de Commissie en de klagers een niet toegankelijk intern stuk is. In zoverre een dergelijk memo bewijst dat het gesprek heeft plaatsgehad, wat de klagers en wat van de zijde van de Commissie is gezegd en welke conclusies deze uit het contact in kwestie heeft getrokken, kan alleen dit laatste element onder de categorie van vertrouwelijke interne stukken vallen. Voor het overige bevat het memo slechts aan de klagers bekende feitelijke gegevens, waarvan verzoeksters derhalve kennis moeten kunnen nemen.
- 346 Het arrest van het Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865), en het arrest van het Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (reeds aangehaald in punt 334 supra), waarnaar de Commissie in haar brief van 7 augustus 1996 verwijst, zijn volgens verzoeksters niet relevant, want het gaat daarin niet om de vraag of de Commissie verplicht is aantekeningen over gesprekken van haar diensten met de klagers in het dossier op te nemen.
- 347 Verzoeksters menen derhalve, dat de rechten van de verdediging zijn geschonden doordat het voor hen toegankelijke dossier onvolledig was.

348 De Commissie is van oordeel, dat zij het recht van verzoeksters op toegang tot het dossier niet heeft geschonden, en concludeert bijgevolg tot afwijzing van het middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

349 In antwoord op een brief van de vertegenwoordiger van de TACA van 1 augustus 1996 heeft de Commissie deze bij brief van 7 augustus 1996 doen weten, dat zij van haar gesprekken met de klagers tijdens de administratieve procedure geen verslagen had gemaakt, en verzoeksters hebben dit niet weersproken.

350 Met het hier besproken middel wordt dus eigenlijk betoogd, dat de Commissie, om het recht van de betrokken ondernemingen op toegang tot het dossier in mededingingszaken te eerbiedigen, verplicht is dergelijke verslagen te maken.

351 Volgens de in punt 334 supra aangehaalde rechtspraak is het recht op toegang tot het dossier in mededingingszaken bedoeld om de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van de bewijs-elementen in het dossier van de Commissie. Daarentegen is de Commissie in het algemeen niet verplicht verslagen te maken van gesprekken die zij in het kader van de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag tijdens bijeenkomsten of telefonisch met de klagers voert.

352 Zo de Commissie in haar beschikking een gegeven wil gebruiken dat zij mondeling van een klager heeft verkregen, dient zij dat natuurlijk voor de adressaten van de mededeling van punten van bezwaar toegankelijk te maken,

eventueel door middel van een voor het dossier bestemde schriftelijke weergave ervan (in die zin, arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punten 83-91). Het is immers onaanvaardbaar, dat door het gebruik van mondelinge informaties van derden inbreuk op de rechten van de verdediging zou worden gemaakt.

- 353 In casu evenwel verlangen verzoeksters in algemene en abstracte zin inzage in verslagen van gesprekken tussen de Commissie en derden, zonder aan te geven in hoeverre die gesprekken bepalend zijn geweest voor de door de Commissie in de bestreden beschikking gebruikte belastende gegevens.
- 354 Volgens de rechtspraak nu kan een schending van de rechten van de verdediging niet door middel van een algemeen betoog worden bewezen, maar moet zij worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 60). Zoals reeds in punt 334 supra uiteengezet, is het recht op toegang tot het dossier in mededingingszaken immers uitsluitend bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen zich doeltreffend te verweren tegen de conclusies van de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar. Nu verzoeksters, afgezien van het hierna te onderzoeken specifieke middel, geen enkel in de mededeling en vervolgens in de bestreden beschikking geformuleerd bezwaar hebben genoemd dat gebaseerd zou zijn op mondelinge informatie van de klagers, waartoe zij dus geen toegang hebben gehad, kunnen zij de Commissie geen schending van de rechten van de verdediging op dit punt verwijten.
- 355 Het enige gesprek dat verzoeksters in het kader van het onderhavige middel vermelden en dat tijdens de administratieve procedure aanleiding is geweest voor het verzoek om inzage in de brief van 1 augustus 1996, is een telefonisch contact tussen de diensten van de Commissie en de vertegenwoordiger van de ESC. Dit contact nu vond plaats na een verzoek van verzoeksters aan de Commissie om bij de klager te verifiëren of een bepaald gegeven in de mededeling van punten van bezwaar een vertrouwelijk karakter had. Het is duidelijk dat een dergelijk

telefoongesprek, gezien het doel ervan, de rechten van de verdediging niet kan aantasten, temeer niet omdat verzoeksters zelf erom hadden gevraagd.

356 Verzoeksters hebben dus niets weten aan te voeren waaruit zou blijken, dat de Commissie bepaalde in de bestreden beschikking tegen hen ingebrachte bezwaren mede op gesprekken met de klagers heeft gebaseerd. De omstandigheid dat geen enkel verslag van die gesprekken zich in het dossier bevindt waartoe verzoeksters tijdens de administratieve procedure toegang hebben gehad, levert dus geen schending van de rechten van de verdediging op.

357 Anders dan verzoeksters beweren, is het bovendien niet juist dat, indien de contacten van de Commissie met de klagers uitsluitend schriftelijk waren verlopen, de desbetreffende briefwisseling zich noodzakelijkerwijze in het voor hen toegankelijke dossier zou hebben bevonden. Wanneer de Commissie immers op grond van een klacht besluit een inbreukprocedure in te leiden, dienen de betrokken ondernemingen niet op de klacht, maar op de mededeling van punten van bezwaar te antwoorden, en overeenkomstig de in punt 337 supra aangehaalde rechtspraak zijn door de klagers aangebrachte gegevens die niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn weergegeven, geen bezwaren waarop de betrokken ondernemingen moeten antwoorden. De rechten van de verdediging kunnen dus niet geschonden zijn indien zij geen gelegenheid hebben gehad erop te reageren.

358 Voorzover verzoeksters stellen, dat bepaalde gegevens à décharge hun niet zijn medegedeeld, moet voorts worden vastgesteld dat, terwijl verzoeksters het in het algemeen voor mogelijk zeggen te houden dat dergelijke gegevens door derden aan de Commissie zijn medegedeeld, zij noch tijdens de administratieve procedure noch in het onderhavige beroep ooit hebben gepreciseerd om welke gegevens à décharge het zou gaan, of ook maar de minste aanwijzing hebben verstrekt voor hun bestaan en, bijgevolg, voor hun nut in het kader van deze procedure. Aangezien volgens de rechtspraak een schending van de rechten van de verdediging aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval moet worden beoordeeld (arrest van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, reeds aangehaald in punt 192 supra, punt 70), kan op dit punt geen schending van het recht op toegang tot het dossier worden vastgesteld (in die zin, arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 93).

359 Uit het voorgaande volgt, dat het middel inhoudende dat de verslagen van de gesprekken tussen de Commissie en de klagers niet zijn medegedeeld, moet worden afgewezen.

C — Het middel inhoudende dat geen verslag of enig memorandum betreffende een bijeenkomst van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, met de ESC is meegedeeld

1. Argumenten van partijen

360 Verzoeksters stellen dat de Commissie tijdens de administratieve procedure de rechten van de verdediging heeft geschonden door hen niet in kennis te stellen van haar contacten met de klagers of van het doel daarvan, en in het bijzonder door de inhoud van een in de pers gepubliceerd verslag van een bijeenkomst in december 1995 van de klagers met het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, waar gesproken was over de mogelijkheid dat de TACA een vrijstelling voor de bepaling van de inlandtarieven zou krijgen, te bevestigen noch te ontkennen. Volgens verzoeksters kan die bijeenkomst wezenlijke invloed hebben gehad op het standpunt van de Commissie desbetreffend en, in het bijzonder, op haar beslissing een aanvullende mededeling van punten van bezwaar over de opheffing van de immuniteit op te stellen. Voor hun verdediging was het dus van vitaal belang geweest te weten wat die contacten hadden ingehouden.

361 Tot die bijeenkomst in december 1995, aldus verzoeksters, was de Commissie van mening geweest, dat een regeling inzake de uitwisseling van materiaal het in principe mogelijk zou maken vrijstelling te verlenen voor de bepaling van de prijzen van het inlandvervoer door de TACA. Zij wijzen erop dat de Commissie in haar verslag van 8 juni 1994 aan de Raad over het zeevervoer had geopperd, dat een flexibele samenwerkingsovereenkomst tussen de reders over de uitwisseling van containers voordelen voor de verladers zou hebben en een individuele

vrijstelling voor de bevoegdheid om de tarieven voor multimodaal vervoer te bepalen, mogelijk zou maken. De Commissie had de lijnvaartconferenties zelfs uitgenodigd dergelijke overeenkomsten bij haar aan te melden. Zodoende hadden verzoeksters een materiaaluitwisselingsovereenkomst opgesteld, de EIEIA, met de uitdrukkelijke bedoeling de uitwisseling van lege containers te bevorderen en te vergemakkelijken. De EIEIA was het soort overeenkomst dat in het verslag was beschreven, en de Commissie had zich tijdens meerdere bijeenkomsten op het standpunt gesteld, dat de EIEIA in beginsel, en mits zij voldeed aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, een voldoende rechtvaardiging bood voor een individuele vrijstelling voor de bevoegdheid om de tarieven voor multimodaal vervoer te bepalen. Ook in het kort geding dat tot de beschikking van de president van het Gerecht van 22 november 1995, Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-395/94 R II, Jurispr. blz. II-2893), heeft geleid, had de Commissie onder verwijzing naar de EIEIA verklaard, dat de aanmelding en toepassing van met artikel 85, lid 3, van het Verdrag en het verslag van juni 1994 verenigbare overeenkomsten de voortzetting van alle procedures uiteraard overbodig maakte en dat de Commissie daarom niets had ondernomen om een beschikking tot opheffing van de immuniteit voor te bereiden.

362 In haar aanvullende mededeling van punten van bezwaar van 1 maart 1996 daarentegen, en zonder dat uit die mededeling of uit het dossier bleek waarom zij haar standpunt had gewijzigd, verklaarde de Commissie dat de EIEIA, ondanks de voordelen die zij in feite had, nooit een vrijstelling voor de bevoegdheid tot bepaling van de tarieven voor multimodaal vervoer zou kunnen rechtvaardigen. Op de precieze vragen van verzoeksters, of diensten dan wel leden van de Commissie geen contacten met verladersorganisaties of met hun vertegenwoordigers hadden gehad over de aanmelding van de EIEIA of over onderwerpen in verband met die beleidswijziging, had de Commissie bij brieven van 21 maart en 10 april 1996 slechts geantwoord, dat „er geen officiële bijeenkomsten of gesprekken tussen ambtenaren van het directoraat-generaal Concurrentie en individuele verladers, verladersorganisaties of hun vertegenwoordigers of ook met andere derde belanghebbenden in verband met de aanmelding van de EIEIA zijn geweest”. Maar in juni 1996, zo vervolgen verzoeksters, verscheen er in de pers een bericht over een bijeenkomst in december 1995 — na de aanmelding van de EIEIA, maar vóór de aanvullende mededeling van punten van bezwaar — van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken en een van de klagers, de ESC. Het gesprek zou zijn gegaan over het ESC-document „Liner Shipping — Time for Change”, dat betrekking had op de TAA en de TACA en intrekking van de vrijstelling voor lijnvaartconferenties verlangde. Daar dat ESC-document zich

niet in het dossier bevond en ook de bijeenkomst daar niet in werd vermeld, hadden verzoeksters een reeks precieze vragen aan de Commissie gesteld. De Commissie heeft daar echter niet op geantwoord, heeft de bijeenkomst bevestigd noch ontkend en enkel te kennen gegeven, dat het ESC-document niet in het dossier was opgenomen omdat het een voor iedereen toegankelijk lobbying-product was.

- 363 Verzoeksters herinneren eraan dat de Commissie verplicht is afschriften van alle stukken die voor hun verweer nuttig zijn of kunnen zijn, ter beschikking van de betrokken ondernemingen te stellen, ongeacht of zij ze als belastend gegeven gebruikt dan wel of ze kennelijk ter ontlasting kunnen dienen (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra; arresten van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, reeds aangehaald in punt 192 supra, en ICI/Commissie, T-37/91, reeds aangehaald in punt 188 supra). Ingevolge haar principiële algemene verplichting om van derden ontvangen stukken aan de verwerende partij mee te delen (arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald in punt 346 supra), had de Commissie de betrokken ondernemingen in kennis moeten stellen van alle informatie die zij van de klagers had verkregen, ongeacht of zij die gebruikt of niet. Ook het beginsel „audi alteram partem” en het beginsel van gelijkheid van wapenen kunnen slechts worden geëerbiedigd, wanneer de onderneming zich tegen alle argumenten van de Commissie kan verweren en daadwerkelijk over dezelfde informatie beschikt. Gelet op de wijze van besluitvorming van de Commissie, kan niet staande worden gehouden dat gesprekken van de klagers met het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, die bij de bepaling van het mededingingsbeleid een centrale rol speelt en die actief bij de onderhavige zaak betrokken is geweest, voor de verdediging niet van belang zijn.

- 364 Verzoekers betogen dat, als er een gesprek over een in casu omstreden punt is geweest tussen het lid van de Commissie belast met mededingingszaken en een van de klagers, informatie over dat gesprek dienstig voor hun verdediging kon zijn. Volgens het persbericht nu had een dergelijk gesprek in de loop van de

administratieve procedure plaatsgevonden en had de ESC bij die gelegenheid het standpunt verdedigd, dat er in geen geval vrijstelling mocht worden verleend voor de bevoegdheid om de tarieven van het multimodale transport te bepalen. Die bijeenkomst was bovendien de enige omstandigheid die de wijziging van het beleid van de Commissie kon verklaren. De Commissie heeft dus de rechten van de verdediging geschonden door hun alle informatie daarover te onthouden. Meer in het algemeen achten verzoeksters het onaanvaardbaar, dat de Commissie, inclusief het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, de betrokken ondernemingen niet op de hoogte zou moeten stellen van een bijeenkomst met de klagers en van het daar besprokene, en hun niet alle door de klagers verschaft stukken of andere gegevens zou moeten meedelen.

- 365 Volgens verzoeksters volgt uit de bekentenis van de Commissie in haar verweerschrift in zaak T-18/97, over het feit dat er een bijeenkomst van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken en de ESC is geweest en over het doel ervan, dat er juridisch sprake is van kennelijke schending van de rechten van de verdediging.
- 366 Verzoeksters herinneren aan de rechtspraak (arresten Solvay/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, en van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, reeds aangehaald in punt 192 supra) volgens welke de verwerende ondernemingen recht hebben op toegang tot alle relevante stukken die in het bezit van de Commissie zijn, behoudens wettelijk beschermde vertrouwelijke gegevens, waarbij het aan de ondernemingen en niet de Commissie staat te bepalen wat relevant is of niet. Het begrip stukken à charge of à décharge kan geen rol spelen bij de omschrijving van de draagwijdte van het recht van de verweerder om het dossier te raadplegen.
- 367 Anders dan de Commissie betoogt, menen verzoeksters derhalve recht te hebben op toegang tot de van derden verkregen inlichtingen die de Commissie ertoe hebben gebracht stelling tegen hen te kiezen, ook indien de bezwaren van de Commissie niet uitdrukkelijk op die inlichtingen zijn gebaseerd.

- 368 Zo gezien is de informatie over de bijeenkomst van evident belang voor de verdediging van verzoeksters. In de eerste plaats is het duidelijk, dat de ESC de Commissie heeft proberen over te halen een einde aan de bepaling van de inlandtarieven te maken. In de tweede plaats deden de uitlatingen van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken vermoeden, dat hij daar niet afwijzend tegenover stond. In de derde plaats hield de na die bijeenkomst opgestelde aanvullende mededeling van punten van bezwaar een wijziging van het beleid van de Commissie in. In de vierde plaats was de aanvullende mededeling van punten van bezwaar een negatie van de overeenkomst met de Commissie over de wijze van aanmelding van de EIEIA en van het feit dat de Commissie de invoering en uitwerking van de EIEIA had aangemoedigd. De implicatie dat de Commissie tijdens die bijeenkomst door de ESC tot het opstellen van de aanvullende mededeling van punten van bezwaar was „aangezet” (verweerschrift in zaak T-18/97, punt 57), bevestigt het belang van deze punten voor de rechten van de verdediging.
- 369 Verzoeksters wijzen erop, dat zij kennis van de initiatieven van de ESC hadden kunnen nemen, indien deze, wat normaal zou zijn geweest, op schrift waren gezet. Nu een en ander echter uitsluitend mondeling is verlopen, mag dat niet ten koste van de verdediging gaan. Men kan zich overigens moeilijk voorstellen, dat de Commissie geen aantekeningen of verslag van de bijeenkomst zou hebben.
- 370 Volgens verzoeksters dient de Commissie derhalve inzage te geven in alle aantekeningen en verslagen betreffende de bijeenkomst met de ESC, alsmede in alle aantekeningen en verslagen betreffende bijeenkomsten of andere contacten van de diensten van de Commissie, het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, medewerkers van zijn kabinet, andere leden of andere kabinetten met derden over kwesties in verband met de onderhavige zaak.
- 371 De Commissie is van oordeel, dat zij het recht van verzoeksters op toegang tot het dossier niet heeft geschonden, en concludeert bijgevolg tot afwijzing van het middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 372 Voorzover verzoeksters in dit middel de Commissie in algemene zin verwijten hun geen verslagen van gesprekken tussen de Commissie en derden te hebben medegedeeld, moet het om de in de punten 349 tot en met 359 supra uiteengezette redenen worden afgewezen.
- 373 Hier dient dit middel dus uitsluitend te worden onderzocht, voorzover verzoeksters de Commissie verwijten hun geen informatie te hebben verstrekt over een bijeenkomst van de heer Van Miert, ten tijde van de feiten lid van de Commissie belast met mededingingszaken, met de verladersvereniging ESC, interveniënte in het onderhavige beroep, tijdens welke bijeenkomst de ESC de Commissie een document met de titel „Liner Shipping — Time for Change” heeft aangeboden (hierna „litigieuze bijeenkomst”).
- 374 De informatie betreffende de litigieuze bijeenkomst, in het bijzonder het feit dat zij heeft plaatsgehad, het doel ervan, het verslag dat ervan is gemaakt en de aantekeningen desbetreffend, zijn volgens verzoeksters, zelfs indien zij niet uitdrukkelijk ten grondslag liggen aan de bezwaren van de Commissie, voor hun verdediging van belang, omdat deze bijeenkomst de beslissing van de Commissie om geen individuele vrijstelling te verlenen voor de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader, in voor hen ongunstige zin heeft beïnvloed. Verzoeksters wijzen erop, dat de Commissie kort na die bijeenkomst, op 1 maart 1996, een aanvullende mededeling van punten van bezwaar heeft opgesteld waarbij de immuniteit voor geldboeten met betrekking tot die overeenkomst werd opgeheven, terwijl de Commissie vóór die bijeenkomst geneigd was geweest om na de aanmelding van de EIEIA een gunstige beslissing te nemen.
- 375 Verzoeksters stellen dus, kort gezegd, dat de Commissie hun toegang had moeten geven tot gegevens die, ofschoon de punten van bezwaar tegen de overeenkomst

inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader er niet uitdrukkelijk op zijn gebaseerd, de Commissie er wel toe hebben gebracht die punten tegen hen in te brengen. Die gegevens zijn voor hun verdediging van belang, omdat zij licht kunnen werpen op de redenen van de Commissie om die bezwaren te formuleren.

- 376 Om te beginnen zij opgemerkt, dat toegang tot het dossier geen doel op zich is, maar tot bescherming van de rechten van de verdediging dient (arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 156). Wat in het bijzonder de toegang tot belastende gegevens betreft, volgt uit de in punt 337 supra aangehaalde rechtspraak, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging enkel vereist dat de betrokken onderneming in staat is geweest doeltreffend weerwoord te voeren tegen de gegevens waarop de Commissie in de beschikking haar bewering inzake het bestaan van een inbreuk baseert. Aan de vereisten van het recht op toegang tot het dossier is dus voldaan, wanneer de betrokken onderneming over de tegen haar ingebrachte punten van bezwaar is gehoord na kennis te hebben genomen van de bewijzen à charge waarmee de Commissie die punten heeft gestaafd. Het zijn deze bewijzen die zich in het onderzoeksdossier van de Commissie dienen te bevinden.
- 377 Om te bepalen of het recht op toegang tot de belastende gegevens in het dossier in acht is genomen, komt het dus niet aan op de vraag waarom de Commissie een punt van bezwaar heeft geformuleerd of wat de aanleiding tot dat punt van bezwaar is geweest, maar uitsluitend of het punt van bezwaar in de eindbeschikking gebaseerd is op belastende gegevens die aan de onderneming tegen wie de inbreukprocedure is gericht, zijn medegedeeld. Het recht op toegang tot het dossier betekent dus niet, dat de betrokken ondernemingen moeten kunnen nagaan op welke wijze de Commissie tot haar conclusies is gekomen (in die zin, beschikking Hof van 18 juni 1986, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 1899, punt 16). Daar het recht op toegang tot het dossier geen doel op zich is, maar ertoe dient de bescherming van de rechten van de verdediging te verzekeren, is de Commissie niet verplicht de belastende gegevens die zij in haar beschikking niet tot staving van de punten van bezwaar gebruikt, aan de betrokken ondernemingen mee te delen.
- 378 Bij het onderzoek van de door verzoeksters in het kader van dit middel aangevoerde argumenten moet met deze beginselen rekening worden gehouden.

- 379 Verzoeksters verwijten de Commissie in de eerste plaats, hun niet te hebben geïnformeerd over het feit dat de litigieuze bijeenkomst had plaatsgehad en wat het doel ervan was. Terwijl de Commissie ondanks herhaald aandringen van verzoeksters tijdens de administratieve procedure voortdurend heeft geweigerd het feit van de litigieuze bijeenkomst te bevestigen of te ontkennen, zoals blijkt uit haar brieven van 15 maart, 21 maart, 10 april en 26 april 1996 aan de vertegenwoordigers van de TACA, verklaart zij in haar verweerschrift in het onderhavige beroep, dat „het voor niemand een geheim is” dat die bijeenkomst heeft plaatsgehad. Tussen partijen staat nu dus vast, dat de litigieuze bijeenkomst op 4 december 1995 heeft plaatsgehad.
- 380 In antwoord op de verzoeken om informatie van verzoeksters zond de Commissie de TACA op 16 en 24 juli 1996 twee verzoeken om inlichtingen, waarin zij overlegging verlangde van het document „Liner Shipping — Time for Change”, dat door verzoeksters in hun verzoeken om inzage in het dossier was genoemd, ofschoon dat document, naar vaststaat, tijdens de litigieuze bijeenkomst door de ESC aan de heer Van Miert was overhandigd. Toen de Commissie de twee bovenbedoelde verzoeken om inlichtingen verstuurde, bezat zij dat document dus al.
- 381 In het kader van het onderhavige middel betreffende schending van het recht op toegang tot het dossier, moet echter uitsluitend worden nagegaan of verzoeksters doeltreffend weerwoord hebben kunnen voeren tegen de gegevens waarmee de Commissie haar bezwaren staft, met name die welke ten grondslag liggen aan de weigering van individuele vrijstelling voor de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader.
- 382 Welnu, noch de litigieuze bijeenkomst zelf noch het doel ervan is als zodanig een element dat zich ertoe leent, de in de bestreden beschikking geformuleerde bezwaren te staven. Wat de toegang tot de belastende gegevens in het dossier van de Commissie betreft, is het om de hiervóór uiteengezette redenen irrelevant, dat de informatie dat een dergelijke bijeenkomst had plaatsgehad en wat het doel

ervan was, nuttig had kunnen zijn voor de verdediging van verzoeksters tijdens de administratieve procedure. Bovendien stellen verzoeksters niet, dat het feit dat de litigieuze bijeenkomst heeft plaatsgehad en het doel ervan door hen als gegeven à décharge hadden kunnen worden gebruikt.

- 383 Mitsdien moet worden vastgesteld dat het recht van de partijen bij de TACA op toegang tot het dossier niet betekent, dat de Commissie verzoeksters had moeten informeren over het feit dat de litigieuze bijeenkomst had plaatsgehad en wat het doel ervan was geweest.
- 384 In de tweede plaats verwijten verzoeksters de Commissie hun geen verslag van de litigieuze bijeenkomst of andere aantekeningen erover te hebben meegedeeld. Op een schriftelijke vraag van het Gerecht desbetreffend heeft de Commissie echter verklaard, dat haar diensten geen verslag of aantekening over die bijeenkomst hadden gemaakt, welke verklaring door verzoeksters ter terechtzitting niet is weersproken.
- 385 Zoals gezegd in punt 351 supra, is het recht op toegang tot het dossier in mededingingszaken uitsluitend bedoeld om de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie. Daarentegen is de Commissie in het algemeen niet verplicht verslagen te maken van gesprekken die zij in het kader van de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag tijdens bijeenkomsten of telefonisch met de klagers voert.
- 386 Zo de Commissie in haar beschikking een belastend gegeven wil gebruiken dat zij al is het maar mondeling van een klager heeft verkregen, dient zij dat natuurlijk, zoals overwogen in punt 352 supra, voor de adressaten van de mededeling van punten van bezwaar toegankelijk te maken, in voorkomend geval door middel van een voor het dossier bestemde schriftelijke weergave ervan (in die zin, arrest

Endemol/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punten 83-91). In casu evenwel verwijten verzoeksters de Commissie niet, hun gegevens te hebben onthouden die zij tot staving van haar bezwaren heeft gebruikt, doch uitsluitend gegevens die haar mogelijkerwijs aanleiding hebben gegeven bepaalde bezwaren tegen hen in te brengen.

387 Opnieuw kan worden volstaan met erop te wijzen, dat het recht op toegang tot het dossier uitsluitend is bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen doeltreffend weerwoord te voeren tegen de gegevens waarmee de Commissie in de bestreden beschikking haar bezwaren staft, in het onderhavige geval die welke ten grondslag liggen aan de weigering van individuele vrijstelling voor de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader. De door de ESC verschafte belastende gegevens, die voor de Commissie mogelijkerwijs aanleiding zijn geweest om die vrijstelling te weigeren, moesten dus slechts aan de partijen bij de TACA met het oog op de uitoefening van hun recht op toegang tot het dossier worden medegedeeld, indien de Commissie die gegevens daadwerkelijk in de bestreden beschikking had gebruikt om haar bezwaren op dat punt te schragen.

388 Dit is echter niet het geval.

389 Zo is het enige stuk waarvan bekend is dat het tijdens de litigieuze bijeenkomst is overhandigd, het document „Liner Shipping — Time for Change”. Tussen partijen staat echter vast, dat verzoeksters dit document in de uitoefening van hun recht op toegang tot het dossier hebben kunnen inzien. Voorts blijkt niet uit de punten 425 tot en met 436 van de considerans van de bestreden beschikking, waarin de Commissie een individuele vrijstelling voor de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader weigert, dat zij dat document tot staving van haar bezwaren heeft gebruikt. Bovendien gaat het om een lobbyingdocument, waarin de klager er kort gezegd op aandringt, dat de in verordening nr. 4056/86 geregelde groepsvrijstelling voor lijnvaartconferenties wordt afgeschaft. Er kan geen twijfel over bestaan, en het

wordt ook niet betwist, dat een dergelijk stuk geen belastende gegevens bevat die de Commissie op relevante wijze had kunnen gebruiken om de weigering van een individuele vrijstelling voor de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader te onderbouwen.

390 Evenmin blijkt uit de punten 425 tot en met 436 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de weigering van individuele vrijstelling voor genoemde overeenkomst, al was het maar gedeeltelijk, gebaseerd is op belastende gegevens die de ESC de Commissie tijdens de litigieuze bijeenkomst mogelijkerwijs mondeling heeft verschaft en waartoe verzoeksters geen toegang zouden hebben gehad. In punt 433 van de considerans van de beschikking wordt immers vastgesteld, dat verzoeksters geen poging hebben ondernomen om aan te tonen dat een gezamenlijke prijsvaststelling onmisbaar is voor de EIEIA of om de mogelijke voordelen van deze regeling te realiseren. Volgens de beschikking baseert de Commissie deze vaststelling op het op 6 februari 1996 aan de heer Van Miert aangeboden tussentijds verslag van de multimodale groep (voetnoot 124 bij punt 430 van de considerans), op het commentaar van de heer Rakkenes, voorzitter van de TACA en van ACL, in het nummer van oktober 1995 van *The American Shipper* (punt 434 van de considerans) en op het commentaar van de heer Casjens, lid van de raad van bestuur van Hapag Lloyd, weergegeven in de *Journal of Commerce* van 6 december 1995 (punt 435 van de considerans). Verzoeksters nu stellen niet, dat de ESC die belastende gegevens tijdens de litigieuze bijeenkomst aan de Commissie heeft verschaft, noch betwisten zij, dat zij er in de uitoefening van hun recht op toegang tot het dossier toegang toe hebben gehad. Dus ook indien de Commissie voor haar bezwaren belastende gegevens had gebruikt die zij tijdens de litigieuze bijeenkomst van de ESC had gekregen, zouden die bezwaren nog steeds gebaseerd zijn op andere bewijs-elementen, waarvan verzoeksters niet betwisten dat zij er toegang toe hebben gehad of dat zij gegrond zijn.

391 Ofschoon verzoeksters de Commissie verwijten dat zij zich door de door de ESC tijdens de litigieuze bijeenkomst verschafte belastende gegevens heeft laten beïnvloeden, doch zonder deze uitdrukkelijk in de mededeling van punten van bezwaar en vervolgens in de bestreden beschikking te vermelden, weten zij niets concreets aan te voeren waaruit kan blijken dat dergelijke gegevens zijn verschaft. Bovendien zijn de rechten van de verdediging in voldoende mate beschermd door

de aan verzoeksters geboden mogelijkheid hun opmerkingen over de in de mededeling van bezwaar vermelde belastende gegevens kenbaar te maken. Immers, belastende gegevens die door een klager vóór de mededeling van punten van bezwaar zijn verschaft, of het nu gaat om eenvoudige argumenten dan wel om bewijsstukken, en die niet in die mededeling worden weergegeven, zijn geen bezwaren waarop de betrokken ondernemingen moeten antwoorden, wat betekent, dat die gegevens hun niet behoeven te worden meegedeeld met het oog op de uitoefening van het recht op toegang tot het dossier.

- 392 Anders dan verzoeksters beweren, is het niet juist dat, indien de ESC bedoelde gegevens schriftelijk en niet mondeling tijdens een bijeenkomst had verschaft, zij zich noodzakelijkerwijze in het voor verzoeksters toegankelijke dossier hadden bevonden. Immers, zoals al opgemerkt in punt 357, wanneer de Commissie op grond van een klacht besluit een inbreukprocedure in te leiden, dienen de betrokken ondernemingen niet op de klacht, maar op de mededeling van punten van bezwaar te antwoorden. De door de klagers aangebrachte gegevens die niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn weergegeven, zijn geen bezwaren waarop de betrokken ondernemingen moeten antwoorden. De rechten van de verdediging kunnen dus niet geschonden zijn indien zij geen gelegenheid hebben gehad erop te reageren.
- 393 In een procedure tot toepassing van artikel 86 van het Verdrag kan de Commissie bovendien met een beroep op de vertrouwelijkheid ervan inzage weigeren in de briefwisseling met derden. Een onderneming die een mededeling van punten van bezwaar heeft ontvangen en die op de markt een machtspositie heeft, zou immers vergeldingsmaatregelen kunnen nemen tegen een concurrent, leverancier of afnemer die aan het onderzoek van de Commissie heeft meegewerkt (arrest van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 33, bevestigd door arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald in punt 346 supra, punt 26).
- 394 En ten slotte, het verslag of de aantekeningen die de Commissie van de bijeenkomst met de klager had gemaakt — wat zij dus niet heeft gedaan —, zouden in elk geval interne stukken zijn geweest die, volgens vaste rechtspraak, in

principe niet ter beschikking van derden behoeven te worden gesteld ter uitoefening van hun recht op toegang tot het dossier (arresten Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 33; BASF/Commissie, reeds aangehaald in punt 335 supra, punt 45; 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie, T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757, punten 46 en 47; 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punten 196 en 420, en LR AF 1998/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 170). Deze beperking van het recht van inzage van interne stukken wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de goede werking van de betrokken instelling bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsvoorwaarden van het Verdrag te verzekeren.

- 395 Gelet op het voorgaande moet de conclusie dus luiden, dat de omstandigheid dat de Commissie geen verslag van de litigieuze bijeenkomst heeft gemaakt, verzoeksters niet de mogelijkheid heeft ontnomen om in de uitoefening van hun recht op toegang tot het dossier kennis te nemen van de belastende gegevens waarop de Commissie haar bezwaren in de bestreden beschikking heeft gebaseerd.
- 396 Verzoeksters stellen overigens niet, dat bepaalde gegevens in verband met de litigieuze bijeenkomst tot hun ontlasting hadden kunnen dienen. Maar zelfs indien het middel zo moest worden begrepen, moet worden vastgesteld, dat verzoeksters niet zeggen welke die gegevens zijn, en geen enkele aanwijzing leveren voor hun bestaan en, bijgevolg, voor hun nut in deze procedure. Aangezien volgens de rechtspraak een schending van de rechten van de verdediging aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval moet worden beoordeeld (arrest van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, reeds aangehaald in punt 192 supra, punt 70), kan op dit punt geen schending van het recht op toegang tot het dossier worden vastgesteld (in die zin, arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 93).
- 397 Mitsdien moet het middel inhoudende dat het recht op toegang tot het dossier is geschonden, worden afgewezen.

D — Het middel inhoudende dat het dossier onvolledig is

1. Argumenten van partijen

- 398 Ten slotte stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard om de enkele reden dat zij ernstige twijfel hebben uitgesproken over de volledigheid van het dossier, in zoverre de daarin ontbrekende gegevens de benadering van de Commissie in de beschikking kunnen verklaren.
- 399 De Commissie is van mening, dat dit middel een algemene strekking heeft, en concludeert tot afwijzing ervan op dezelfde gronden als die welke tot afwijzing van de voorgaande middelen hebben geleid.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 400 Het onderzoek van de voorgaande middelen heeft aangetoond, dat verzoeksters de Commissie ten onrechte verwijten, bepaalde belastende gegevens waarop sommige bezwaren in de bestreden beschikking zijn gebaseerd en die door derden mondeling zouden zijn verschaft, niet aan hen te hebben meegedeeld. Verzoeksters hebben dus geenszins aangetoond, dat er ernstig moet worden getwijfeld aan de volledigheid van het dossier van de Commissie.
- 401 In elk geval moet erop worden gewezen dat, anders dan verzoeksters betogen, de omstandigheid dat de Commissie zich in de bestreden beschikking op belastende stukken zou hebben gebaseerd die zich niet in het onderzoeksdossier bevinden en

hun niet zijn meegedeeld, op zich geen grond oplevert om de beschikking in haar geheel nietig te verklaren Volgens de in punt 338 aangehaalde rechtspraak moet in dat geval immers nog worden nagegaan, of de in de eindbeschikking geformuleerde bezwaren voldoende worden bewezen door andere belastende gegevens, waartoe verzoeksters wel toegang hebben gehad.

402 Bijgevolg moet dit middel worden afgewezen.

Derde onderdeel: schending van de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid

403 In het derde onderdeel van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen stellen verzoeksters, dat de Commissie de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid heeft geschonden, in de eerste plaats door het verloop van de administratieve procedure, in de tweede plaats bij de beoordeling van de relevante feiten, bewijzen en vragen, en in de derde plaats bij de beoordeling van de geldboeten.

404 Vooraf zij opgemerkt, dat tot de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen in het bijzonder het beginsel van goed bestuur behoort, waarmee voor de bevoegde instelling de verplichting samenhangt alle relevante gegevens van de zaak zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (arresten Gerecht van 24 februari 1992, La Cinq/Commissie, T-44/90, Jurispr. blz. II-1, punt 86; 29 juni 1993, Asia Motor France e.a./Commissie, T-7/92, Jurispr. blz. II-669, punt 34; 11 juli 1996, Métropole télévision e.a./Commissie, T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Jurispr. blz. II-649, punt 93, en 20 maart 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commissie, T-31/99, Jurispr. blz. II-1881, punt 99).

405 In casu moet dus worden onderzocht, of de door verzoeksters aangevoerde middelen aannemelijk maken dat de Commissie dat beginsel heeft geschonden.

A — Het verloop van de administratieve procedure

1. Argumenten van partijen

406 Volgens verzoeksters blijkt uit het verloop van de administratieve procedure, dat de Commissie bevooroordeeld was ten opzichte van de uitslag van het onderzoek. De mededeling van punten van bezwaar was prematuur en de Commissie is met het redigeren van de bestreden beschikking begonnen voordat het onderzoek was afgesloten. Voor dit laatste baseren verzoeksters zich op een brief van de raadadviseur-auditeur van 12 november 1996, twee jaar vóór de vaststelling van de beschikking, waarin hij hun meedeelde dat de diensten van de Commissie een ontwerpbeschikking voorbereidden.

407 Dat vooruitlopen op de uitslag van het onderzoek blijkt volgens verzoeksters uit het feit dat de Commissie heel de administratieve procedure lang met geldboeten heeft bedreigd. Verzoeksters wijzen hier in de eerste plaats op de in de pers gepubliceerde verklaringen van de Commissie rond de procedure tot opheffing van de boete-immuniteit met betrekking tot de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader. Blijkens die verklaringen had de Commissie toen al, ondanks de opschortingsbeschikking van 10 maart 1995 in zaak T-395/94 R, het kennelijke voornemen verzoeksters in de TACA-zaak geldboeten op te leggen. Zo verklaarde de Commissie in het persbericht bij gelegenheid van de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar met betrekking tot de immuniteitsopheffing, dat „de partijen bij de TACA het hebben gewaagd een overeenkomst aan te melden waarvan zij heel goed weten dat zij na de beschikkingen van de Commissie onwettig is”. In verband met de beschul-

digingen van misbruik van machtspositie vermelden verzoeksters diverse artikelen en persberichten waaruit zou blijken, dat de Commissie het opleggen van geldboeten op grond van artikel 86 van het Verdrag zag als een middel om de immuniteit voor geldboeten op grond van artikel 85 van het Verdrag, die zij wegens de aanmelding van de TACA genoten, te omzeilen.

- 408 De Commissie concludeert tot afwijzing van de argumenten van verzoeksters op dit punt.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 409 Verzoeksters stellen, dat het verloop van de administratieve procedure aantoont dat de Commissie vooruitgelopen is op de uitslag van haar onderzoek. Zij leiden dit af uit het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar, uit het feit dat vóór de hoorzitting voor de Commissie een begin was gemaakt met het opstellen van de bestreden beschikking, en uit de bedreiging met geldboeten door de Commissie in de loop van de administratieve procedure.

a) Het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar

- 410 Kort samengevat stellen verzoeksters, dat de toezending van verzoeken om aanvullende inlichtingen kort vóór en na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar (hierna ook „de litigieuze verzoeken”) laat zien, dat de Commissie in die mededeling vooruit is gelopen op de definitieve uitslag van het onderzoek. Daarbij beklemtonen zij het grote aantal van die verzoeken om inlichtingen en de erin gestelde vragen.

- 411 Wat in de eerste plaats de bewering van verzoeksters betreft, dat de toezending van de litigieuze verzoeken laat zien, dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar vooruit is gelopen op de definitieve uitslag van het onderzoek, zij herinnerd aan wat al in punt 116 supra is vastgesteld bij het onderzoek van het eerste onderdeel van de middelen inzake schending van de rechten van de verdediging, te weten dat de mededeling van punten van bezwaar niet een handeling met het definitieve oordeel van de Commissie over de wettigheid van de in geding zijnde praktijken is, maar een louter voorbereidende handeling met voorlopige bezwaren van de Commissie, waarvan deze in de eindbeschikking nog kan terugkomen, en dat de Commissie daarom het volste recht heeft, met name om rekening te kunnen houden met door de betrokken ondernemingen aangevoerde argumenten of gegevens, om het feitenonderzoek na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar door middel van verzoeken om aanvullende inlichtingen voort te zetten, teneinde in voorkomend geval bepaalde bezwaren in te trekken of nieuwe te formuleren.
- 412 De toezending van de litigieuze verzoeken is dus geen bewijs voor een of ander vooroordeel van de Commissie tegenover verzoeksters, maar een handeling die volstrekt past bij het contradictoire karakter van de administratieve procedure tot toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag en waaruit juist de wil van de Commissie blijkt om alle relevante gegevens van de zaak zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, teneinde met volledige kennis van zaken over het vrijstellingsverzoek van verzoeksters te kunnen beslissen.
- 413 De enkele omstandigheid dat de Commissie de partijen bij de TACA kort vóór en na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar tal van verzoeken om aanvullende inlichtingen heeft gezonden, bewijst derhalve niet, dat de Commissie de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid heeft geschonden.
- 414 De wettigheidstoetsing door het Gerecht in het kader van een krachtens artikel 173 van het Verdrag ingesteld beroep tot nietigverklaring heeft bovendien geen betrekking op de mededeling van punten van bezwaar, maar op de na die

mededeling vastgestelde eindbeschikking. De mededeling van punten van bezwaar is overigens geen voor een beroep tot nietigverklaring vatbare handeling (arrest IBM/Commissie, reeds aangehaald in punt 96 supra, punt 21). Dus zelfs wanneer de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar blijk had gegeven van een vooroordeel tegenover verzoeksters, zou dat slechts afbreuk doen aan de geldigheid van de bestreden beschikking indien dat vooroordeel ook in de beschikking tot uiting was gekomen. Verzoeksters maken echter niet aannemelijk dat dat hier het geval is geweest (in die zin, arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie, reeds aangehaald in punt 404 supra, punt 105).

- 415 En ten slotte, zelfs wanneer het door verzoeksters gestelde vooroordeel in de bestreden beschikking tot uiting was gekomen, zou het hoe dan ook niet een schending van de rechten van de verdediging vormen, die tot nietigverklaring van de beschikking zou kunnen leiden, maar zou het onderzocht moeten worden in het kader van het toezicht op de beoordeling van de bewijsmiddelen of op de redengeving van de beschikking (in die zin, arrest Gerech van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, reeds aangehaald in punt 188 supra, punt 72).
- 416 Om deze redenen moeten de argumenten van verzoeksters worden verworpen voorzover zij de Commissie verwijten, in de mededeling van punten van bezwaar vooruit te zijn gelopen op de einduitslag van het onderzoek.
- 417 Wat in de tweede plaats het grote aantal verzoeken om inlichtingen betreft, staat tussen partijen vast dat de Commissie in de periode van 22 mei 1996, dat wil zeggen twee dagen voor de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar, tot 16 september 1996, de dag waarop de bestreden beschikking werd vastgesteld, de partijen bij de TACA 32 verzoeken om inlichtingen met in totaal meer dan honderd vragen heeft gezonden. Eveneens staat vast dat verscheidene van die verzoeken zijn verzonden in de loop van de termijn waarbinnen de partijen bij de TACA op de mededeling van punten van bezwaar moesten antwoorden, dat wil zeggen tussen 24 mei 1996, toen die mededeling werd vastgesteld, en 6 september 1996, de dag van verzending van het antwoord van de partijen bij de TACA op de mededeling van punten van bezwaar.

418 Het is stellig juist, dat de toezending van een groot aantal verzoeken om inlichtingen na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar een doeltreffende uitoefening door de betrokken ondernemingen van het recht om over de tegen hen ingebrachte bezwaren te worden gehoord, kan bemoeilijken. Overeenkomstig de in punt 404 supra aangehaalde rechtspraak moet de Commissie er immers op toezien, dat de administratieve procedure zorgvuldig wordt gevoerd. Bij haar verzoeken om inlichtingen dient de Commissie het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen en de verplichting tot het verstrekken van die inlichtingen mag de betrokken onderneming geen last opleggen die onevenredig is aan wat voor het onderzoek noodzakelijk is (arrest SEP/Commissie, reeds aangehaald in punt 119 supra, punt 51).

419 In casu moet dus worden onderzocht of de litigieuze verzoeken voor verzoeksters een onevenredige belasting waren, waardoor de rechten van de verdediging werden aangetast. Daarbij moet worden gelet op de inhoud, de context en het doel van die verzoeken om inlichtingen.

420 De litigieuze verzoeken blijken bij nader toezien in acht groepen uiteen te vallen.

421 In de eerste plaats is er het verzoek om inlichtingen van 22 mei 1996, dat twee dagen vóór de mededeling van punten van bezwaar is toegezonden. In dit verzoek ging het evenwel om eenvoudige preciseringen en aanvullingen op gegevens die verzoeksters op 9 mei 1996 hadden verstrekt naar aanleiding van een verzoek om inlichtingen van 8 maart 1996, zodat redelijkerwijs niet kan worden aangenomen dat het een onevenredige belasting voor verzoeksters vormde. Dat dit verzoek twee dagen vóór de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar werd toegezonden, blijkt overigens te moeten worden toegeschreven aan het gedrag van verzoeksters zelf. Immers, de gegevens waarom in het verzoek werd gevraagd, hadden volgens het verzoek om inlichtingen van 8 maart 1996 al op 25 maart 1996 verstrekt moeten zijn, maar nadat verzoeksters enkele malen om

uitstel hadden gevraagd, werden zij uiteindelijk pas op 9 mei 1996 meegedeeld, dat wil zeggen twee maanden nadat de Commissie er voor het eerst om had verzocht.

- 422 In de tweede plaats zijn er vier verzoeken om inlichtingen, te weten die van 16 oktober 1996, 12 februari, 2 juni en 19 juni 1997, waarin het ging om gegevens die eerder waren gevraagd, maar niet verstrekt, dan wel om detaillering van eerder verstrekte gegevens, alsmede vier andere verzoeken om inlichtingen, te weten die van 27 januari, 13 februari, 15 mei en 2 oktober 1997, waarin het ging om het actualiseren van reeds vóór de mededeling van punten van bezwaar verschaftte gegevens. Voorzover bedoelde verzoeken betrekking hebben op eerder gevraagde, maar niet verschaftte informatie, zij eraan herinnerd, dat de betrokken ondernemingen ingevolge artikel 16, lid 5, van verordening nr. 4056/86 en de overeenkomstige bepalingen van de verordeningen nrs. 17 en 1017/68 verplicht zijn de gevraagde inlichtingen volledig en binnen de door de Commissie gestelde termijn te verstrekken. In zoverre die verzoeken om inlichtingen het gevolg waren van het verzuim van verzoeksters zelf om aan die verplichting te voldoen, kan de Commissie er dan ook geen verwijt van worden gemaakt ze aan verzoeksters te hebben gezonden. En voorzover enkel werd gevraagd om precisering of actualisering van eerder verstrekte gegevens, waren zij stellig gerechtvaardigd door de vereisten van het onderzoek en vormden zij geen onevenredige belasting voor verzoeksters.
- 423 In de derde plaats waren negen verzoeken om inlichtingen, te weten die van 12, 16 en 18 september 1996, 9 oktober 1996, 8 en 15 november 1996, 22 april 1997, 26 mei 1997 en 30 september 1997, bedoeld om de Commissie in staat te stellen de gegrondheid te onderzoeken van argumenten die verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden aangevoerd. Het is duidelijk dat deze verzoeken door de vereisten van het onderzoek werden gerechtvaardigd, aangezien zij het voor de Commissie mogelijk maakten de door verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar aangevoerde argumenten en gegevens in aanmerking te nemen, teneinde in voorkomend geval de tegen hen ingebrachte bezwaren te wijzigen.

- 424 In de vierde plaats zijn er vijf verzoeken om inlichtingen, te weten die van 11 juli 1996, 17 juli 1996, 8 augustus 1996, 24 januari 1997 en 19 juni 1997, die althans gedeeltelijk gegevens betroffen waarom niet al was gevraagd in verzoeken om inlichtingen van vóór de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar. In deze verzoeken ging het onder meer om bepaalde aspecten in verband met de dienstencontracten, de contacten tussen de TACA enerzijds en UASC en APL anderzijds met het oog op hun eventuele toetreding tot de TACA, de prijspraktijken van Hanjin en de klachten van sommige verladers in Ierland. Al deze gegevens — en dit wordt door verzoeksters niet betwist — waren echter van belang voor het onderzoek van de in geding zijnde praktijken van de TACA, in het bijzonder om te kunnen nagaan of het in de mededeling van punten van bezwaar geformuleerde verwijt van misbruik van machtspositie gegrond was. De toezending van genoemde verzoeken om inlichtingen vond dus haar rechtvaardiging in de vereisten van het onderzoek.
- 425 In de vijfde plaats komen twee verzoeken om inlichtingen, namelijk van 16 en 24 juli 1996, die als reactie op hun klacht over schending van het recht op toegang tot het dossier aan verzoeksters zijn gezonden om inlichtingen over het document „Liner Shipping — Time for Change” te verkrijgen. Zoals in punt 380 supra reeds vastgesteld, blijkt uit het dossier voor het Gerecht, dat de Commissie bij de verzending van genoemde twee verzoeken om inlichtingen al over dat document beschikte. Hier moet dus worden erkend, dat die verzoeken niet door de vereisten van het onderzoek gerechtvaardigd waren.
- 426 In de zesde plaats is er het verzoek om inlichtingen van 5 december 1996, dat bedoeld was om antwoord te krijgen op ter terechtzitting van 25 oktober 1996 gestelde vragen. Het valt niet te betwisten dat dit verzoek, dat verzoeksters de gelegenheid bood het ter hoorzitting begonnen debat schriftelijk voort te zetten, in het belang van het onderzoek was.
- 427 In de zevende plaats zijn er drie verzoeken om inlichtingen, te weten van 21 oktober en 24 november 1997 en 18 maart 1998, waarin wordt gevraagd om gegevens over de omzet van de partijen bij de TACA. Aangezien de Commissie

met deze verzoeken zekerheid wilde verkrijgen, dat het maximum van de geldboeten, bedoeld in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1017/68 en artikel 19, lid 2, van verordening nr. 4056/86, niet overschreden werd, waren deze verzoeken in principe dus door de vereisten van het onderzoek gerechtvaardigd (arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 490). Verzoeksters betwisten overigens niet dat de Commissie zich aan de hand van de na dit verzoek verschaftte gegevens ervan heeft vergewist, dat de bij de bestreden beschikking opgelegde geldboeten het maximaal toegestane bedrag niet te boven gingen.

- 428 In de achtste plaats hadden drie verzoeken om inlichtingen, te weten die van 17 januari, 17 februari en 11 maart 1997, betrekking op het „hub-and-spoke”-systeem, dat op 10 januari 1997, na de verzending van de mededeling van punten van bezwaar, was aangemeld. Deze verzoeken om inlichtingen, die bedoeld waren om nadere inlichtingen te verkrijgen over de regelingen die verzoeksters hadden aangemeld met het oog op een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, vonden ontegenzeggelijk hun rechtvaardiging in de vereisten van het onderzoek, daar zij de Commissie in staat moesten stellen na te gaan, of aan de in die bepaling gestelde voorwaarden was voldaan.
- 429 Uit het voorgaande volgt, dat slechts twee van de litigieuze verzoeken om inlichtingen, te weten die van 16 en 24 juli 1996, niet door de vereisten van het onderzoek gerechtvaardigd lijken te zijn. De toezending van twee onnodige verzoeken om inlichtingen op een totaal van 32 verzoeken in een periode van 22 maanden kan echter niet een onevenredige belasting voor verzoeksters hebben opgeleverd, die een doeltreffende uitoefening van hun recht om te worden gehoord, ongunstig kon beïnvloeden.
- 430 Doch zelfs indien de Commissie de rechten van de verdediging had geschonden, zou dat hoe dan ook slechts tot nietigverklaring van de beschikking kunnen leiden, wanneer er een ook maar geringe kans bestond, dat verzoeksters zonder al die verzoeken om inlichtingen een andere uitslag van de administratieve

procedure hadden kunnen bewerkstelligen (in die zin, arresten van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 56, en 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 383). Verzoeksters hebben echter niet gesteld dat dat hier het geval had kunnen zijn, noch iets aangevoerd wat daarop wijst.

- 431 Om deze redenen moeten de argumenten van verzoeksters, waarmee zij de Commissie verwijten hun na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar een groot aantal verzoeken om inlichtingen te hebben gezonden, worden afgewezen.
- 432 Uit al het voorgaande volgt, dat het middel dat verzoeksters aan schending van het beginsel van goed bestuur ontlenen, ongegrond is.

b) De opstelling van de bestreden beschikking

- 433 Kort samengevat verwijten verzoeksters de Commissie, vóór het einde van het administratieve onderzoek met het opstellen van de bestreden beschikking te zijn begonnen.
- 434 Tussen partijen staat vast, dat de Commissie kort na de hoorzitting met de partijen bij de TACA op 25 oktober 1996 is begonnen met het opstellen van de beschikking. In zijn brief van 12 november 1996 laat de raadadviseur-auditeur de partijen bij de TACA weten:

„Ik meen te hebben begrepen, dat het bevoegde directoraat thans een ontwerpbeschikking in de zaak TACA voorbereidt en dat de normale procedure van toepassing is.”

- 435 Verder is het juist, dat de Commissie, zoals verzoeksters opmerken, na de hoorzitting met de partijen bij de TACA het administratieve onderzoek heeft voortgezet met het toezenden van verzoeken om aanvullende inlichtingen tot in maart 1998. Daar de bestreden beschikking op 16 september 1998 is vastgesteld, is het dus duidelijk dat de Commissie vóór het einde van de onderzoeksprocedure met het opstellen van de beschikking is begonnen.
- 436 Anders dan verzoeksters stellen, is een dergelijke handelwijze echter niet in strijd met het beginsel van goed bestuur. Het is zelfs zo, dat de eerbiediging van dat beginsel, dat onder meer verlangt dat de Commissie de bij haar aanhangige zaken voortvarend behandelt, haar juist noopt om vóór het einde van de onderzoeksprocedure met het redigeren van de eindbeschikking te beginnen, om zeker te stellen dat deze binnen redelijke tijd kan worden vastgesteld, zulks gelet op de bijzondere omstandigheden en met name de context van de zaak, het gedrag van de partijen tijdens de procedure, de ingewikkeldheid van de zaak en het belang ervan voor de diverse belanghebbende partijen (arrest van 20 april 1999, PVC II, reeds aangehaald in punt 191 supra, punten 187 en 188; arresten Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 56, en 9 september 1999, UPS Europe/Commissie, T-127/98, Jurispr. blz. II-2633, punt 38).
- 437 In casu staat vast dat de aspecten van de TACA die voorwerp waren van de administratieve procedure voor de Commissie, ingewikkelde feitelijke en juridische vragen deden rijzen, die de Commissie noodzaakten een grote hoeveelheid gegevens te onderzoeken die door de partijen bij de TACA bij de diverse aanmeldingen, in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en in hun antwoorden op de verzoeken om inlichtingen waren overgelegd.

- 438 Daar de Commissie, na 26 maanden onderzoek sinds de aanmelding van de TACA op 5 juli 1994, op 6 september 1996 het antwoord van de partijen bij de TACA op de mededeling van punten van bezwaar had ontvangen en die partijen op 25 oktober 1996 tijdens een hoorzitting had gehoord, kan ervan worden uitgegaan, dat zij op dat moment over voldoende gegevens beschikte om met de opstelling van de bestreden beschikking te beginnen. Dit te meer, omdat van de na de hoorzitting verzonden verzoeken om inlichtingen enkel in die van 24 januari, 15 mei en 19 juni 1997, betreffende respectievelijk bepaalde prijspraktijken van Hanjin, de consortiumbetrekkingen tussen de TACA-leden en de klachten van enkele Ierse verladers, werd gevraagd om informatie die geen voorwerp van eerdere verzoeken om inlichtingen was geweest.
- 439 In ieder geval moet worden vastgesteld dat verzoeksters niet aangeven in hoeverre uit de na de hoorzitting toegezonden verzoeken om inlichtingen blijkt, dat de Commissie na de hoorzitting niet in staat was een begin te maken met het opstellen van de eindbeschikking.
- 440 Mitsdien moeten de argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.

c) De bedreiging met geldboeten

- 441 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat enkele verklaringen tijdens de procedure rond de vaststelling, op 26 november 1996, van de beschikking waarbij de partijen bij de TACA de boete-immuniteit met betrekking tot de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader werd ontnomen, aantonen dat de Commissie toen al van plan was hun geldboeten, mogelijk tot een hoog bedrag, op te leggen.

- 442 Verzoeksters wijzen er daarbij op dat, toen de president van het Gerecht de beschikking had gegeven waarbij het verbod van de TAA-beschikking tot collectieve bepaling van die prijzen werd opgeschort (beschikking van 10 maart 1995, Atlantic Container e.a./Commissie, bevestigd bij beschikking van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., beide reeds aangehaald in punt 29 supra), de Commissie in een persbericht van 14 maart 1995 verklaarde dat „indien de leden van de TACA hun beroep ten gronde verliezen, zij het risico lopen hoge geldboeten te krijgen wegens de voortzetting van die praktijk”.
- 443 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie met die verklaring geenszins vooruit is gelopen op haar eindbeschikking over de geldboeten voor de partijen bij de TACA, maar terecht enkel heeft gewezen op de rechtsgevolgen van een beschikking van de president van het Gerecht, krachtens de artikelen 185 en 186 EG-Verdrag (thans de artikelen 242 en 243 EG) uitspraak doende op een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie.
- 444 Bij genoemde beschikking van 10 maart 1995 deed het Gerecht immers geen uitspraak over de wettigheid van het bij de TAA-beschikking uitgesproken verbod van de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in een multimodaal kader, daar uitsluitend de rechter ten gronde daarover kon oordelen, maar schortte het de tenuitvoerlegging van dat verbod op. Tot het arrest van het Gerecht ten gronde in die zaak, op 28 februari 2002, bleef het bij de TAA-beschikking uitgesproken verbod van die overeenkomst dus bestaan, maar was enkel de tenuitvoerlegging ervan opgeschort.
- 445 Daar de door de partijen bij de TACA gesloten overeenkomst voor het wezenlijke identiek is met de overeenkomst waarop de beschikking van 10 maart 1995 betrekking had en althans in het begin dezelfde partijen erbij betrokken waren, kon de Commissie in de betwiste verklaring met recht wijzen op het risico dat de

partijen bij de TACA liepen, wegens het sluiten van die overeenkomst te worden beboet. Wat de verwijzing in die verklaring naar de hoogte van de geldboeten betreft, kan worden volstaan met op te merken, dat de Commissie enkel op het bestaan van een risico wees en niet op een definitieve beslissing desbetreffend. Voorzover het dreigement met hoge geldboeten in bedoelde verklaring zijn weerslag in de beschikking zou hebben gevonden en de daarbij opgelegde boetes excessief zouden zijn, dient het middel van verzoeksters inhoudelijk te worden beoordeeld bij de toetsing van de hoogte van de geldboeten in het kader van de uitoefening door het Gerecht van zijn volledige rechtsmacht.

446 Vervolgens gewagen verzoeksters van verklaringen van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, de heer Van Miert, op de dag van verzending van de mededeling van punten van bezwaar, 21 juni 1995. Daarbij werden de partijen bij de TACA in kennis gesteld van het voornemen van de Commissie de boete-immuniteit op te heffen met betrekking tot de overeenkomst tussen de TACA-leden inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader.

447 Het is juist, dat de heer Van Miert in die verklaringen te kennen gaf, dat de beoogde beschikking „een duidelijk en niet mis te verstaan signaal [moet zijn] dat de TACA-overeenkomst voor de Commissie onaanvaardbaar is”, en dat hoe langer een oplossing voor de door de Commissie gesignaleerde problemen op zich liet wachten, „hoe hoger de geldboeten [zouden] zijn”.

448 Met deze verklaringen is de heer Van Miert echter niet vooruitgelopen op de definitieve beslissing van de Commissie over de aan de partijen bij de TACA op te leggen geldboeten, maar heeft hij terecht enkel gewezen op de rechtsgevolgen van een beschikking inzake opheffing van de boete-immuniteit.

- 449 Met de onderhavige immunitetsbeschikking beoogde de Commissie immers niet, de partijen bij de TACA geldboeten op te leggen of zichzelf te committeren tot het vaststellen van een beschikking in die zin, maar wilde zij die mogelijkheid ondanks de door de partijen bij de TACA verrichte aanmelding zekerheidshalve openhouden, voor het geval verzoeksters boete-immuniteit zouden genieten voor onder verordening nr. 1017/68 vallende overeenkomsten. De beschikking van de Commissie was dus voornamelijk ingegeven door de zorg, dat de opeenvolgende aanmeldingen door verzoeksters haar de mogelijkheid zouden ontnemen geldboeten op te leggen voor het verleden, in het geval zij zou menen vrijstelling voor een van de gewijzigde versies van de TACA te kunnen verlenen.
- 450 Aangezien volgens artikel 22, lid 2, van verordening nr. 1017/68 de hoogte van de geldboete onder meer van de duur van de inbreuk afhangt, heeft de Commissie de partijen bij de TACA terecht te verstaan gegeven, dat ieder uitstel bij het vinden van een oplossing voor de door haar gesignaleerde problemen tot hogere geldboeten zou leiden.
- 451 Waar verordening nr. 1017/68 niet voorziet in boete-immuniteit met betrekking tot binnen haar werkingssfeer vallende overeenkomsten en het gemeenschapsrecht geen algemeen beginsel kent volgens hetwelk de aanmelding van een overeenkomst de aanmeldende onderneming ook dan immuniteit voor geldboeten verleent wanneer er geen bepaling is die uitdrukkelijk in een dergelijke immuniteit voorziet (arrest *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 44 supra, punten 48 en 53), kon de onderhavige immunitetsbeschikking geen enkel gevolg hebben voor de rechtssituatie van de partijen bij de TACA. Want of de Commissie nu een dergelijke beschikking geeft of niet, zij heeft hoe dan ook steeds de bevoegdheid geldboeten op te leggen, ondanks het feit dat de partijen bij de TACA de overeenkomst inzake de collectieve bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader hebben aangemeld.
- 452 Om deze redenen moeten de argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.

- 453 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de Commissie blijkens diverse artikelen en persberichten de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op bepaalde praktijken van de TACA als een middel beschouwde om de boete-immuniteit die zij op grond van artikel 85 van het Verdrag genoten, te omzeilen.
- 454 Ofschoon in de diverse artikelen en persberichten waarnaar verzoeksters verwijzen, inderdaad wordt gesproken over het eventuele voornemen van de Commissie de partijen bij de TACA geldboeten op te leggen in verband met de met het oog op een individuele vrijstelling ingevolge artikel 85, lid 3, van het Verdrag aangemelde overeenkomsten, kan daar niet uit worden afgeleid, dat de Commissie artikel 86 van het Verdrag op bepaalde praktijken van de TACA heeft toegepast uitsluitend met het doel de boete-immuniteit die de leden krachtens artikel 85 van het Verdrag genoten, te omzeilen. Daar verzoeksters niets concreets voor hun stelling aanvoeren, moet worden vastgesteld, dat zij de feiten waarop zij hun middel op dit punt baseren, niet hebben bewezen.
- 455 Maar zelfs indien het gestelde oogmerk uit de diverse door verzoeksters genoemde artikelen en berichten kon worden afgeleid, kan worden volstaan met vast te stellen dat de vraag of de Commissie gerechtigd was geldboeten ter zake van inbreuk op artikel 86 van het Verdrag op te leggen aan ondernemingen die een overeenkomst met het oog op een individuele vrijstelling ingevolge artikel 85, lid 3, van het Verdrag hadden aangemeld, de gegrondheid van de bestreden beschikking betreft, zowel op het punt van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag als op het punt van de op grond daarvan opgelegde geldboeten. De stelling van verzoeksters berust immers op de premisse, dat wie inbreuk maakt op artikel 86, geen boete-immuniteit geniet. Indien deze premisse, die verzoeksters in het kader van hun middelen inzake de geldboeten overigens betwisten, onjuist is, kan het probleem van het omzeilen van de immuniteit zich niet voordoen, omdat het bestaan van immuniteit op grond van artikel 86 van het Verdrag dan het opleggen van geldboeten ter zake van een inbreuk op dat artikel belet. Indien de premisse daarentegen juist is, hangt de vraag of de Commissie geldboeten mocht opleggen, uitsluitend af van het bestaan van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, welke inbreuk door verzoeksters in het kader van hun middelen inzake de toepassing van die bepaling wordt betwist. Immers, ofwel wordt de inbreuk op artikel 86 van het Verdrag naar de eis van het recht

bewezen, in welk geval de Commissie geldboeten mocht opleggen, ofwel wordt die inbreuk niet naar de eis van het recht bewezen, en dan moeten de uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag opgelegde geldboeten alleen al om die reden nietig worden verklaard. De bewering inzake het omzeilen van de immuniteit ingevolge artikel 85 van het Verdrag is dus volstrekt belangeloos.

456 Mitsdien moeten de argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.

B — De beoordeling van de relevante feiten, bewijzen en vragen

1. Argumenten van partijen

457 Verzoeksters verwijten de Commissie in de eerste plaats, voor verscheidene feitelijke en juridische vaststellingen in de bestreden beschikking te zijn uitgegaan van speculaties, onderstellingen en vermoedens, en niet van bewijzen of analyses. Zij merken op, dat in de bestreden beschikking 47 keer de term „waarschijnlijk” of „onwaarschijnlijk” wordt gebruikt, bij het onderzoek van de relevante markt (punten 66 en 67 van de considerans), de interne mededinging (punt 193 van de considerans), de externe mededinging (punten 249, 252 en 258 van de considerans), de potentiële mededinging (punt 290 van de considerans), de inhoud van dienstencontracten (punten 490 en 494 van de considerans), de beloning van makelaars en expediteurs (punt 510 van de considerans) en de machtspositie (punten 540 en 541 van de considerans). Volgens verzoeksters is geen van deze passages van de bestreden beschikking op enig bewijs gebaseerd. Ook al kan het onder bepaalde omstandigheden voor de Commissie legitiem zijn de relevante aspecten tegen elkaar af te wegen en dienovereenkomstig te beslissen, in de in het verzoekschrift genoemde voorbeelden, aldus verzoeksters, is geen enkele aanwijzing voor een dergelijke afweging te vinden.

- 458 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat uit het feit dat de Commissie hun bewijzen en argumenten van de hand heeft gewezen, blijkt dat zij zich op deze zaak heeft geworpen zonder de bereidheid voor bewijzen open te staan (conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn bij arrest van 21 februari 1984, Hasselblad/Commissie, 86/82, Jurispr. blz. 883, 913).
- 459 Tot staving van dit middel halen verzoeksters een aantal voorbeelden uit de bestreden beschikking aan. (1) Wat het onderzoek van de interne mededinging betreft (punten 201 en 202 van de considerans), menen verzoeksters, dat de opmerking dat „[h]et simpele feit dat er andere prijzen bestaan dan die welke in de tarieflijst zijn opgenomen, [...] niet als bewijs [kan] dienen van het bestaan of de afwezigheid van concurrentie”, aantoont dat de Commissie niet bereid was bewijzen van het bestaan van prijsconcurrentie te aanvaarden. (2) Wat de concurrentie met andere middelen dan prijzen betreft (punten 242 en 522 van de considerans), verwijten verzoeksters de Commissie geen verklaring te hebben gegeven van haar afwijzing van de door verzoeksters overgelegde bewijzen. (3) Met betrekking tot de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde (punten 280-282 van de considerans) zeggen verzoeksters, dat de Commissie is uitgegaan van een vermoeden dat de door hen verstrekte bewijzen ongeldig zijn, omdat volgens de Commissie „de conclusies van het Dynamar-verslag gekleurd zijn door de aan de deskundige gegeven instructies”. Verzoeksters merken op, dat de Commissie in haar verweerschrift geen poging doet de redenen van haar achterdocht ten opzichte van het Dynamar-verslag toe te lichten aan de hand van de briefwisseling tussen verzoeksters en Dynamar over de voorbereiding van dat verslag, ofschoon deze briefwisseling bij het verzoekschrift is gevoegd. (4) Wat de beweringen met betrekking tot de prijzen betreft (punten 308, 325, 543 en 589 van de considerans), verwijten verzoeksters de Commissie, in de bestreden beschikking een nieuwe analyse van de tarieven van de dienstencontracten te hebben opgenomen zonder te refereren aan de beschuldigingen in de mededeling van punten van bezwaar en zonder de argumenten te weerleggen die verzoeksters in hun antwoord op die mededeling hadden aangevoerd. In het bijzonder gaat de bestreden beschikking voorbij aan de vraag, of de vaststellingen van de Commissie zelf (te weten, dat in de periode van 1993 tot 1997 de zeevrachttarieven met 8 % zijn gestegen en de inlandtarieven in de Gemeenschap met 4 % zijn gedaald, de inflatie buiten beschouwing gelaten) overeen zijn te brengen met de vaststelling van een machtspositie. Het gebrek aan vertrouwen van de Commissie in haar eigen analyse blijkt uit haar beschrijving van de bestreden beschikking in het verslag over het mededingingsbeleid in 1998 (XXVIIIe Verslag betreffende het mededingingsbeleid — 1998, punt 107), waarin de Commissie niet naar haar eigen prijsanalyse verwijst, maar naar de onjuist gebleken beweringen van de klagers. (5) Wat de dienstencontracten met dubbele prijs-

structuur betreft, beklagen verzoeksters zich erover, dat de Commissie hun niet om informatie heeft gevraagd over de bewering, dat het initiatief tot dat soort contracten van de betrokken verladers afkomstig was. Waar het ging om een voor het verwijt van misbruik centraal punt, had de Commissie de bewijslast niet bij verzoeksters mogen laten liggen. (6) Wat ten slotte de historische schets van de conference-overeenkomsten betreft (punten 469-471 van de considerans), merken verzoeksters op, dat de Commissie slechts één van de door hen aangevoerde gegevens heeft gebruikt en alle andere onbesproken heeft gelaten. Pas in haar verweerschrift, en niet al in de bestreden beschikking, probeert de Commissie de totale afwijzing van die gegevens te verklaren.

- 460 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie, in de bestreden beschikking geen rekening te hebben gehouden met bepaalde feitelijke gegevens van na de mededeling van punten van bezwaar, ofschoon deze de onjuistheid aantonen van beweringen die essentieel waren voor de redenering van de Commissie bij de opstelling van die mededeling. In het bijzonder heeft de Commissie in de beschikking (punten 296, 562, 566 en 567 van de considerans) de bewering van de mededeling van punten van bezwaar (punten 108, 113, 229, 235 en 236) staande gehouden, dat verzoeksters geen sterke potentiële concurrentie te duchten hebben, ofschoon in de loop van de administratieve procedure de maatschappijen China Ocean Shipping Co. (hierna „Cosco”), Yangming, K Line (in februari 1997) en Norasia Line (in juni 1998) zich als zelfstandige ondernemers op de transatlantische vervoermarkt hebben begeven, terwijl NOL in mei 1998 de TACA heeft verlaten om onder de naam APL nieuwe activiteiten te ontplooiën. De Commissie echter baseert haar conclusies inzake een onrechtmatige wijziging van de marktstructuur op de bewering, dat potentiële concurrenten zijn gestimuleerd tot de TACA toe te treden.
- 461 De Commissie concludeert tot afwijzing van de argumenten van verzoeksters op dit punt.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 462 Met deze middelen verwijten verzoeksters de Commissie, in de eerste plaats, verscheidene feitelijke en juridische vaststellingen in de bestreden beschikking te

hebben gebaseerd op speculaties, onderstellingen en vermoedens in plaats van op bewijzen of analyses; in de tweede plaats, hun bewijzen en argumenten te hebben afgewezen zonder er serieus op in te gaan; in de derde plaats, in de bestreden beschikking geen rekening te hebben gehouden met bepaalde feitelijke gegevens van na de mededeling van punten van bezwaar, ofschoon deze de onjuistheid aantonen van beweringen die essentieel waren voor de redenering van de Commissie bij de opstelling van die mededeling.

- 463 Kort samengevat verwijten verzoeksters de Commissie dus een gebrek aan objectiviteit bij het onderzoek van de voor de onderhavige zaak relevante feiten, bewijzen en vragen.
- 464 Ook indien bewezen, vormt het beweerd gebrek aan objectiviteit van de Commissie op die verschillende punten geen schending van de rechten van de verdediging, die tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden. Het moet integendeel worden onderzocht in het kader van het toezicht op de beoordeling van de bewijsmiddelen of de redengeving van de beschikking (in die zin, arrest van 25 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, reeds aangehaald in punt 188 supra, punt 72).
- 465 De meeste klachten van verzoeksters komen erop neer, dat zij het ontbreken van voldoende bewijs voor de beweringen van de Commissie aan de kaak stellen. Dat is het geval met de klacht over het 47 keer gebruiken van de term „waarschijnlijk” („likely”) of „onwaarschijnlijk” („unlikely”) in de beschikking, het feit dat de Commissie de bewijzen voor de prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA niet heeft willen aanvaarden, dat zij de conclusies van het Dynamar-verslag niet in aanmerking heeft genomen, dat zij in de bestreden beschikking een nieuwe analyse van de dienstencontracten heeft gemaakt zonder nog te refereren aan wat zij in de mededeling van punten van bezwaar had gesteld, dat zij verzoeksters geen vragen heeft gesteld over het feit dat de verladers om dienstencontracten met dubbele prijsstructuur hadden gevraagd, dat zij slechts een van de door verzoeksters voorgelegde gegevens over de historische achtergrond van de conferences heeft gebruikt om te bepalen wat de bedoeling van de

wetgever met de dienstencontracten was geweest, en dat het recente verschijnen van nieuwkomers in het transatlantisch vaargebied de beweringen van de Commissie inzake het ontbreken van potentiële concurrentie weerlegt.

- 466 Met de klachten dat de Commissie niet heeft uiteengezet, waarom zij de bewijzen voor het bestaan van prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA en de door deze voorgelegde historische gegevens betreffende de conferences terzijde heeft gelegd, betwisten verzoeksters in wezen de redengeving van de bestreden beschikking op die punten.
- 467 Om deze redenen zijn de argumenten van verzoeksters irrelevant voor de hier besproken middelen, die aan schending van de rechten van de verdediging zijn ontleend, en moeten zij derhalve worden afgewezen.

C — De beoordeling van de geldboeten

1. Argumenten van partijen

- 468 Verzoeksters stellen, dat uit de gebeurtenissen rond de vaststelling van de geldboeten een gebrek aan objectiviteit van de Commissie blijkt. Zij verwijzen hiervoor naar artikelen in de pers, volgens welke er binnen de Commissie en bij sommige lidstaten verzet bestond tegen de door het directoraat-generaal („DG”) Concurrentie voorgestelde bedrag van de geldboeten. Verzoeksters maken voorts gewag van de opmerkingen van een verlader, die van mening was dat de geldboeten excessief waren. Zij zeggen niet te weten of — en zo ja, in welke mate — een en ander door de Commissie vóór de vaststelling van de bestreden beschikking in aanmerking is genomen.

469 De Commissie concludeert tot afwijzing van de argumenten van verzoeksters op dit punt.

2. Beoordeling door het Gerecht

470 Kort samengevat stellen verzoeksters in dit middel, dat uit de gebeurtenissen rond de oplegging van geldboeten aan de partijen bij de TACA een gebrek aan objectiviteit van de Commissie blijkt.

471 Met betrekking tot het beweerde verzet van de Commissie tegen de door het DG Concurrentie voorgestelde geldboeten zij opgemerkt, dat zelfs indien het DG Concurrentie de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid had geschonden, de bestreden beschikking niet door dat DG, maar door het college van leden van de Commissie is vastgesteld (in die zin, arrest ABB Asea Brown Boveri/Commissie, reeds aangehaald in punt 404 supra, punt 104).

472 Wat vervolgens het verzet van bepaalde lidstaten tegen het door het DG Concurrentie voorgestelde bedrag van de geldboeten betreft, zij eraan herinnerd dat krachtens de desbetreffende bepalingen van de verordeningen tot toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag inzake de contacten met de autoriteiten van de lidstaten, de vertegenwoordigers van de lidstaten vóór elke beschikking waarbij geldboeten wegens inbreuk op de mededingingsvoorschriften worden opgelegd, worden geraadpleegd in het kader van het adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities. Nadat de Commissie in het onderhavige geval haar beschikking op basis van de verordeningen nrs. 17, 1017/68 en 4056/86 had vastgesteld, zijn de drie bij die verordeningen ingestelde raadgevende comités geraadpleegd. In dat besluitvormingsproces is het normaal, dat de lidstaten in voorkomend geval uitdrukking geven aan voorbehouden of bezwaren tegen de beslissingen van de Commissie. Daar die raadgevende comités slechts adviezen uitbrengen, maakt de Commissie, wanneer zij daarvan afwijkt, geen inbreuk op het beginsel van goed bestuur.

- 473 Verder is de mening die een verlader ten beste geeft, als zodanig uiteraard zonder belang voor de vraag of het de Commissie aan objectiviteit mankeert. Uit de mening van een derde kan immers niet worden afgeleid, dat de Commissie bevooroordeeld was ten opzichte van verzoeksters. In het door hen aangehaalde artikel uit de pers staat overigens ook, dat volgens een andere verlader de partijen bij de TACA de hun opgelegde geldboete best kunnen betalen, gezien de winsten die zij de laatste vijf jaar hebben behaald.
- 474 En ten slotte, ook indien bewezen, vormt het beweerde gebrek aan objectiviteit van de Commissie of van het DG Concurrentie bij de beoordeling van de hoogte van de geldboeten geen schending van de rechten van de verdediging, die tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden. Het moet integendeel worden onderzocht in het kader van het toezicht op de beoordeling van de hoogte van de geldboeten en zal derhalve worden behandeld bij het onderzoek van de middelen desbetreffend (in die zin, arrest van 25 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, reeds aangehaald in punt 188 supra, punt 72).
- 475 Mitsdien moet het derde middel inzake de beoordeling van de geldboeten in zijn geheel worden afgewezen.

D — Conclusie betreffende het derde onderdeel

- 476 Uit het voorgaande volgt, dat het derde onderdeel van de hier besproken groep van middelen in zijn geheel moet worden afgewezen.

Conclusie betreffende de middelen ontleend aan schending van de rechten van de verdediging

- 477 Na al het voorgaande moet het eerste onderdeel van de hier besproken groep van aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, betreffende het recht te worden gehoord, in zoverre gegrond worden verklaard als verzoeksters de Commissie verwijten het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik te hebben gebaseerd op vier stukken waarover zij geen gelegenheid hebben gehad hun opmerkingen kenbaar te maken. De aan deze schending te verbinden consequenties voor de wettigheid van de beschikking hangen echter af van het onderzoek ten gronde van de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot het tweede misbruik, welke het voorwerp zijn van de middelen die verzoeksters aan schending van artikel 86 van het Verdrag ontleen.
- 478 Voor het overige dient het eerste onderdeel van de onderhavige groep van middelen te worden afgewezen. Voorts dienen het tweede en het derde onderdeel van deze groep van aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, betreffende schending van het recht op toegang tot het dossier respectievelijk schending van de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid, in hun geheel te worden afgewezen.

II — Middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt

- 479 De middelen van verzoeksters in dit kader kunnen in wezen in drie onderdelen worden samengevat. Het eerste onderdeel betreft de beoordelingen in de bestreden beschikking van de overeenkomst inzake de bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten. Het tweede onderdeel betreft de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor dienstencontracten. Het derde onderdeel betreft de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor de beloning van makelaars en expediteurs.

Eerste onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de overeenkomst inzake de bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten

- 480 In de middelen van dit eerste onderdeel stellen verzoeksters in de eerste plaats, dat het verbod, in artikel 1 van de bestreden beschikking, van de overeenkomst tussen de partijen bij de TACA inzake de bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten die op het grondgebied van de Gemeenschap aan verladers worden aangeboden in combinatie met andere diensten als onderdeel van het multimodale vervoer van gecontaineriseerde lading tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten van Amerika, onverenigbaar is met de beschikking van 10 maart 1995, Atlantic Container e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 29 supra. In de tweede plaats stellen zij, dat de in geding zijnde overeenkomst dankzij de samenwerkingsovereenkomsten die zij hebben gesloten om de dienstverlening aan de verladers in het inlandvervoer te verbeteren, te weten de EIEIA en het „hub-and-spoke”-systeem, aan de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden voor een individuele vrijstelling voldoet.
- 481 Op een desbetreffende vraag van het Gerecht ter terechtzitting hebben verzoeksters evenwel verklaard, dat zij, met name gelet op het arrest FEFC (reeds aangehaald in punt 196 supra) en beschikking 2003/68/EG van de Commissie van 14 november 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/37.396/D2 — Herziene TACA) (PB 2003, L 26, blz. 53), de in dit onderdeel aangevoerde middelen niet handhaven.
- 482 Bijgevolg hoeft niet meer te worden beslist over het eerste onderdeel van de middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt.

Tweede onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor dienstencontracten

483 De middelen van verzoeksters in dit tweede onderdeel behoren in wezen tot twee verschillende categorieën. Die van de eerste categorie klagen erover, dat de Commissie verzoeksters bij artikel 3 van de bestreden beschikking verbiedt gezamenlijk binnen de conference conference-dienstencontracten met verladers te sluiten volgens de in de TACA overeengekomen stemprocedures, wat zij in het verzoekschrift de „conference service contract authority” (bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten) noemen. De middelen van de tweede categorie klagen erover, dat de Commissie bij artikel 3 van de bestreden beschikking bepaalde regels van de TACA met betrekking tot dienstencontracten verbiedt.

A — De bevoegdheid van de partijen bij de TACA om conference-dienstencontracten te sluiten

484 Met betrekking tot de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten voeren verzoeksters in wezen twee middelen aan. In het eerste middel stellen zij, dat de Commissie in de bestreden beschikking ten onrechte heeft geoordeeld dat die bevoegdheid niet onder de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 kan vallen, ofschoon zij tot de traditionele conferencepraktijken behoort en verenigbaar is met het begrip eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86. In het tweede middel verwijten verzoeksters de Commissie, niet met toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag positief te hebben beslist op hun verzoek om een individuele vrijstelling voor genoemde bevoegdheid.

1. Toepassing van de groepsvrijstelling bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 4056/86

a) Argumenten van partijen

- 485 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat anders dan de Commissie in de bestreden beschikking beweert (punt 464 van de considerans), de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten een traditionele praktijk van conferences is, die verenigbaar is met het begrip eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven en derhalve onder de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 valt. Aangezien de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten een door de groepsvrijstelling gedekte praktijk is, dient volgens verzoeksters de regeling van de voorwaarden waaronder de conference-leden die bevoegdheid uitoefenen, eveneens in aanmerking te komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 4056/86. Verzoeksters preciseren nog, dat de Commissie in de TAA-beschikking niet over de toepassing van de groepsvrijstelling op gemeenschappelijke dienstencontracten heeft gesproken.
- 486 Verzoeksters wijzen erop dat de contractuele regelingen tussen verladers en conferences over het vervoer van goederen gedurende een bepaalde periode tegen een ander tarief dan het conferencetarief een traditionele praktijk van conferences is en dat de term dienstencontract („service contract”) al in 1961 door de US Federal Maritime Board werd gebruikt.
- 487 Verzoeksters zeggen de details van die conference-dienstencontracten in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar te hebben vermeld (tweede deel, punten 164-181), en beschrijven in hun verzoekschrift de traditionele conferencepraktijken. Een en ander toont volgens hen de onjuistheid aan van het argument van de Commissie, dat dienstencontracten pas na de inwerkingtreding van de US Shipping Act zijn ingevoerd en geen traditionele conferencepraktijk vormen.

- 488 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten, anders dan in punt 462 van de considerans van de beschikking wordt verklaard, verenigbaar is met het bestaan van eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven in de zin van verordening nr. 4056/86.
- 489 Uit verordening nr. 4056/86 blijkt, ofwel dat het begrip eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven ruim genoeg is om getrouwheidsregelingen, TVR's en zelfstandige acties te omvatten, ofwel dat deze verordening de conferenceleden toestaat om met de verladers verscheidene additionele prijsvereenkomsten te sluiten, zoals getrouwheidsregelingen, TVR's en zelfstandige acties.
- 490 De Commissie hanteert volgens verzoeksters geen coherente uitlegging van het begrip eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven. Zij gaat uit van een enge opvatting van de termen „eenvormig of gemeenschappelijk” om de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten ervan uit te sluiten, en brengt een kunstmatig onderscheid aan tussen dienstencontracten enerzijds en getrouwheidsregelingen, TVR's en zelfstandige acties anderzijds.
- 491 In de bestreden beschikking wordt voorts niet duidelijk gemaakt, of de diensten die in het kader van getrouwheidsregelingen, TVR's, zelfstandige acties en individuele dienstencontracten worden verricht, diensten zijn „die grondig verschillen van die welke normalerwijs worden aangeboden aan verladers die de conferencetarieven betalen”, in de zin van punt 450 van de considerans van de beschikking.
- 492 De Commissie, aldus verzoeksters, accepteert dat de conferenceleden onder bepaalde omstandigheden van de conferencetarieven afwijken, maar weet dit standpunt vervolgens niet overeen te brengen met haar definitie van eenvormige of gemeenschappelijke tarieven. In het bijzonder legt zij niet uit, of de diensten die in het kader van getrouwheidsregelingen, TVR's, zelfstandige acties en individu-

ele dienstencontracten worden verricht, diensten zijn „die grondig verschillen van die welke normalerwijs worden aangeboden aan verladers die de conferencetarieven betalen”.

493 Uit de bestreden beschikking wordt ook niet duidelijk, of diensten die verricht worden in het kader van individuele dienstencontracten — welke volgens de Commissie door de conferences moeten worden goedgekeurd —, „grondig verschillen” (of zouden moeten verschillen) „van die welke normalerwijs worden aangeboden aan verladers die de conferencetarieven betalen”. Zo ja, dan maakt de beschikking niet duidelijk waarom dat met diensten in het kader van conference-dienstencontracten niet het geval is. Als daarentegen diensten in het kader van individuele dienstencontracten niet van het in punt 450 van de considerans bedoelde type zijn, maakt de beschikking niet duidelijk, in hoeverre individuele dienstencontracten verenigbaar zijn met het begrip eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven zoals opgevat door de Commissie.

494 De Commissie, hierin bijgevallen door de ECTU, zegt niet goed te begrijpen wat verzoeksters met „conference service contract authority” bedoelen. Voor het geval dat verzoeksters ermee willen zeggen, dat de leden van de conference gezamenlijk dienstencontracten met de verladers kunnen sluiten, wijst de Commissie erop, dat die mogelijkheid op zich in de bestreden beschikking niet als een beperking van de mededinging wordt beschouwd. Het door verzoeksters gestelde probleem bestaat dus niet.

b) Beoordeling door het Gerecht

495 Kort samengevat stellen verzoeksters, dat in de bestreden beschikking ten onrechte wordt vastgesteld dat de bevoegdheid van de partijen bij de TACA om

gezamenlijk binnen de conference conference-dienstencontracten te sluiten volgens de in de TACA omschreven stemprocedures, niet onder de groepsvrijstelling bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 valt.

496 Alvorens deze vraag te onderzoeken, moet worden nagegaan of in de bestreden beschikking wordt vastgesteld, dat die bevoegdheid op zich een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormt.

497 In punt 449 van de considerans van de beschikking zegt de Commissie, dat de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 „[...] gezamenlijke dienstencontracten [niet toestaat]”. In haar verweerschrift erkent de Commissie, dat met „gezamenlijke dienstencontracten” in de beschikking zowel conference-dienstencontracten als door meer vervoerders tezamen gesloten individuele dienstencontracten worden bedoeld.

498 Aan verzoeksters moet worden toegegeven, dat uit punt 449 van de considerans van de beschikking zou kunnen worden afgeleid, dat naar het oordeel van de Commissie het enkele feit dat een lijnvaartconference conference-dienstencontracten sluit, een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormt, die niet door de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 wordt gedekt en die derhalve, zonder individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, onder het verbod van lid 1 van dit artikel valt. Dit geldt temeer, nu het sluiten van conference-dienstencontracten in wezen neerkomt op het sluiten van een horizontale prijsvaststellingsovereenkomst. Nog ervan afgezien dat dergelijke overeenkomsten uitdrukkelijk door artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag worden verboden, vormen zij een flagrante inbreuk op het communautaire mededingingsrecht (arresten Gerecht van 10 maart 1992, Montedipe/Commissie, T-14/89, Jurispr. blz. II-1155, punt 265, en 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 109), ook in de binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4056/86 vallende sector van het zeevervoer (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 427 supra, punten 100 en 210).

- 499 De juiste strekking van de bestreden beschikking op dit punt moet echter worden bepaald aan de hand van het dispositief ervan en de overwegingen waarop dit steunt (arrest Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 31).
- 500 In artikel 3 van het dispositief van de beschikking stelt de Commissie vast, dat de partijen bij de TACA inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag „door onderling de voorwaarden vast te stellen waarop zij met verladers dienstencontracten mogen afsluiten”. In de redengeving van de beschikking (punten 379, sub c, en 607, sub b van de considerans) verklaart de Commissie in gelijke bewoordingen, dat het „de overeenkomst tussen de partijen bij de TACA betreffende de voorwaarden waaronder zij met verladers dienstencontracten mogen afsluiten” is die ertoe strekt of tot gevolg heeft, dat de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 501 In de eerste plaats blijkt uit de punten 477 tot en met 501 van de considerans van de beschikking, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op de regels van de TACA inzake dienstencontracten, dat de enige „voorwaarden” die de Commissie heeft onderzocht, enerzijds het in 1994 en 1995 bestaande verbod op het sluiten van individuele dienstencontracten is, en anderzijds de beperkingen op de beschikbaarheid en de inhoud van dienstencontracten, dat wil zeggen, volgens de punten 489 tot en met 501 van de considerans van de beschikking, het verbod van voorwaardelijke bedingen, het verbod van contracten met een looptijd van meer dan één jaar (later verlengd tot twee en vervolgens tot drie jaar), het verbod van meervoudige contracten, de strafbedingen, de vertrouwelijkheid van dienstencontracten en het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten. Aan het eind van haar analyse concludeert de Commissie in punt 502 van de considerans van de beschikking, dat voor die voorwaarden geen individuele vrijstelling ingevolge artikel 85, lid 3, van het Verdrag kan worden verleend. Ook in punt 149 van de considerans van de beschikking noemt de Commissie als beperkingen die de partijen bij de TACA opleggen met betrekking tot de inhoud van dienstencontracten en de omstandigheden waaronder zij mogen worden gesloten, onder meer de „beperking van de looptijd, verbod van ‚contingency clauses’ en

meervoudige contracten, verplichtingen inzake niet-geheimhouding, overeenstemming met betrekking tot de hoogte van boeten in geval van niet-nakoming van het contract”.

502 Het feit dat de conference-dienstencontracten gezamenlijk binnen de conference volgens de door deze geregelde stemprocedures worden gesloten, wordt daarentegen niet vermeld bij de in de punten 477 tot en met 501 van de considerans van de beschikking genoemde voorwaarden, hoewel de bepalingen van de TACA die de procedures voor de sluiting van conference-dienstencontracten regelen, juist zoals de meeste van de in genoemde punten van de beschikking vermelde voorwaarden zijn aangemeld met het oog op een individuele ontheffing overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

503 In de tweede plaats preciseert de Commissie bij het onderzoek inzake de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op dienstencontracten in punt 445 van de considerans van de beschikking uitdrukkelijk, dat de door die bepaling verboden „gezamenlijke dienstencontracten” van hetzelfde type zijn als die „welke door de partijen bij de TACA zijn gesloten”. Na er in punt 442 van de considerans aan te hebben herinnerd, dat de partijen bij de TACA in 1994 en 1995 de sluiting van individuele dienstencontracten hadden verboden, zegt de Commissie in punt 443 van de considerans, dat „gezamenlijke dienstencontracten die door twee of meer vervoerders worden gesloten, [...] de mededinging [kunnen] beperken, onder andere wanneer er tussen deze vervoerders een uitdrukkelijke of impliciete afspraak zou bestaan om met de betrokken verlader geen individueel dienstencontract te sluiten”.

504 In een dergelijk geval, zo meent de Commissie in punt 445 van de considerans, „[hebben g]ezamenlijke dienstencontracten [...] veeleer tot doel [...] de mededinging te beperken op het gebied van prijzen en andere voorwaarden tussen concurrenten die dezelfde dienst aanbieden, dan een nieuwe dienstverlening aan de verladers aan te bieden”. Daarbij wijst zij er in het bijzonder op (punt 446 van de considerans), dat „[v]oorzover de geleverde dienst door een individuele rederij kan worden aangeboden, [...] de vervoerders, bij ontstentenis van gezamenlijke dienstencontracten, bijkomende diensten [zouden] kunnen aanbieden, zoals een

langere inzetbaarheid, betere kredietmogelijkheden en gratis documentatie over of kortingen op diensten die in de andere vaargebieden worden aangeboden”. In punt 445 van de considerans stelt de Commissie evenwel vast, dat „de TACA-partijen [...] niet [hebben] aangetoond dat gezamenlijke dienstencontracten bijkomende voordelen voor de verladers opleveren in vergelijking met de diensten die de lijnvaartmaatschappijen elk afzonderlijk zouden kunnen bieden”. Integendeel, in de punten 127 en 128 en 145 tot en met 148 van de considerans, in het feitelijk deel van de beschikking, waarin de tussen de partijen bij de TACA gesloten conference-dienstencontracten worden beschreven, blijft de Commissie lang stilstaan bij de gevolgen van het in 1994 en 1995 door de TACA opgelegde verbod om individuele dienstencontracten te sluiten, en beklemtoont zij in het bijzonder het feit dat de door de TACA gesloten conference-dienstencontracten weinig geïndividualiseerde diensten boden, heel anders dan in de situatie vóór de inwerkingtreding van de TAA/TACA, toen individuele dienstencontracten wel mogelijk waren.

505 Leest men de punten 442 tot en met 446 van de considerans van de bestreden beschikking in hun onderlinge samenhang, dan blijkt dat de Commissie van oordeel is, dat het feit dat de partijen bij de TACA gezamenlijk binnen de conference conference-dienstencontracten sluiten volgens de in de TACA geregelde stemprocedures, de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitsluitend beperkte in zoverre als het dezelfde partijen verboden was individuele dienstencontracten te sluiten, wat betekende dat zij enkel conference-dienstencontracten konden sluiten, terwijl individuele dienstencontracten volstrekt waren uitgesloten.

506 Gelet op de bewoordingen van artikel 3 van het dispositief van de bestreden beschikking, uitgelegd in het licht van de redengeving in de punten 442 tot en met 502 van de considerans, moet bijgevolg worden vastgesteld, dat wanneer in punt 449 van de considerans van de beschikking wordt gezegd dat „gezamenlijke dienstencontracten” niet door de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 worden gedekt en dat zij derhalve, zonder individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, onder het verbod van lid 1 van dit artikel vallen, hiermee uitsluitend wordt bedoeld op het aan de partijen bij de TACA opgelegde verbod om individuele dienstencontracten te sluiten.

507 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet van oordeel is, dat de bevoegdheid van de partijen bij de TACA om gezamenlijk, binnen de conference, conference-dienstencontracten te sluiten volgens de in de TACA geregelde stemprocedures, als zodanig een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is, en dat zij die bevoegdheid bijgevolg niet verbiedt. Zowel in haar verweerschrift en in haar antwoorden op schriftelijke vragen van het Gerecht als ter terechtzitting heeft de Commissie overigens uitdrukkelijk bevestigd, dat de bestreden beschikking de partijen bij de TACA niet verbiedt dergelijke conference-dienstencontracten te sluiten. Bovendien blijkt uit beschikking 2003/68 betreffende de herziene TACA, met name punt 66 van de considerans ervan, dat de partijen bij de TACA na de bestreden beschikking conference-dienstencontracten zijn blijven aanbieden.

508 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat het onderhavige middel zonder voorwerp is.

2. Verlening van individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag

a) Argumenten van partijen

509 Verzoeksters stellen, dat zij in hun vrijstellingsverzoek van 5 juni 1994 om een individuele vrijstelling voor de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten („conference service contract authority”) hebben verzocht. Hoewel die bevoegdheid wordt geacht in strijd te zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en niet door de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bedoelde groepsvrijstelling te worden gedekt, heeft de Commissie de mogelijkheid van een individuele vrijstelling niet overwogen en wordt in artikel 3 van de bestreden beschikking niet over hun verzoek om vrijstelling gesproken.

510 De Commissie, ondersteund door de ECTU, herhaalt dat zij het door verzoeksters gebruikte begrip „conference service contract authority” niet begrijpt, en betoogt dat het middel hoe dan ook ongegrond is.

b) Beoordeling door het Gerecht

511 Op een schriftelijke vraag desbetreffend van het Gerecht hebben verzoeksters te kennen gegeven, dat zij, met name gelet op beschikking 2003/68, het onderhavige middel niet handhaven. Er behoeft derhalve geen uitspraak over te worden gedaan.

B — De TACA-regels inzake dienstencontracten

512 Met de onderhavige middelen betwisten verzoeksters de beoordelingen van de Commissie in de bestreden beschikking met betrekking tot, in de eerste plaats, de regels betreffende de inhoud van conference-dienstencontracten, in de tweede plaats, de regels betreffende de beschikbaarheid en de inhoud van individuele dienstencontracten en, in de derde plaats, het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten.

1. De regels betreffende de inhoud van conference-dienstencontracten

a) Argumenten van partijen

513 Om te beginnen stellen verzoeksters, dat waar de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten door de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86

bedoelde groepsvrijstelling wordt gedekt, de partijen bij de TACA logischerwijs bevoegd zijn regels vast te stellen betreffende de voorwaarden waaronder zij, als conference, conference-dienstencontracten kunnen sluiten. De vaststelling van die regels door de TACA wordt dus eveneens door de groepsvrijstelling gedekt.

- 514 Verzoeksters merken op dat de Commissie deze kwestie in de bestreden beschikking niet behandelt. Bijgevolg vorderen zij nietigverklaring van die beschikking, op grond dat de vaststelling dat de groepsvrijstelling niet op de regels van de conference-dienstencontracten van toepassing is, op de onjuiste conclusie berust, dat de groepsvrijstelling niet geldt voor de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten.
- 515 Vervolgens wijzen verzoeksters erop, dat de Commissie niet onderzoekt, of de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling voldoet. Zonder eerst dat onderzoek te verrichten, kan de Commissie geen individuele vrijstelling weigeren voor de regels van de TACA betreffende de inhoud van conference-dienstencontracten.
- 516 Verzoeksters vorderen derhalve nietigverklaring van de bestreden beschikking, op grond dat de weigering van een individuele vrijstelling voor de TACA-regels inzake dienstencontracten niet met redenen is omkleed.
- 517 De opmerking van de ECTU, dat „men zich in elk geval moeilijk kan voorstellen onder welke omstandigheden een individuele vrijstelling voor gezamenlijke dienstencontracten mogelijk zou zijn”, is volgens verzoeksters geen afspiegeling van het standpunt van de Commissie in haar verweerschrift, dat zij bereid is de leden van lijnvaartconferenties toe te staan gezamenlijke dienstencontracten te sluiten.

518 De Commissie, hierin bijgevallen door de ECTU, verklaart niet te begrijpen wat verzoeksters bedoelen met „conference service contract authority” en met „regels betreffende de conference-dienstencontracten”. Zij concludeert tot afwijzing van het middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

519 Met de onderhavige middelen stellen verzoeksters kort samengevat, zoals zijzelf hebben verklaard op een schriftelijke vraag van het Gerecht over de strekking van hun middelen betreffende schending van artikel 85 van het Verdrag, dat de bevoegdheid van de partijen bij de TACA om gezamenlijk, binnen de conference, conference-dienstencontracten te sluiten volgens de in de TACA geregelde stemprocedures, hun logischerwijs bevoegd maakt de inhoud van die contracten te bepalen. Zij menen echter, dat de bestreden beschikking deze laatste bevoegdheid niet erkent.

520 In het voorgaande is al vastgesteld dat de bestreden beschikking, anders dan verzoeksters betogen, de partijen bij de TACA niet op grond van artikel 85 van het Verdrag verbiedt conference-dienstencontracten te sluiten. Wat echter nog moet worden nagegaan, is of de bestreden beschikking, zoals verzoeksters stellen, hun op grond van dezelfde bepaling verbiedt in het kader van de conference vrijelijk de inhoud van die contracten te bepalen.

521 In artikel 3 van het dispositief van de bestreden beschikking verklaart de Commissie, dat de partijen bij de TACA inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag hebben gemaakt „door onderling de voorwaarden vast te stellen waarop zij met verladers dienstencontracten mogen afsluiten”. Zoals hiervóór vastgesteld, blijkt uit de punten 477 tot en met 501 van de considerans van de beschikking, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op de regels van de TACA inzake dienstencontracten, dat met „voorwaarden” wordt bedoeld, behalve op het in 1994 en 1995 bestaande verbod op het sluiten van

individuele dienstencontracten, op bepaalde beperkingen op de beschikbaarheid en de inhoud van dienstencontracten, dat wil zeggen, volgens de punten 489 tot en met 501 van de considerans van de beschikking, het verbod van voorwaardelijke bedingen, het verbod van contracten met een looptijd van meer dan één jaar (later verlengd tot twee en vervolgens tot drie jaar), het verbod van meervoudige contracten, de strafbedingen, de vertrouwelijkheid van dienstencontracten en het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten.

522 In dit verband wordt in de punten 472 tot en met 502 van de considerans van de beschikking geen onderscheid gemaakt naar gelang de beperkingen gelden voor individuele dan wel voor conference-dienstencontracten. Integendeel, in punt 442 van de considerans van de beschikking wijst de Commissie er in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitdrukkelijk op, dat ondanks de wijzigingen die in die regels werden aangebracht, „alle door de TACA-partijen gesloten dienstencontracten (zij het gezamenlijk of individueel)” onderworpen bleven aan de door de TACA-partijen overeengekomen regels. Voorts kan een van de in de punten 487 tot en met 501 van de considerans genoemde beperkingen, te weten het verbod van zelfstandige acties, naar uit de punten 131 tot en met 139 en 449 van de considerans blijkt, enkel gelden voor conference-dienstencontracten en niet voor individuele contracten. Wanneer bovendien de Commissie in punt 493 van de considerans vaststelt, dat het verbod van meervoudige contracten tot gevolg heeft, dat een partij bij een gezamenlijk dienstencontract geen individueel dienstencontract kan sluiten, heeft zij uitdrukkelijk het oog op een beperking die voor conference-dienstencontracten geldt. Ten slotte zij erop gewezen, dat de punten 472 tot en met 502 van de considerans deel uitmaken van het gedeelte van de beschikking dat de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op de „gezamenlijke” dienstencontracten betreft („XX. Gezamenlijke dienstencontracten — Toepassing van artikel 85, lid 3”).

523 Gelet op genoemde punten van de considerans en in aanmerking genomen dat de term „gezamenlijke dienstencontracten”, naar de Commissie in haar verweerschrift verklaart, ook op conference-dienstencontracten kan slaan, moet verzoeksters worden toegegeven, dat men uit de bestreden beschikking zou kunnen afleiden, dat deze de TACA verbiedt vrijelijk de inhoud van conference-dienstencontracten te bepalen.

- 524 De bestreden beschikking moet echter in haar geheel worden gelezen. Dan stelt men vast, dat waar het gaat om de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op dienstencontracten, de Commissie — na in punt 445 van de considerans te hebben verklaard dat die bepaling van toepassing is op „gezamenlijke dienstencontracten zoals die welke door de partijen bij de TACA zijn gesloten”, waarmee, zoals in punt 506 supra overwogen, op het verbod van individuele dienstencontracten wordt gedoeld — in punt 447 van de considerans zegt, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag eveneens van toepassing is op „de overeenkomst tussen de TACA-partijen ter beperking van de voorwaarden waaronder individuele dienstencontracten kunnen worden gesloten”. Ook in verband met de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag preciseert de Commissie in punt 464 van de considerans, na te hebben vastgesteld dat de groepsvrijstelling bedoeld in verordening nr. 4056/86 niet geldt voor „gezamenlijke dienstencontracten zoals die welke door de partijen bij de TACA zijn gesloten”, dat die groepsvrijstelling bijgevolg evenmin van toepassing is op „beperkingen inzake de beschikbaarheid of de inhoud van individuele dienstencontracten”.
- 525 Volgens de bestreden beschikking vallen de in de punten 487 tot en met 501 van de considerans genoemde beperkingen inzake de inhoud van dienstencontracten derhalve slechts onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag — en wanneer de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet van toepassing is, benodigen zij dus slechts een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag —, voorzover zij invloed hebben op de voorwaarden waaronder individuele dienstencontracten kunnen worden gesloten, doordat zij bepalend zijn hetzij voor de inhoud van die contracten hetzij voor de omstandigheden waaronder deze beschikbaar zijn.
- 526 Wat de inhoud van individuele dienstencontracten betreft, verbiedt de bestreden beschikking blijkens de punten 487 tot en met 501 van de considerans de partijen bij de TACA, in die contracten clausules op te nemen inzake een verbod van voorwaardelijke bedingen, een verbod van contracten met een langere looptijd dan één jaar (nadien verlengd tot twee en vervolgens tot drie jaar) en de hoogte van de contractuele boetes. Wat de beschikbaarheid van individuele dienstencontracten betreft, volgt uit genoemde punten van de considerans, dat de beschikking de partijen bij de TACA verbiedt om op grond van de TACA-regels

inzake dienstencontracten de openbaarmaking van de voorwaarden van individuele dienstencontracten te eisen en, gelet op het verbod van meervoudige contracten en zelfstandige acties, de partijen bij een conference-dienstencontract te beletten individuele dienstencontracten te sluiten en zelfstandige acties ten aanzien van conference-dienstencontracten te ondernemen.

527 Voorzover daarentegen de clausules van de door de partijen bij de TACA gesloten conference-dienstencontracten geen invloed hebben op de inhoud of beschikbaarheid van individuele dienstencontracten, verbiedt de bestreden beschikking, behoudens toepassing van artikel 86 van het Verdrag, genoemde partijen niet, er in het kader van de conference vrijelijk de inhoud van te bepalen, onder meer wat de looptijd van het contract of de hoogte van de contractuele boetes betreft. Het is stellig juist, dat sommige van de in de punten 487 tot en met 501 van de considerans van de beschikking genoemde beperkingen verbindend zijn voor de partijen bij de TACA die conference-dienstencontracten hebben gesloten, maar zoals eerder opgemerkt, zijn die beperkingen niet bepalend voor de inhoud van dergelijke contracten, maar hoogstens indirect voor de voorwaarden waaronder individuele dienstencontracten beschikbaar zijn of waaronder zelfstandige acties zijn toegestaan.

528 Zoals de Commissie zowel in haar memories als in haar antwoorden op schriftelijke vragen van het Gerecht, alsook in haar antwoorden op specifieke vragen desbetreffend ter terechtzitting heeft verklaard, verbiedt de bestreden beschikking de partijen bij de TACA op grond van artikel 85 van het Verdrag dus niet, de inhoud van conference-dienstencontracten vrijelijk te bepalen, net zo min als zij hun op grond van dezelfde bepaling verbiedt dergelijke contracten te sluiten. De Commissie is in de beschikking immers van oordeel, dat de bevoegdheid om conference-dienstencontracten te sluiten, logischerwijs, en behoudens toepassing van artikel 86 van het Verdrag, de bevoegdheid impliceert vrijelijk de inhoud ervan te bepalen.

529 De hier besproken middelen zijn derhalve zonder voorwerp.

2. De regels betreffende de beschikbaarheid en de inhoud van individuele dienstencontracten

a) Argumenten van partijen

530 Verzoeksters stellen dat het standpunt van de Commissie in punt 464 van de considerans van de bestreden beschikking, dat nu „gezamenlijke dienstencontracten zoals die welke de TACA-partijen hebben gesloten” niet onder de groepsvrijstelling vallen, een regeling die beperkingen aan individuele dienstencontracten stelt, evenmin voor een groepsvrijstelling in aanmerking komt, niet met redenen omkleed en onlogisch is. De Commissie legt immers niet uit, waarom de vrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet geldt voor de beperkingen inzake de toegang tot en de inhoud van individuele dienstencontracten.

531 De enige reden die de conclusie van de Commissie lijkt te rechtvaardigen, is dat, nu artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet op de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten van toepassing is, het ook niet van toepassing kan zijn op een regeling die beperkingen aan de inhoud van individuele dienstencontracten stelt. Maar ook indien de groepsvrijstelling niet voor de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten geldt, kunnen de leden van een conference volgens verzoeksters overeenkomen geen individuele contracten te sluiten en beperkingen aan de inhoud van die contracten te stellen.

532 Aangezien de leden van een conference het sluiten van individuele dienstencontracten kunnen verbieden, volgt daar volgens verzoeksters ook uit, dat een verzachting van dat verbod geen onaanvaardbare beperking van de mededinging vormt. De vaststelling dat de groepsvrijstelling niet voor de regels inzake de beschikbaarheid en de inhoud van individuele dienstencontracten geldt, is naar hun mening dan ook gebaseerd op de onjuiste opvatting, dat het verbod van dergelijke contracten niet onder de groepsvrijstelling valt.

533 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt deze middelen voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

534 Met deze middelen betwisten verzoeksters de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de toepassing van de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 op de TACA-regels inzake de beschikbaarheid en inhoud van individuele dienstencontracten.

535 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking in punt 464 van de considerans een onlogische redengeving bevat voor het niet toepasselijk zijn van de groepsvrijstelling op het verbod van individuele dienstencontracten en op de beperkingen inzake de beschikbaarheid en de inhoud van die contracten.

536 In punt 464 van de considerans van de beschikking overweegt de Commissie, dat „gezamenlijke dienstencontracten zoals die welke de TACA-partijen hebben gesloten, [...] geen deel uit[maken] van de traditionele conferencepraktijken waarvoor de groepsvrijstelling werd goedgekeurd, aangezien zij eerst na de tenuitvoerlegging van de ‚US Shipping Act 1984‘ werden ingevoerd. Hieruit volgt dat de groepsvrijstelling evenmin geldt voor beperkingen inzake de beschikbaarheid of de inhoud van individuele dienstencontracten, zodat [door partijen] moet worden aangetoond dat die beperkingen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag [...] voldoen, om voor een individuele ontheffing in aanmerking te kunnen komen.”

537 Erkend moet worden dat, gelijk verzoeksters betogen, de redenering van de Commissie op dit punt iedere logica ontbeert. Immers, de omstandigheid dat de door de TACA gesloten gezamenlijke dienstencontracten geen traditionele

praktijk van de TACA vormen, kan logisch niet rechtvaardigen dat de beperkingen inzake de beschikbaarheid van individuele contracten, daaronder begrepen het volledige verbod ervan in 1994 en 1995, alsmede hun inhoudelijke beperkingen niet onder de groepsvrijstelling vallen.

- 538 Hoewel de redengeving van de beschikking op dit punt dus onjuist is, moet om de redenen in de punten 1381 tot en met 1385 infra uiteengezet in het kader van het onderzoek van de middelen betreffende niet-eerbiediging van de procedure van verordening nr. 4056/86, niettemin worden vastgesteld dat de Commissie in punt 464 van de considerans van de beschikking terecht tot het oordeel is gekomen, dat het verbod van individuele dienstencontracten in 1994 en 1995 en de vanaf 1996 toegepaste beperkingen inzake de beschikbaarheid en inhoud van die contracten niet onder de groepsvrijstelling vallen.
- 539 Dit middel moet bijgevolg worden afgewezen.
- 540 In de tweede plaats stellen verzoeksters dat, nu het verbod van individuele dienstencontracten onder de groepsvrijstelling valt, hetzelfde heeft te gelden voor iedere verzachting van dat verbod.
- 541 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken, dat om de redenen in de punten 1381 tot en met 1385 infra uiteengezet in het kader van het onderzoek van de middelen betreffende niet-eerbiediging van de procedure van verordening nr. 4056/86, het verbod van individuele dienstencontracten niet onder de groepsvrijstelling valt.
- 542 Daar de premisse waarop dit middel is gebaseerd, onjuist is, dient het alleen al daarom te worden afgewezen.

3. Het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten

a) Argumenten van partijen

543 Verzoeksters stellen dat de bestreden beschikking geen enkele motivering bevat van de bewering van de Commissie, dat het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van conference-dienstencontracten niet voor een groepsvrijstelling van verordening nr. 4056/86 of voor een individuele vrijstelling in aanmerking komt.

544 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt dit middel voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

545 Zoals verzoeksters opmerken, wordt in punt 449 van de considerans van de beschikking zonder enige nadere toelichting dienaangaande slechts verklaard, dat de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet geldt voor het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van conference-dienstencontracten.

546 In de punten 451 tot en met 471 van de considerans van de beschikking zet de Commissie evenwel in bijzonderheden uiteen, waarom de groepsvrijstelling niet voor conference-dienstencontracten geldt. Nu de Commissie heeft vastgesteld, dat conference-dienstencontracten niet voor de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 in aanmerking komen, omdat de tarieven

van die contracten niet voor alle verladers gelijk zijn en er dus geen sprake is van eenvormige of gemeenschappelijke tarieven, kan de bijkomende beperking die de naleving van de in de conference-dienstencontracten bepaalde tarieven moet verzekeren door zelfstandige acties ten aanzien van die contracten te verbieden, om dezelfde reden dus evenmin voor een groepsvrijstelling in aanmerking komen.

- 547 Met betrekking tot een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag kan worden volstaan met erop te wijzen, dat volgens punt 500 van de considerans van de beschikking verzoeksters niet duidelijk hebben gemaakt, waarom bedoeld verbod aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling voldeed, terwijl zelfstandige acties in het verleden wel waren toegestaan. Voorts lijkt volgens punt 501 van de considerans van de beschikking het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten niet onmisbaar te zijn, aangezien dergelijke acties ten aanzien van de lijsttarieven wel voorkomen en het verbod geen voordelen voor de gebruikers oplevert.
- 548 Het blijkt dus, dat de bestreden beschikking verzoeksters voldoende aanwijzingen verstrekt om te kunnen bepalen, of zij op het punt van de toepassing van verordening nr. 4056/86 en artikel 85, lid 3, van het Verdrag op het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten gegrond is, dan wel of zij mogelijk een gebrek vertoont op grond waarvan haar geldigheid kan worden betwist (arrest Gerecht van 11 december 1996, Van Megen Sports/Commissie, T-49/95, Jurispr. blz. II-1799, punt 51).
- 549 De bestreden beschikking is op deze punten derhalve naar de eis van het recht met redenen omkleed en het onderhavige, aan een motiveringsgebrek ontleende middel dient bijgevolg te worden afgewezen.

Derde onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor de beloning van makelaars en expediteurs

A — Argumenten van partijen

- 550 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking voorbijgaat aan het juridisch belang van de ontstaansgeschiedenis van de overeenkomsten tussen de conferenceleden over de maximale beloning van makelaars en expediteurs en de manier waarop het Amerikaanse recht die overeenkomsten behandelt, en dat de artikelen 2 en 4 van de beschikking om die reden en wegens het daarmee samenhangende ontbreken van motivering nietig moeten worden verklaard.
- 551 Dienaangaande betogen verzoeksters, dat de Commissie een enge uitlegging van de uitdrukking „het vaststellen van vervoertarieven en -voorwaarden” in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 hanteert en dat zij hier blijk geeft van een andere benadering dan elders, bijvoorbeeld met betrekking tot de dienstencontracten. De regelingen inzake de maximumbeloning van makelaars en expediteurs beantwoorden aan een praktijk die teruggaat tot het begin van de 20e eeuw, niet slechts in de Verenigde Staten, maar ook in andere landen. In de Verenigde Staten kunnen de leden van conferences de bedragen, niveaus en voorwaarden van de beloning van makelaars en expediteurs overeenkomen.
- 552 In de tweede plaats bestaat er volgens verzoeksters een „rechtstreekse en noodzakelijke samenhang” tussen de vrachttarieven en de aan de makelaars en expediteurs betaalde bedragen. De regeling inzake de maximumbeloning van die beroepsgroep is daarom te beschouwen als een noodzakelijk accessoir van de tariefregeling, waarvoor de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 geldt.

- 553 Verzoekster in zaak T-213/98 stelt voorts, dat de Commissie de positie van de makelaar/expediteur en zijn contractuele verhouding tot de vervoerder en diens cliënt (de verlader) niet heeft begrepen. De makelaar/expediteur verleent normalerwijze geen diensten aan de lijnvaartmaatschappij; tussen hem en de lijnvaartmaatschappij bestaat geen overeenkomst tot het verrichten van diensten en de beloning van de makelaar/expediteur is geen betaling voor dergelijke diensten. De beoordeling van de betrokken regeling door de Commissie in het licht van artikel 85, lid 1 en lid 3, van het Verdrag is derhalve onjuist.
- 554 De beschrijving in de bestreden beschikking van de wijze waarop makelaars en expediteurs op de markt opereren, is op een bepaald punt onnauwkeurig. De algemene regel op het Europese vasteland is immers, dat de makelaar/expediteur tegenover zijn cliënt (de verlader) als agent optreedt, maar tegenover de vervoerder als opdrachtgever. De beloning van de makelaar/expediteur is in werkelijkheid dus een vermindering van de vrachtprijs, in de vorm van een korting op het bedrag dat de makelaar/expediteur ingevolge de vervoersovereenkomst aan de vervoerder verschuldigd is. De TACA-regeling inzake de maximumbeloning voor de makelaars en expediteurs op het vasteland van Europa is dus een overeenkomst die tot doel heeft vervoerstarieven en -voorwaarden vast te stellen in de zin van artikel 3 van verordening nr. 4056/86.
- 555 De beoordeling van de Commissie gaat volgens verzoekster echter uit van de gedachte, dat de beloning van de makelaar/expediteur door de leden van de TACA wordt betaald als de prijs van bepaalde diensten die de makelaar/expediteur ten behoeve van de lijnvaartmaatschappij verricht. Die gedachte is onjuist.
- 556 In het Verenigd Koninkrijk en Ierland is de positie van de makelaar/expediteur van geval tot geval verschillend. Hij kan er als agent optreden, in welk geval de vervoersovereenkomst tussen de lijnvaartmaatschappij en de verlader wordt gesloten. In bepaalde omstandigheden kan hijzelf met de lijnvaartmaatschappij contracteren.

557 In elk geval bestaan mutatis mutandis dezelfde analysefouten in de beoordeling van de Commissie inzake de situatie in het Verenigd Koninkrijk en Ierland. In het bijzonder het feit dat in die landen niets aan de makelaar/expediteur wordt betaald, bevestigt dat deze geen aparte diensten ten behoeve van de lijnvaartmaatschappij verricht en dat de enige diensten die hij verleent, verricht worden ten behoeve van zijn cliënt (de verlader), de enige van wie hij een beloning ontvangt. In het Verenigd Koninkrijk en Ierland is de regel die het betalen van een commissie aan de makelaar/expediteur verbiedt, bijgevolg niets anders dan een verbod om korting op de vrachtkosten te geven.

558 In de vierde plaats ten slotte stelt verzoekster in zaak T-213/98 nog, dat de bestreden beschikking op de volgende punten niet voldoende met redenen is omkleed:

- de enige bemiddelingsdiensten die de makelaar/expediteur in de hier bedoelde situatie verleent, zijn die welke hij verricht ten behoeve van zijn cliënt (de verlader), wiens agent hij is;

- de beschikking bevat geen beschrijving van de diensten die de makelaar/expediteur verondersteld wordt ten behoeve van de lijnvaartmaatschappij te verrichten, en legt niet uit, waarin deze diensten verschillen van die welke ten behoeve van de verlader worden verricht;

- de beschikking maakt niet duidelijk, op grond van welke contractuele of andere betrekkingen tussen de lijnvaartmaatschappij en de makelaars/expediteur dergelijke diensten worden geacht ten behoeve van de lijnvaartmaatschappij te worden verricht; in werkelijkheid is er geen aparte overeenkomst betreffende dergelijke diensten, en de enige contractuele betrekking tussen de makelaar/expediteur en de lijnvaartmaatschappij is die waarbij, op het Europese vasteland, de makelaar/expediteur bij een vervoersovereenkomst met de betrokken lijnvaartmaatschappij als opdrachtgever optreedt.

559 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt geen van deze middelen voor gegrond.

B — Beoordeling door het Gerecht

560 Verzoeksters, die het mededingingsbeperkend karakter in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van de hier besproken regeling niet betwisten, stellen in de onderhavige middelen kort samengevat, dat de bestreden beschikking in diverse opzichten gebrekkig is waar zij in de punten 509 tot en met 511 van de considerans vaststelt, dat de regeling niet onder de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 valt.

561 Er zij aan herinnerd, dat de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bedoelde groepsvrijstelling geldt voor overeenkomsten tot vaststelling van vervoertarieven en -voorwaarden in het kader van lijnvaartconferenties, die volgens artikel 1, lid 3, sub b, van die verordening „eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven [...] met betrekking tot het aanbieden van lijndiensten” moeten toepassen.

562 Om voor de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 in aanmerking te komen, dienen de door de leden van een conference gesloten prijsvaststellingsovereenkomsten derhalve eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven in te voeren (Arrest TAA, punten 138-143).

563 Naar uit punt 164 van de considerans van de bestreden beschikking blijkt, houdt de in geding zijnde overeenkomst in, dat ingevolge artikel 5, lid 1, sub c, van de TACA de partijen bij de TACA de bedragen, niveaus of tarieven voor de

vergoeding van makelaars en expediteurs vaststellen, met inbegrip van de voorwaarden voor de betaling ervan en de aanwijzing van de personen die als makelaar mogen optreden.

564 Een dergelijke overeenkomst voert dus niet een vrachttarief in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 in, maar bepaalt slechts het niveau van de commissies die de leden van de lijnvaartconference aan makelaars en expediteurs betalen als beloning voor de diensten die zij als tussenpersoon en agent van de verladers verrichten. Deze diensten, die volgens punt 163 van de considerans van de beschikking bestaan in het vinden van een vervoerder voor de goederen en in het onderhandelen over de vervoersvoorwaarden, alsmede in het verrichten van administratieve formaliteiten, zoals het voorbereiden van documenten en de douanebehandeling, kunnen niet op één lijn worden gesteld met de eigenlijke vervoersdiensten waarop de onder de groepsvrijstelling vallende vrachttarieven van toepassing zijn. Zo worden de commissies waarop de hier besproken overeenkomst betrekking heeft, anders dan het vrachttarief, dat door de verlader aan de lijnvaartmaatschappij wordt voldaan, door de lijnvaartmaatschappij aan de agent van de verlader betaald.

565 Zo gezien heeft de Commissie de toepassing van de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/68 op de hier besproken overeenkomst terecht uitgesloten.

566 Geen van de argumenten die verzoeksters hebben aangevoerd, kan twijfel aan deze conclusie wekken.

567 Wat in de eerste plaats het argument inzake een rechtstreekse samenhang tussen de vrachttarieven en de aan de makelaars en expediteurs betaalde bedragen betreft, zeggen verzoeksters wel dat die samenhang er is, maar zij verklaren niet waarin deze bestaat. Zoals de Commissie in punt 517 van de considerans van de beschikking terecht opmerkt, lijkt de door verzoekster in zaak T-213/98

genoemde omstandigheid dat makelaars en expediteurs in het Verenigd Koninkrijk en Ierland in het geheel geen commissie van de lijnvaartmaatschappijen ontvangen, er juist op te wijzen, dat de hier besproken regeling volstrekt niet onmisbaar is voor de bepaling van de vrachttarieven.

568 Maar zelfs indien het bestaan van een dergelijke rechtstreekse en noodzakelijke samenhang werd aangetoond, zou dat overigens nog niet betekenen dat de hier besproken overeenkomst onder de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 valt. Het is immers vaste rechtspraak dat, gelet op het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde principiële verbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten, afwijkende bepalingen van een groepsvrijstellingsverordening naar hun aard restrictief moeten worden uitgelegd (arresten Gerecht van 22 april 1993, Peugeot/Commissie, T-9/92, Jurispr. blz. II-493, punt 37, en 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, „CEWAL”, T-24/93—T-26/93 en T-28/93, Jurispr. blz. II-1201, punt 48). Verordening nr. 4056/86 nu is overeenkomstig artikel 1, lid 2, ervan uitsluitend van toepassing op het zeevervoer van haven naar haven. De groepsvrijstelling van artikel 3 van die verordening kan dus niet worden uitgebreid tot diensten die, zelfs al waren zij als accessoir van of noodzakelijk voor het zeevervoer van haven naar haven te beschouwen, als zodanig geen zeevervoersdiensten in de zin van verordening nr. 4056/86 zijn. Dit geldt hier te meer, nu die diensten tot een afzonderlijke markt behoren, waarop makelaars en expediteurs blijkens punt 156 van de considerans van de bestreden beschikking concurreren met andere ondernemers, zoals de NVOCC's (in die zin, arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 261).

569 Wat vervolgens het argument betreft, dat de hier besproken overeenkomst aan een traditionele praktijk van de conferences in de Verenigde Staten en andere landen beantwoordt, moet erop worden gewezen, dat de toepassing van de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet alleen afhangt van het al dan niet traditionele karakter van de betrokken overeenkomst, maar vooral van de vraag, of die overeenkomst binnen het toepassingsgebied van die groepsvrijstelling valt. Wanneer bovendien nationale praktijken, zelfs indien alle lidstaten ze gemeen zouden hebben, volgens de

rechtspraak de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag niet kunnen tegenhouden (arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 40), kunnen zeker praktijken van bepaalde derde landen niet bepalend zijn voor de toepassing van het gemeenschapsrecht (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 341).

570 De door verzoeksters aangevoerde omstandigheid, dat de hier besproken overeenkomst aan een traditionele praktijk van de conferences in de Verenigde Staten en andere landen beantwoordt, vormt op zich derhalve geen bewijs, dat de Commissie de toepassing van de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/96 op die overeenkomst ten onrechte heeft uitgesloten.

571 Voorzover verzoeksters in dit verband nog een motiveringsgebrek stellen, valt dit middel samen met het specifieke middel inzake het niet motiveren van de weigering het recht van de Verenigde Staten in aanmerking te nemen, dat in de punten 1396 tot en met 1411 infra zal worden onderzocht.

572 Verzoekster in zaak T-213/98 voert nog aan, dat de door de lijnvaartmaatschappij aan de makelaar/expediteur betaalde beloning niet de prijs voor verrichte diensten is, maar een korting op het vrachttarief. Dit argument is gebaseerd op de onjuiste premisse, dat de makelaar/expediteurs de lijnvaartmaatschappij in het geheel geen diensten verleent. In punt 163 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie evenwel vast, zonder daarin door verzoekster te worden tegengesproken, dat wanneer een makelaar/expediteur als agent voor een verlader optreedt, zijn taak bestaat in het vinden van een vervoerder voor de goederen en in het onderhandelen over de vervoersvoorwaarden, alsmede in het verrichten van administratieve formaliteiten. Van dergelijke diensten nu profiteert niet slechts de verlader, maar ook de lijnvaartmaatschappij, aangezien zij de totstandkoming en de uitvoering van de vervoersovereenkomst vergemakkelijken.

- 573 De omstandigheid dat in het Verenigd Koninkrijk en Ierland de lijnvaartmaatschappijen in het geheel geen commissie aan makelaars en expediteurs betalen, is geen bewijs dat laatstgenoemden geen diensten ten behoeve van lijnvaartmaatschappijen verrichten. Zoals verzoekster zelf lijkt te erkennen, wijst het er eerder op, dat er in die lidstaten een overeenkomst bestaat die de betaling van commissies verbiedt, welke overeenkomst de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wellicht nog meer zou beperken dan de hier besproken overeenkomst.
- 574 Wat ten slotte het door dezelfde verzoekster opgeworpen middel inzake motiveringsgebreken betreft, moet worden opgemerkt, dat zij met haar kritiek in werkelijkheid de gegrondheid betwist van de beoordelingen van de Commissie in de bestreden beschikking betreffende de door makelaars en expediteurs verleende diensten en hun rechtspositie ten opzichte van vervoerders en verladere. Dergelijke argumenten, die om de boven vermelde redenen moeten worden afgewezen, zijn niet ter zake in het kader van het onderzoek of de motiveringsplicht is geëerbiedigd (arrest van 20 april 1999, PVC II, reeds aangehaald in punt 191 supra, punt 389).
- 575 Doch zelfs indien de argumenten van verzoekster in het kader van het hier besproken middel konden worden geacht betrekking te hebben op de redengeving van de beschikking, moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de Commissie ingevolge artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) weliswaar alle feitelijk en juridische gegevens dient te vermelden waarvan de rechtvaardiging rechtens van haar beschikking afhangt, alsmede de omstandigheden op grond waarvan zij haar beschikking heeft gegeven, maar dat zij niet verplicht is alle tijdens de administratieve procedure opgeworpen feitelijke en juridische punten te bespreken (zie, onder meer, arrest Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punten 26 en 44). Artikel 190 van het Verdrag verlangt hoogstens, dat de Commissie enkel in het bijzonder ingaat op de wezenlijke argumenten die de verzoekende partij in de administratieve procedure heeft aangevoerd (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 426).

- 576 In casu heeft verzoekster tijdens de administratieve procedure en in het bijzonder in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niets aangevoerd ter betwisting van de beoordelingen van de Commissie in die mededeling betreffende de door makelaars en expediteurs verleende diensten en hun rechtspositie ten opzichte van vervoerders en verladers. Het is duidelijk, dat in zoverre het de eerbiediging van de motiveringsplicht betreft, de Commissie er geen verwijt van kan worden gemaakt, dat zij in de bestreden beschikking niet is ingegaan op gegevens die vóór de vaststelling van die beschikking niet onder haar aandacht waren gebracht.
- 577 Op grond van een en ander dienen alle middelen die verzoeksters tegen de beoordelingen van de Commissie betreffende de overeenkomst inzake de beloning van makelaars en expediteurs hebben ingebracht, te worden afgewezen.

Conclusie betreffende de middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt

- 578 Uit het voorgaande volgt, dat de hier besproken middelen in hun geheel moeten worden afgewezen.

III — Middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt

- 579 Bij deze middelen kunnen in wezen drie onderdelen worden onderscheiden. In het eerste onderdeel betwisten verzoeksters, dat hun positie collectief kan worden beoordeeld; in het tweede onderdeel betwisten zij, dat de leden van de TACA een

collectieve machtspositie bezitten; in het derde onderdeel ten slotte betwisten zij de twee misbruiken van machtspositie die de Commissie hun in de bestreden beschikking ten laste legt.

Opmerking vooraf over de ontvankelijkheid van deze middelen

580 In limine stelt de Commissie, dat het gedeelte van de verzoekschriften, dat op artikel 86 van het Verdrag betrekking heeft, niet ontvankelijk is, omdat het strekt tot nietigverklaring van de feitelijke beoordelingen in de redengeving van de bestreden beschikking (arrest NBV en NVB/Commissie, reeds aangehaald in punt 499 supra).

581 Er zij echter op gewezen dat verzoeksters met de hierbedoelde middelen van hun beroep niet de nietigverklaring van de feitelijke beoordelingen in de redengeving van de bestreden beschikking beogen te verkrijgen, maar die beoordelingen ter discussie stellen in zoverre zij de noodzakelijke onderbouwing vormen van de artikelen 5 tot en met 7 van het dispositief van de beschikking, waarvan zij de nietigverklaring vorderen. In die artikelen stelt de Commissie vast dat de partijen bij de TACA hun machtspositie hebben misbruikt door de mededingingsstructuur van de markt zo te wijzigen, dat de concurrentiepositie van de TACA werd versterkt, en door de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten te beperken, en gelast zij genoemde partijen een eind aan die misbruiken te maken.

582 De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van dit gedeelte van het verzoekschrift moet bijgevolg als ongegrond worden afgewezen.

Eerste onderdeel: ontbreken van een door de partijen bij de TACA collectief ingenomen machtspositie

- 583 Verzoeksters betwisten, dat de positie van de leden van de TACA collectief kan worden beoordeeld. Tot staving hiervan betogen zij, dat de Commissie beoordelingsfouten heeft gemaakt met betrekking tot de economische banden tussen de partijen bij de TACA en met betrekking tot de interne mededinging tussen die partijen.

A — Verkeerde beoordeling van de economische banden tussen de partijen bij de TACA

1. Argumenten van partijen

- 584 Verzoeksters merken op, dat in de bestreden beschikking (punten 526-531 van de considerans) vijf banden worden genoemd, te weten het tarief, de toezicht- en sanctieregeling, het TACA-secretariaat, de publicatie van het bedrijfsplan en de consortiumovereenkomsten. Deze elementen, aldus verzoeksters, kunnen elk afzonderlijk noch alle tezamen een voldoende rechtvaardiging zijn voor een collectieve beoordeling van hun positie op de relevante markt.

- 585 Wat in de eerste plaats het tarief betreft, is de naar Amerikaans recht (de US Shipping Act) bestaande verplichting zich aan het tarief te houden, geen economische band die verzoeksters tot een zelfde gedraging op de markt noopt, aangezien het Amerikaanse recht de leden van een conference toestaat door zelfstandige acties van het tarief af te wijken. Een tarief omvat zowel „standaardtarieven” als diverse mogelijkheden om daarvan af te wijken. Die afwijkingsregelingen zijn even wettig als de tarieven zelf. De stelling van de

Commissie komt er volgens verzoeksters op neer, dat ten aanzien van de leden van alle lijnvaartconferenties en prijskartels een collectieve toetsing aan artikel 86 van het Verdrag moet plaatsvinden, wat betekent, dat de bewijzen die voor de toetsing aan artikel 85 van het Verdrag van belang waren, nogmaals worden gebruikt om er conclusies aan te verbinden in het kader van de toetsing aan artikel 86 van het Verdrag.

586 Met betrekking tot, in de tweede plaats, de toezicht- en sanctieregeling verklaren verzoeksters, dat deze bij lijnvaartconferenties gebruikelijk is en dat de US Federal Maritime Commission (hierna „FMC”) ze goedkeurt als maatregel tot bescherming van de mededinging, omdat zij discriminerende praktijken van de conferenceleden tegenover verladers verhindert. Omdat voorts die regeling uitsluitend de nakoming van de in de TACA neergelegde verbintenissen waarborgt, kan zij logischerwijs niet als een band op zich worden beschouwd. In elk geval beperkt een dergelijke regeling niet de tussen de leden van de TACA bestaande mededinging.

587 Wat in de derde plaats de rol van het TACA-secretariaat betreft, beklemtonen verzoeksters, dat dit bij onderhandelingen over dienstencontracten de instructies van de conferenceleden opvolgt. Het is niet juist dat, zoals de Commissie zegt, het secretariaat tegen de wil van de verlader aan de onderhandelingen over individuele dienstencontracten deelneemt. Zelfs wanneer een verlader het secretariaat bij dergelijke onderhandelingen wil betrekken, neemt het maar zelden deel aan de onderhandelingen over de commerciële clausules. Bij de uitvoering van dienstencontracten vervult het secretariaat een zuiver administratieve rol, die geen invloed heeft op de concurrentiepositie van de leden. Ook het publiceren van persberichten is een zuiver administratieve taak ter verzekering van het contact met de verladers.

588 Met betrekking tot de publicatie van een bedrijfsplan merken verzoeksters in de vierde plaats op, dat dit dient om wijzigingen in het tarief en in de conference-

dienstencontracten aan te kondigen. Aangezien de leden van een conference het eens moeten zijn over een tarief, kan die periodieke aankondiging geen band op zich vormen en geen grond zijn om de conference een „gezamenlijke commerciële strategie” (punt 530 van de considerans van de bestreden beschikking) toe te schrijven. Het bedrijfsplan is een maatregel die het in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 4056/86 voorgeschreven overleg met de verladers moet bevorderen.

- 589 Wat in de vijfde plaats de consortiums betreft, wijzen verzoeksters erop, dat zij niet aan hetzelfde consortium deelnemen. Consortiumovereenkomsten bevorderen de technische en operationele doelmatigheid en dragen daarmee bij tot een grotere competitiviteit van de lijnvaartmaatschappijen, zoals wordt erkend in de vierde en de zesde overweging van de considerans van verordening (EEG) nr. 479/92 van de Raad van 25 februari 1992 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) (PB L 55, blz. 3). In haar beschikking over het samengaan van P&O en Royal Nedlloyd [beschikking van 19 december 1996 waarbij op basis van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt (Zaak nr. IV/M.831 — P & O/Royal Nedlloyd) (PB 1997, C 110, blz. 7), punt 65] merkte de Commissie op, dat de mededinging binnen consortia in de eerste plaats tot uiting komt in het feit dat de maatschappijen hun diensten elk voor zich aan de man brengen, en in de tweede plaats in de kwaliteit van hun dienstverlening, bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van speciale uitrusting, het verrichten van logistieke en multimodale diensten (zoals het laden in containers), en in de snelheid en kwaliteit van de documentatie, met inbegrip van de gegevensverwerking. Volgens verzoeksters heeft de deelneming aan consortiumovereenkomsten slechts belang als economische band, wanneer de partijen bij die overeenkomsten zich op de markt op dezelfde wijze gedragen. In casu is dat niet het geval. De deelneming van TACA-leden aan diverse consortia draagt integendeel bij tot versterking van hun onderlinge concurrentie.

- 590 Ten slotte betoogt verzoekster in zaak T-212/98, dat de vaststelling van de Commissie dat er tussen haar en de andere TACA-leden zulke sterke banden

bestaan, dat er sprake is van een collectieve machtspositie, gebaseerd is op een verkeerde beoordeling van hun onderlinge economische betrekkingen. Uit haar marktaandeel in het relevante vaargebied (minder dan 0,1 %) en haar omzet in dat gebied in 1996 vergeleken met dat van de andere TACA-leden (slechts 1,2 % van haar omzet heeft zij daar behaald) blijkt, dat zij op de relevante markt niet als één economische eenheid met de andere verzoeksters kan zijn opgetreden.

- ⁵⁹¹ De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, is van oordeel, dat de in de bestreden beschikking genoemde economische banden een rechtens genoegzaam bewijs opleveren voor de collectieve aard van de positie van de partijen bij de TACA.

2. Beoordeling door het Gerecht

- ⁵⁹² In deze middelen stellen verzoeksters, kort samengevat, dat de in de bestreden beschikking genoemde economische banden tussen de partijen bij de TACA elk afzonderlijk noch alle tezamen een voldoende rechtvaardiging zijn voor een collectieve beoordeling van hun positie op de relevante markt.
- ⁵⁹³ In de volgende middelen, inzake verkeerde beoordeling van de interne mededinging, die hierna worden onderzocht, verwijten verzoeksters de Commissie geen rekening te hebben gehouden met de aanzienlijke mededinging binnen de conference tussen de partijen bij de TACA, met name op het vlak van de prijzen. De thans besproken middelen moeten derhalve aldus worden begrepen, dat verzoeksters zich uitsluitend richten tegen het oordeel van de Commissie, dat de banden die uit het bestaan van de conference voortvloeien, als zodanig een collectieve beoordeling van de door de partijen bij de TACA ingenomen positie rechtvaardigen.

594 Het is vaste rechtspraak dat artikel 86 van het Verdrag van toepassing kan zijn op situaties waarin meerdere ondernemingen tezamen een machtspositie op de relevante markt bezitten (arresten Hof van 27 april 1994, *Almelo e.a.*, C-393/92, Jurispr. blz. I-4477, punt 43; 5 oktober 1995, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punten 32 en 33, en 17 oktober 1995, *DIP e.a.*, C-140/94—C-142/94, Jurispr. blz. I-3257, punten 25 en 26; arresten Gerecht van 10 maart 1992, *SIV e.a./Commissie*, „Vlakglas”, T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punt 358, en 8 oktober 1996, *CEWAL*, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 60).

595 Voor het bestaan van een dergelijke collectieve machtspositie is volgens de rechtspraak vereist, dat de betrokken ondernemingen voldoende onderlinge banden hebben om hun optreden op de markt te kunnen coördineren (arresten Hof *Centro Servizi Spediporto*, punt 33, en *DIP e.a.*, punt 26, beide reeds aangehaald in punt 594 supra; 31 maart 1998, *Frankrijk e.a./Commissie*, „Kali & Salz”, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 221; 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 113, en 8 oktober 1996, *CEWAL*, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 62). Daartoe moeten de economische banden of correlatiefactoren tussen de betrokken ondernemingen worden onderzocht en moet in het bijzonder worden nagegaan, of die banden of factoren hen in staat stellen gezamenlijk op te treden, onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers en de gebruikers (arresten Hof *Almelo e.a.*, reeds aangehaald in punt 594 supra, punt 43; *Kali & Salz*, reeds aangehaald, punt 221; 16 maart 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie*, „CEWAL”, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punten 41 en 42, en *Wouters e.a.*, reeds aangehaald, punt 114).

596 In punt 525 van de considerans van de bestreden beschikking verklaart de Commissie, dat „de leden van de TACA gezamenlijk een machtspositie [hebben], aangezien de talrijke onderlinge economische banden voor elk van hen de mogelijkheid om zelfstandig op te treden, merkbaar beknotten”. Tussen partijen staat vast, dat de Commissie in de bestreden beschikking van vijf economische banden is uitgegaan, te weten het tarief (punt 526 van de considerans), de toezicht- en sanctieregeling (punt 527 van de considerans), het secretariaat

(punten 528 en 529 van de considerans), de jaarlijkse bedrijfsplannen (punten 528 en 530 van de considerans) en de consortiumovereenkomsten (punt 531 van de considerans). Blijkens punt 528 van de considerans is de Commissie van oordeel, dat het tarief en de toezicht- en sanctieregeling „de mogelijkheid van de partijen bij de TACA om onafhankelijk van elkaar op te treden [beperken en] tot doel [hebben de] onderlinge prijsconcurrentie [grotendeels] uit te schakelen”. In dit zelfde punt stelt de Commissie voorts vast, dat het TACA-secretariaat en de jaarlijkse bedrijfsplannen deel uitmaken van de maatregelen die „tot doel hebben de partijen bij de TACA als één enkel lichaam te laten optreden en aldus de druk van de klanten om prijsverminderingen te bedingen, te verminderen”.

- ⁵⁹⁷ Afgezien van de consortiumovereenkomsten zijn de door de Commissie genoemde banden — het tarief, de toezicht- en sanctieregeling, het secretariaat en de jaarlijkse bedrijfsplannen — een rechtstreeks gevolg van de activiteiten van verzoeksters in het kader van de TACA en, bijgevolg, van hun lidmaatschap van die conference.
- ⁵⁹⁸ Vaststaat dat de TACA een lijnvaartconference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 is. Om een lijnvaartconference in de zin van deze bepaling te zijn, moeten de betrokken ondernemingen noodzakelijkerwijs door een zeker aantal banden met elkaar verbonden zijn.
- ⁵⁹⁹ Immers, volgens artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 is een lijnvaartconference „een groep van twee of meer vervoerders die schepen exploiteren, die internationale lijndiensten onderhoudt voor het vervoer van lading op een bepaalde route of routes binnen omschreven geografische grenzen en die een overeenkomst of regeling, van welke aard ook, heeft getroffen binnen het kader waarvan zij opereren op basis van eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven en enigerlei andere overeengekomen voorwaarden met betrekking tot het aanbieden van lijndiensten”.

600 In de achtste overweging van de considerans van genoemde verordening wordt uiteengezet, „dat deze conferences [...] een stabiliserende werking hebben welke een waarborg vormt voor betrouwbare dienstverlening aan verladers; dat zij er in het algemeen toe bijdragen dat een aanbod van geregelde, toereikende en doelmatige zeevervoersdiensten wordt verzekerd, met een redelijke mate van inachtneming van de belangen der vervoergebruikers; dat deze resultaten niet kunnen worden bereikt zonder de samenwerking die de scheepvaartmaatschappijen binnen de genoemde conferences op het gebied van de tarieven en eventueel van het aanbod van scheepsruimte of de verdeling van de te vervoeren tonnages en zelfs de ontvangsten ontwikkelen; dat de conferences meestal blijven blootstaan aan een daadwerkelijke concurrentie zowel van de zijde van de niet-conferencelijnen als van de wilde-vaartdiensten en in bepaalde gevallen van andere middelen van vervoer; dat de mobiliteit der vloten die de structuur van het aanbod in de sector zeevervoersdiensten kenmerkt, bovendien een voortdurende concurrentiedruk op de conferences uitoefent, die gewoonlijk niet de mogelijkheid hebben de concurrentie voor een wezenlijk deel van de betrokken zeevervoersdiensten uit te schakelen”.

601 Gelijk het Hof en het Gerecht reeds hebben geoordeeld (arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 48 en 49; arrest Vlakglas, reeds aangehaald in punt 594 supra, punt 359, en arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punten 63-66), volgt uit die bepalingen, dat een lijnvaartconference die volgens de definitie van de Raad onder de groepsvrijstelling van verordening nr. 4056/86 valt, naar haar aard en gelet op haar doelstellingen kan worden gekwalificeerd als een collectiviteit, die als zodanig tegenover gebruikers en concurrenten op de markt optreedt. Verder heeft de Raad in verordening nr. 4056/86 bepalingen opgenomen die moeten verhinderen dat een lijnvaartconference met artikel 86 van het Verdrag onverenigbare gevolgen heeft. Hiermee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag, of een lijnvaartconference in een gegeven situatie een machtspositie op een bepaalde markt heeft of, wat meer is, die positie heeft misbruikt. Zoals immers uit artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4056/86 volgt, kan een conference met een machtspositie juist door haar gedraging gevolgen teweegbrengen die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag.

602 Gelet op het voorafgaande moet dus worden geoordeeld, dat de banden die uit het bestaan van een lijnvaartconference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 voortvloeien, in principe kunnen rechtvaardigen dat de

positie van de leden van die conference op de relevante markt voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag collectief wordt beoordeeld, daar zij door die banden in staat zijn om als collectiviteit die zich op de markt tegenover gebruikers en concurrenten als zodanig presenteert, hun optreden op die markt te coördineren.

- 603 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de argumenten die verzoeksters in het kader van de thans besproken middelen aanvoeren.
- 604 Wat in de eerste plaats het tarief van de TACA betreft, stellen verzoeksters, dat de verplichting krachtens Amerikaans recht om zich aan het tarief te houden, geen economische band vormt die hen tot een zelfde marktgedrag dwingt, aangezien het Amerikaanse recht de leden van een conference toestaat door zelfstandige acties van het tarief af te wijken. Verzoeksters preciseren nog, dat een tarief zowel standaardtarieven als diverse afwijkingsmogelijkheden omvat.
- 605 Met betrekking tot dit argument zij eraan herinnerd, dat volgens de bestreden beschikking (punt 526 van de considerans) het tarief de eerste van de economische banden tussen de partijen bij de TACA vormt. Daarbij wijst de Commissie erop dat de partijen bij de TACA niet slechts zijn overeengekomen een tarief toe te passen, maar dat zij krachtens de Amerikaanse wetgeving ook verplicht zijn dat te doen, op straffe van een boete van 25 000 USD per overtreding. In punt 528 van de considerans van de beschikking oordeelt de Commissie dan ook, dat het tarief de mogelijkheid van de partijen bij de TACA om onafhankelijk van elkaar op te treden, beperkt en tot doel heeft de onderlinge prijsconcurrentie grotendeels uit te schakelen.
- 606 Er zij aan herinnerd, dat toepassing van een tarief met eenvormige of gemeenschappelijke vrachtprijzen een bestaansvoorwaarde is voor een lijnvaart-conference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86, zoals de TACA.

- 607 Een dergelijke lijnvaartconference dient zich op de markt dus in principe als collectiviteit aan, in zoverre zij eenvormige of gemeenschappelijke prijzen voor al haar leden bepaalt, dat wil zeggen dat voor het vervoer van een bepaalde waar van A naar B dezelfde prijs geldt, ongeacht welke bij die conference aangesloten reder het vervoer verzorgt (Arrest TAA, punt 157).
- 608 Dat het tarief naast de standaardtarieven ook bepaalde afwijkende tarieven omvat, zoals de TVR's, is daarbij zonder belang. Zoals de Commissie immers met betrekking tot deze laatste tarieven heeft vastgesteld (punt 520 van de considerans van de beschikking) en zoals verzoeksters overigens zelf erkennen, zijn ook die afwijkende tarieven eenvormig of gemeenschappelijk en vormen zij een integrerend onderdeel van het tarief.
- 609 Waar verzoeksters stellen, dat de leden van een lijnvaartconference ingevolge de Amerikaanse wetgeving het recht hebben zelfstandige acties ten aanzien van de tarieven te voeren, moet erop worden gewezen, dat die zelfstandige acties een uitzondering op het beginsel van gemeenschappelijke prijsvaststelling vormen (Arrest TAA, punt 307), zodat zij in beginsel niet kunnen afdoen aan de eenvormigheid van het tarief en geen twijfel kunnen doen rijzen omtrent de collectieve beoordeling van de conference die uit het tarief tezamen met andere factoren voortvloeit. Of in het onderhavige geval de zelfstandige acties en andere concrete prijspraktijken van de leden van de TACA twijfel omtrent die collectieve beoordeling kunnen wekken, is een vraag waarop, zoals eerder aangegeven, andere, later te bespreken middelen betrekking hebben.
- 610 Ten slotte, anders dan verzoeksters stellen, belet de omstandigheid dat een overeenkomst door artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt verboden, de Commissie niet, die overeenkomst in aanmerking te nemen om in het kader van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag te concluderen, dat de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt een collectieve positie is. Zoals het Hof eerder oordeelde, kan de tenuitvoerlegging van een al dan niet krachtens

artikel 85, lid 3, van het Verdrag vrijgestelde overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging immers tot gevolg hebben, dat de betrokken ondernemingen in hun gedrag op een bepaalde markt zozeer verbonden raken, dat zij zich op die markt tegenover hun concurrenten, hun handelspartners en de gebruikers als een collectiviteit voordoen. Het bestaan van een collectieve machtspositie kan derhalve voortvloeien uit de aard van de bepalingen van een overeenkomst, de manier waarop deze wordt uitgevoerd, en bijgevolg uit de daardoor ontstane banden of correlatiefactoren tussen ondernemingen (arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 44 en 45). Zoals opgemerkt in punt 601 supra, geldt dat volgens de rechtspraak voor een lijnvaartconference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86, en de TACA is een dergelijke conference. In het kader van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag mocht de Commissie zich derhalve op een dergelijke overeenkomst baseren voor haar conclusie, dat de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt een collectieve positie is.

- 611 Mitsdien moet worden geoordeeld dat de Commissie zich met recht op, onder meer, het tarief van de TACA heeft gebaseerd voor haar collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt. De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten bijgevolg worden afgewezen.
- 612 Wat in de tweede plaats de toezicht- en sanctieregeling van de TACA betreft, merken verzoeksters op, dat een dergelijke regeling bij lijnvaartconferenties gebruikelijk is en door de FMC positief wordt beoordeeld als een middel tot bescherming van de mededinging, doordat zij de leden van de conference belet discriminerende praktijken jegens de verladers toe te passen. In zoverre die regeling bovendien niets anders doet dan de naleving van de uit de TACA voortvloeiende verplichtingen verzekeren, kan zij logischerwijs niet als een band op zich worden beschouwd.
- 613 In punt 527 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat de naleving van de TACA-regels door een uitgebreide toezicht- en sanctieregeling wordt verzekerd. Volgens punt 21 van de considerans van de beschikking voorziet artikel 10 van de TACA in de instelling van een toezicht-

houdend orgaan („Enforcement Authority”), dat bevoegd is eigener beweging of naar aanleiding van een klacht elke beweerde inbreuk op de bepalingen van de TACA te onderzoeken. In dit verband merkt de Commissie op (punt 22 van de considerans), dat de Enforcement Authority onbeperkte toegang heeft tot alle documenten die verband kunnen houden met de activiteiten van de vervoerders in het vaargebied, en hoge geldboeten kan opleggen in het geval van overtreding van de regelingen, in het bijzonder de prijsvaststellingsovereenkomsten, en in het geval van weigering om bij een onderzoek de gevraagde toegang te verlenen. Volgens de Commissie omvat deze regeling „de meest uitgebreide dwangmaatregelen die de Commissie ooit in de lijnvaartsector heeft gezien” (punt 527 van de considerans).

- 614 Een dergelijke toezicht- en sanctieregeling, die met name is bedoeld om de naleving van het door de lijnvaartconferentie bepaalde tarief te verzekeren, is stellig geschikt om de door dat tarief gevormde band te versterken, vooral omdat, zoals in punt 599 supra vastgesteld, het bestaan zelf van een lijnvaartconferentie in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86 de toepassing onderstelt van een tarief van eenvormige of gemeenschappelijke vrachtprijzen. Een toezicht- en sanctieregeling ter verzekering van de naleving ervan door de leden van de conferentie is dan ook een noodzakelijke en dus voor elke lijnvaartconferentie in de zin van genoemde bepaling onmisbare regeling.
- 615 Anders dan verzoeksters stellen, is het positieve oordeel van de FMC over de toezicht- en sanctieregeling van lijnvaartconferenties in dit verband zonder belang. De bestreden beschikking ziet die regeling immers niet als een inbreuk op de mededingingsregels van het Verdrag, maar als een element dat de uit het tarief voortvloeiende band tussen de partijen bij de TACA versterkt. Het bestaan van een dergelijke band, die voor de Commissie reden kan zijn om de positie van de partijen bij de TACA collectief te beoordelen, impliceert op zich geen inbreuk op de mededingingsregels van het Verdrag. Alleen misbruik van die positie kan een dergelijke inbreuk opleveren, althans wanneer de gezamenlijke positie op de relevante markt tevens een machtspositie is (arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 37-39).

- 616 Het betoog van verzoeksters, dat de toezicht- en sanctieregeling op zich geen band vormt, is irrelevant, aangezien hierboven is vastgesteld dat die regeling de door het tarief gevormde band versterkt.
- 617 De Commissie heeft zich derhalve met recht op, onder meer, het bestaan van de toezicht- en sanctieregeling gebaseerd voor haar collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt.
- 618 Wat in de derde plaats het TACA-secretariaat betreft, stellen verzoeksters, dat het secretariaat bij onderhandelingen over dienstencontracten de instructies van de conferenceleden moet opvolgen, en dat zelfs wanneer een verlader het secretariaat bij de besprekingen over een individueel dienstencontract wil betrekken, het maar zelden aan de onderhandelingen over de commerciële clausules deelneemt. Bij de uitvoering van dienstencontracten heeft het secretariaat volgens verzoeksters een zuiver administratieve taak zonder enige invloed op de concurrentiepositie van de leden.
- 619 In punt 528 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat de TACA zich door middel van het secretariaat als één lichaam op de markt kan presenteren. In dit verband wijst de Commissie erop (punt 529 van de considerans), dat het TACA-secretariaat omvangrijke taken op administratief en financieel gebied heeft, dat het bevoegd is als agent voor de TACA-leden op te treden door namens hen vervoerovereenkomsten te sluiten, dat het het recht heeft onderhandelingen over dienstencontracten tussen verladers en leden bij te wonen, en dat het namens de leden persberichten publiceert.
- 620 Wat precies de taak van het secretariaat bij de onderhandelingen over en de uitvoering van dienstencontracten is, kan in het midden blijven. Duidelijk is echter, dat alleen al het onomstreden bestaan van een gemeenschappelijk

administratief orgaan dat bevoegd is de partijen bij de TACA in het bijzonder tegenover de verladers te vertegenwoordigen, een factor is die de TACA is staat stelt zich als één enkel lichaam op de markt te presenteren en aldus een concrete vorm te geven aan de banden die tussen de partijen bij de TACA bestaan als gevolg van hun activiteit als leden van een lijnvaartconference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86. Uit het dossier van de zaak blijkt bovendien, dat de verladers hun correspondentie over het sluiten van conference-dienstencontracten aan het TACA-secretariaat richten.

- 621 De Commissie heeft zich derhalve met recht op, onder meer, het bestaan van het TACA-secretariaat gebaseerd voor haar collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt. De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten bijgevolg worden afgewezen.
- 622 Wat in de vierde plaats de jaarlijkse bedrijfsplannen van de TACA betreft, deze hebben volgens verzoeksters tot doel tariefwijzigingen bekend te maken, en kunnen op zich dus geen band vormen of ertoe dienen de conference als één enkele eenheid met een gezamenlijke commerciële strategie te presenteren. Verzoeksters wijzen er voorts op, dat het jaarlijkse bedrijfsplan bedoeld is als een bijdrage aan het overleg met de verladers, zoals verlangd door artikel 5, lid 1, van verordening nr. 4056/86.
- 623 In de bestreden beschikking (punten 528 en 530 van de considerans) stelt de Commissie vast, dat uit de publicatie van de jaarlijkse bedrijfsplannen blijkt, dat de partijen bij de TACA zich tegenover de verladers met een gezamenlijke commerciële marktstrategie presenteren, wat het voor de TACA mogelijk maakt op de markt als één enkele eenheid op te treden.
- 624 De publicatie door de TACA van jaarlijkse bedrijfsplannen, door de leden gezamenlijk opgesteld in het kader van hun activiteiten als lijnvaartconference in

de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86, is duidelijk een element dat de TACA in staat stelt zich tegenover derden als één enkele eenheid te presenteren, als uitdrukking van de banden tussen de leden van een lijnvaartconferentie in de zin van die verordening. Anders dan verzoeksters stellen, vormen de jaarlijkse bedrijfsplannen derhalve een band op zich, die juist omdat zij door de TACA gepubliceerd worden, deze tegenover haar concurrenten en de verladers als een collectiviteit op de betrokken markt zichtbaar maken.

⁶²⁵ Dit is te meer het geval nu die bedrijfsplannen, zoals verzoeksters zelf beklemtonen, bedoeld zijn als een bijdrage aan het overleg met de verladers als bedoeld in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 4056/86. Volgens deze bepaling immers vindt dat overleg plaats om oplossingen te zoeken voor geschilpunten omtrent algemene beginselen tussen vervoergebruikers en lijnvaartconferenties ten aanzien van tarieven, voorwaarden en kwaliteit van lijnvaartdiensten. De vaststelling van de Commissie, dat de publicatie van jaarlijkse bedrijfsplannen het voor de TACA mogelijk maakt zich op de betrokken markt als een collectiviteit te presenteren, wordt door de omstandigheid dat de lijnvaartconferenties ingevolge verordening nr. 4056/86 tot die publicatie verplicht zijn, dus niet weersproken, doch juist ondersteund.

⁶²⁶ Daarbij komt dat die publicatie in de bestreden beschikking niet als een inbreuk op de mededingingsregels van het Verdrag wordt gezien, maar als een element dat de TACA als een collectiviteit op de betrokken markt zichtbaar maakt. Het bestaan van een dergelijke collectiviteit impliceert op zich geen inbreuk op de mededingingsregels van het Verdrag. Alleen misbruik door die collectiviteit van haar marktpositie kan een dergelijke inbreuk opleveren, althans wanneer die positie een machtspositie op de relevante markt is (arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 37-39).

- 627 De Commissie heeft zich derhalve met recht op, onder meer, de publicatie van de jaarlijkse bedrijfsplannen van de TACA gebaseerd voor haar collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt. De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten bijgevolg worden afgewezen.
- 628 Uit al het voorgaande volgt dat, overeenkomstig de in punt 601 supra aangehaalde rechtspraak, het tarief, de toezicht- en sanctieregeling, het secretariaat en de jaarlijkse bedrijfsplannen van de TACA rechtens genoegzaam het bestaan aantonen van sterke banden tussen de partijen bij de TACA, die een collectieve beoordeling van hun positie op de relevante markt rechtvaardigen.
- 629 Zonder dat nog moet worden ingegaan op het belang van andere banden tussen verzoeksters, voortvloeiend uit andere door hen gesloten overeenkomsten, zoals consortiumovereenkomsten, moet derhalve worden geconcludeerd, dat de Commissie zich met recht heeft gebaseerd op die elementen, die het uitvloeisel zijn van verzoeksters' activiteiten als partijen bij de TACA en, bijgevolg, van hun lidmaatschap van een lijnvaartconference in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van verordening nr. 4056/86, voor haar collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt.
- 630 Ten aanzien van verzoekster in zaak T-212/98 wordt aan deze conclusie niet afgedaan door het feit dat zij slechts een zeer gering marktaandeel en een zeer kleine omzet in het betrokken vaargebied heeft. Daar immers de banden op grond waarvan de positie van de partijen bij de TACA collectief wordt beoordeeld, het uitvloeisel zijn van hun lidmaatschap van de TACA, dient de positie van elke partij wegens het enkele feit van dat lidmaatschap tezamen met die van de andere partijen bij de TACA te worden beoordeeld. Door dat lidmaatschap heeft verzoekster zich met betrekking tot haar gedraging op een bepaalde markt immers zodanig aan de andere leden van de TACA gebonden, dat zij op die markt tegenover hun concurrenten, hun handelspartners en de gebruikers als een collectiviteit optreden (arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 44). In casu betwist verzoekster niet, dat zij in de relevante periode lid van de TACA was.

- 631 Opgemerkt zij nog, dat om de positie van meerdere ondernemingen op een bepaalde markt collectief te kunnen beoordelen, het volgens de rechtspraak volstaat dat zij de mogelijkheid hebben hun optreden op die markt te coördineren. Men hoeft echter niet te bewijzen, dat die ondernemingen daadwerkelijk in alle gevallen een zelfde gedragslijn hebben gevolgd (zie, in die zin, arrest Kali & Salz, reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 221).
- 632 De omstandigheid dat wegens de uiterst bescheiden marktpositie van verzoekster niet iedere handeling van de TACA aan haar kan worden toegeschreven, is derhalve zonder belang in het kader van de hier besproken middelen betreffende de collectieve aard van de door de partijen bij de TACA ingenomen positie.
- 633 Dat een partij bij de TACA de gedraging van de andere partijen niet heeft nagevolgd, zou hoogstens bewijzen dat die partij niet heeft deelgenomen aan een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, indien de gedraging van de andere partijen een misbruik in de zin van genoemde bepaling bleek te zijn. Hoewel het bestaan van een collectieve machtspositie volgt uit de positie die de betrokken economische eenheden tezamen op de relevante markt innemen, behoeft het misbruik immers niet per se door alle betrokken ondernemingen te zijn gepleegd. Vereist is slechts, dat het misbruik gezien kan worden als een van de manifestaties van het bestaan van een dergelijke collectieve machtspositie (arrest Irish Sugar/ Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 66).
- 634 Dus ook al was het marktaandeel of de omzet van verzoekster in het betrokken vaargebied in dezelfde periode uiterst bescheiden, dit neemt niet weg, dat verzoekster met betrekking tot het tarief, de toezicht- en sanctieregeling, het secretariaat en de jaarlijkse bedrijfsplannen van de TACA tezamen met de andere partijen bij de TACA één enkele eenheid op de betrokken markt kon vormen.

635 Uit het voorgaande volgt, dat de hier besproken middelen, grieven en argumenten inzake verkeerde beoordeling van de economische banden tussen de partijen bij de TACA in hun geheel moeten worden afgewezen.

636 Evenwel moet nog worden nagegaan of, zoals verzoeksters in hun volgende middelen stellen, uit de door hen aangevoerde elementen betreffende de interne mededinging blijkt, dat de in de bestreden beschikking genoemde banden de collectieve beoordeling van de door de partijen bij de TACA ingenomen positie in casu niet konden rechtvaardigen.

B — Verkeerde beoordeling van de interne mededinging tussen de partijen bij de TACA

637 Met betrekking tot de interne mededinging tussen de partijen bij de TACA stellen verzoeksters in de eerste plaats, dat de Commissie in de bestreden beschikking dienaangaande een verkeerd juridisch criterium heeft gehanteerd. In de tweede plaats stellen zij, dat de Commissie zowel de interne prijsconcurrentie als de concurrentie op andere gebieden tussen de partijen bij de TACA verkeerd heeft beoordeeld. Ten slotte stellen zij, dat de bestreden beschikking in deze samenhang diverse motiveringsgebreken bevat.

1. Het in de bestreden beschikking gehanteerde verkeerde juridische criterium

a) Argumenten van partijen

638 In de eerste plaats verwijten verzoeksters de Commissie, niet te hebben onderzocht of de banden tussen de leden van de TACA tot het ontstaan van

één enkele eenheid op de markt hebben geleid. In het bijzonder zeggen zij, dat de Commissie die banden niet „naar hun resultaat heeft omschreven, namelijk het creëren van een situatie waarin een groep onafhankelijke ondernemingen als één eenheid op de markt optreedt” (conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij arrest van 16 maart 2000, CEWAL, Jurispr. blz. I-1371, punt 28).

- 639 Tot staving hiervan verwijzen verzoeksters naar de punten 528 en 530 van de considerans van de bestreden beschikking, waar de Commissie wel spreekt van hun bedoelingen en de schijn die door hun optreden werd gewekt, maar geen bewijs levert voor het resultaat van die banden voor hun gedraging op de markt.
- 640 In de tweede plaats betwisten verzoeksters de bewering van de Commissie in punt 522 van de considerans van de beschikking, dat uit het arrest Vlakglas (reeds aangehaald in punt 594 supra) volgt, dat „het voortbestaan van een bepaalde mate van concurrentie tussen de partijen niet eraan in de weg staat dat een collectieve machtspositie wordt vastgesteld”.
- 641 Volgens verzoeksters is die stelling niet in het arrest Vlakglas te vinden. Het Gerecht heeft er enkel overwogen, dat „in beginsel [...] niet [kan] worden uitgesloten, dat twee of meer onafhankelijke economische eenheden op een specifieke markt door zodanige economische banden zijn verenigd, dat zij hierdoor tezamen ten opzichte van de andere ondernemingen op dezelfde markt een machtspositie bezitten” (punt 358 van het arrest). Uit deze passage kan niets worden afgeleid omtrent de mate van concurrentie die met de vaststelling van het bestaan van een collectieve machtspositie verenigbaar zou zijn.
- 642 De Commissie, aldus verzoeksters, probeert met die stelling een nieuw criterium te ontwikkelen, dat het gemeenschappelijk tarief tot de belangrijkste factor maakt waarop de vaststelling van een collectieve machtspositie kan worden gebaseerd, zodat als de betrokken ondernemingen een zelfde algemeen beleid voeren, het

bewijs van onafhankelijk marktgedrag, met name het zelfstandig bepalen van de prijzen, niet betekent dat er geen collectieve machtspositie zou bestaan. Aangezien elke lijnvaartconferentie ingevolge artikel 3 van verordening nr. 4056/86 een eenvormig of gemeenschappelijk tarief moet hebben, construeert de Commissie zo een nagenoeg onweerlegbaar vermoeden, dat de leden van elke lijnvaartconferentie, de TACA niet uitgezonderd, een collectieve machtspositie kunnen hebben. Deze stelling vormt ook de verklaring voor de weerzin van de Commissie om de bewijzen van daadwerkelijke mededinging te onderzoeken.

- 643 Volgens verzoeksters volgt juist uit de communautaire rechtspraak, dat een collectieve machtspositie slechts kan bestaan wanneer er tussen de betrokken ondernemingen geen mededinging bestaat. In punt 34 van het arrest *Centro Servizi Spediporto* (reeds aangehaald in punt 594 supra) overwoog het Hof, dat „[niet] kan [...] worden aangenomen, dat een nationale regeling die voorziet in vaststelling door de overheid van de tarieven voor het goederenvervoer over de weg, tot gevolg heeft, dat de marktdeelnemers een collectieve machtspositie krijgen die wordt gekenmerkt door het ontbreken van onderlinge mededinging” (zie ook arrest *DIP e.a.*, reeds aangehaald in punt 594 supra, punt 27, en, voor de praktijk van de Commissie, bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector — kader, relevante markten en beginselen, PB 1998, C 265, blz. 2, punten 78 en 79). In zijn conclusie bij het arrest van 16 maart 2000, *CEWAL* (reeds aangehaald in punt 638 supra), verklaarde advocaat-generaal Fennelly, dat „uit de hierboven besproken rechtspraak en met name uit de arresten *Centro Servizi Spediporto*, *DIP* en [*Kali & Salz*] duidelijk blijkt, dat het ontbreken van mededinging tussen een aantal ondernemingen die vermoed worden een collectieve machtspositie te bezitten, een kenmerkend aspect is van een collectieve machtspositie” (punt 34). Deze rechtspraak is overigens in overeenstemming met de algemeen aanvaarde economische doctrine inzake collectieve machtsposities.

- 644 Om tot het bestaan van een collectieve machtspositie te kunnen concluderen, moet men volgens verzoeksters dus in de eerste plaats onderzoeken of de betrokken ondernemingen een gemeenschappelijk prijsbeleid hebben, en zo ja, in de tweede plaats, of de omvang en intensiteit van andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie zich ertegen verzetten, dat men op basis van dat

gemeenschappelijke prijsbeleid tot het bestaan van een collectieve machtspositie concludeert (conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 638 supra, punt 34). In de bestreden beschikking wordt dit tweeledige onderzoek niet verricht.

- 645 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie, niet te zijn ingegaan op de essentiële vraag of verzoeksters hun optreden op de markt coördineren (arrest Almelo e.a., reeds aangehaald in punt 594 supra, punt 42) en of zij „als één eenheid op de markt optreden” (conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 638 supra, punt 28). In de bestreden beschikking wordt enkel vastgesteld, dat de economische banden tussen de leden van de TACA „de mogelijkheid om zelfstandig op te treden, merkbaar beknotten” (punt 525 van de considerans). Deze omstandigheid rechtvaardigt niet de conclusie, dat verzoeksters een collectieve machtspositie kunnen innemen. In strijd met de vereisten van de rechtspraak en de economische doctrine doet de Commissie geen poging te bewijzen dat die banden leiden tot een zelfde marktgedrag ten aanzien van alle relevante aspecten van de mededinging op de markt. De stelling in het verweerschrift, dat het volstaat dat de gedraging van de leden van de TACA „veel gelijkenis vertoont”, kan dus niet worden aanvaard.
- 646 Tot besluit merken verzoeksters nog op, dat de Commissie door deze benadering het criterium „een zelfde gedraging” verwatert en daardoor het onderscheid tussen artikel 85 en artikel 86 van het Verdrag doet vervagen. Zij geeft zich daarmee in feite een discretionaire bevoegdheid om te bepalen, onder welke omstandigheden artikel 86 op de gedraging van twee of meer ondernemingen van toepassing is. Terwijl de Commissie weigert de draagwijdte van die discretionaire bevoegdheid te omschrijven, lijkt zij van mening te zijn, dat horizontale samenspanning „erger” kan zijn dan de machtspositie van één enkele onderneming en daarom onder artikel 86 van het Verdrag moet vallen.
- 647 Verzoekster in zaak T-212/98 betoogt voorts, dat zelfs indien zij kon worden geacht enkel wegens haar lidmaatschap van de TACA tezamen met de andere

TACA-leden een collectieve machtspositie te bezitten, daaruit niet volgt dat elke handeling van twee of meer partijen bij de TACA met betrekking tot het transatlantische vaargebied noodzakelijkerwijze steeds aan alle partijen bij de TACA moet worden toegeschreven. Ofschoon de aan verzoeksters verweten misbruiken geheel of gedeeltelijk buiten het toepassingsgebied van de TACA vallen, verzuimt de Commissie aan te tonen dat alle partijen bij de TACA zich ten aanzien van de punten waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, op de markt op dezelfde wijze gedragen. Verzoekster meent dat haar zwakke marktpositie ten tijde van de feiten het bestaan van een eenvormige gedraging weinig waarschijnlijk maakt, omdat zij er geen enkel voordeel bij zou hebben gehad. Als nieuw lid van de TACA had zij bovendien de bepalingen van de conference-overeenkomst aanvaard zoals deze op het moment van haar toetreding luiden.

648 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, concludeert tot afwijzing van dit middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

649 Het betoog van verzoeksters in het kader van het hier besproken middel komt er in wezen op neer, dat zij de Commissie verwijten, niet naar de eis van het recht te hebben vastgesteld dat de leden van de TACA een eenheid vormden en zich op de markt op een zelfde wijze gedroegen, waardoor zij elke onderlinge mededinging uitschakelden.

650 Opgemerkt zij dat, zoals verzoeksters terecht stellen, de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de partijen bij de TACA zich op de betrokken markt op dezelfde wijze gedroegen, doch enkel dat hun mogelijkheid om zelfstandig op te treden, „merkbaar” werd beknot (punt 525 van de considerans) door de vele, in de punten 526 tot en met 531 van de considerans genoemde economische banden, die voortvloeiden uit, enerzijds, het tarief, de toezicht- en sanctieregeling, het secretariaat en de jaarlijkse bedrijfsplannen van de TACA en, anderzijds, de consortiumovereenkomsten. In dat

verband merkte de Commissie overigens uitdrukkelijk op (punt 528 van de considerans), dat de uit het tarief en de toezicht- en sanctieregeling voortvloeiende beperkingen van de mogelijkheid van de partijen bij de TACA om onafhankelijk van elkaar op te treden, tot doel hadden de onderlinge prijsconcurrentie grotendeels uit te schakelen. Zoals zij in punt 522 van de considerans van de beschikking aangeeft, meent de Commissie dus, dat „het voortbestaan van een bepaalde mate van concurrentie tussen de partijen niet eraan in de weg staat, dat een collectieve machtspositie wordt vastgesteld”.

- 651 Mitsdien moet worden onderzocht of, zoals verzoeksters beweren, de Commissie, wanneer zij in het kader van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag de positie van meerdere ondernemingen collectief beoordeelt, verplicht is vast te stellen dat die ondernemingen zich op de markt op dezelfde wijze gedragen en daardoor elke onderlinge mededinging uitschakelen.
- 652 Om de positie van meerdere ondernemingen ten opzichte van de betrokken markt collectief te kunnen beoordelen, dient volgens de rechtspraak te worden aangetoond, dat die ondernemingen met name dankzij hun onderlinge banden in staat zijn hun optreden op de markt te coördineren (arrest Kali & Salz, reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 221). Dat is het geval, wanneer die ondernemingen elkaars gedragingen kunnen voorzien en dus een sterke prikkel hebben om hun marktgedrag zo te coördineren, dat zij, bijvoorbeeld, hun gezamenlijke winst kunnen maximeren door de productie te beperken en daarmee de prijzen op te drijven (arresten Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 276, en 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 60).
- 653 Hoewel de mogelijkheid voor een onderneming om haar gedraging met die van een of meer concurrenten te coördineren, noodzakelijkerwijs inhoudt dat hun onderlinge mededinging aanmerkelijk wordt beperkt, betekent een dergelijke mogelijkheid uiteraard niet, dat de mededinging tussen de betrokken ondernemingen volledig wordt uitgeschakeld. Overigens onderstelt een collectieve

machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag het bestaan van economische banden tussen twee of meer per definitie onafhankelijke economische entiteiten, die dus in staat zijn met elkaar te concurreren, en niet het bestaan van banden van institutionele aard tussen de betrokken ondernemingen, zoals die tussen een moedermaatschappij en haar dochterondernemingen (in die zin arrest Vlakglas, reeds aangehaald in punt 594 supra, punten 357 en 358).

654 Ofschoon derhalve het ontbreken van daadwerkelijke mededinging tussen ondernemingen waarvan gezegd wordt dat zij lid van een hecht oligopolie zijn, een belangrijke plaats inneemt onder de factoren die een rol moeten spelen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een collectieve machtspositie (arrest *Airtours/Commissie*, reeds aangehaald in punt 652 supra, punt 63; in die zin ook arresten *Centro Servizi Spediporto*, punt 34, en *DIP e.a.*, punt 27, beide reeds aangehaald in punt 594 supra), is voor de vaststelling van een dergelijke machtspositie niet vereist, dat de uitschakeling van daadwerkelijke mededinging erop uitloopt, dat er tussen de betrokken ondernemingen in het geheel geen mededinging meer bestaat.

655 Verzoeksters betogen derhalve ten onrechte, dat het bestaan van een collectieve machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag per definitie elke mededinging tussen de ondernemingen met een dergelijke positie uitsluit en vereist, dat die ondernemingen zich ten aanzien van alle aspecten van de mededinging op de betrokken markt op dezelfde wijze gedragen.

656 Het betoog van verzoekster in zaak T-212/98, inhoudende dat zelfs indien zij kon worden geacht enkel wegens haar lidmaatschap van de TACA tezamen met de andere TACA-leden een collectieve machtspositie te bezitten, daaruit niet volgt dat elke handeling van twee of meer partijen bij de TACA met betrekking tot het transatlantische vaargebied noodzakelijkerwijze steeds aan alle partijen bij de TACA moet worden toegeschreven, is al in het kader van eerdere middelen beantwoord in de punten 630 tot en met 634 supra.

657 Uit het voorgaande volgt, dat het middel inzake toepassing van een verkeerd juridisch criterium moet worden afgewezen.

2. De middelen ontleend aan verkeerde beoordeling van de interne concurrentie op het gebied van de prijzen en op andere gebieden

a) Argumenten van partijen

658 Verzoeksters voeren twee middelen aan. Het eerste is ontleend aan verkeerde beoordeling van de interne concurrentie op het gebied van de prijzen, het tweede aan verkeerde beoordeling van de interne concurrentie op andere gebieden.

659 Wat in de eerste plaats de prijsconcurrentie betreft, betogen verzoeksters, dat de beoordeling van de nieuwe bewijselementen die zij met betrekking tot hun individuele strategie op het gebied van de prijzen hebben voorgelegd, economisch en juridisch niet overeen valt te brengen met de vaststelling van een collectieve machtspositie.

660 Om te beginnen, aldus verzoeksters, moet men onderscheid maken tussen de conferencetarieven en de zelfstandige-actietarieven. Tot de conferencetarieven behoren de tarieven van de tarieflijst („het tarief”) en die van de conference-dienstencontracten. De tarieflijst omvat op zijn beurt de standaardtarieven voor het vervoer van bepaalde categorieën goederen ongeacht de hoeveelheid („class tariff”) en de TVR's voor het vervoer van een bepaald volume gedurende een bepaalde periode. Al deze tarieven hebben gemeen, dat zij door de leden van de conference gezamenlijk worden vastgesteld. De zelfstandige-actietarieven omvatten de zelfstandige acties ten aanzien van zowel standaardtarieven als TVR's („time/volume rates independent action” of „TVRIA's”) en de individuele

dienstencontracten. Deze komen tot stand door rechtstreekse onderhandelingen tussen de verlader en het lid (of, in geval van gezamenlijke dienstencontracten, de leden) van de conference.

- 661 Zowel de conferencetarieven als de zelfstandige-actietarieven vormen een weerspiegeling van de mededinging op de markt. Bij de bepaling van de conferencetarieven moet rekening worden gehouden met de concurrentie van niet-leden, rederijen die alternatieve routes bedienen, zelfstandige acties, andere vervoerwijzen en de koopkracht van de gebruikers. Door deze mededinging, zo betogen verzoeksters, zijn de tarieven in het transatlantische vaargebied laag, zoals blijkt uit de conclusies van de rapporten van Drewry en Mercer.
- 662 Verzoeksters betogen dat men in het geval van een lijnvaartconference slechts tot het bestaan van een gemeenschappelijk prijsbeleid kan concluderen, wanneer alle of nagenoeg alle vracht door de conference tegen het standaardtarief of tegen de tarieven van de conference-dienstencontracten wordt vervoerd. In casu hebben verzoeksters evenwel als reactie op zowel de interne als de externe mededinging een zelfstandig prijsbeleid gevoerd. Het bestaan van interne concurrentie blijkt uit de zelfstandige acties, de individuele en gezamenlijke dienstencontracten en de contracten met de NVOCC's. Wanneer men deze interne concurrentie ontkent, gaat men er feitelijk van uit — en dit is de impliciete stelling van de Commissie —, dat de leden van een lijnvaartconference per definitie als collectiviteit moeten worden onderzocht, ongeacht de bewijzen van interne concurrentie op het gebied van de prijzen of op andere gebieden. Volgens verzoeksters tonen de hierna weer te geven bewijzen aan, dat zij zich bij het vaststellen van de prijzen niet op dezelfde wijze op de markt hebben gedragen. De Commissie heeft op dit punt geen enkel tegenbewijs geleverd.
- 663 Wat in de eerste plaats de zelfstandige acties betreft, stellen verzoeksters, dat die acties, ook al zijn zij vaak van zeer korte duur of dienen zij als tijdelijke oplossing tijdens onderhandelingen over dienstencontracten, een uiting zijn van interne prijsconcurrentie in die zin, dat het voeren van een zelfstandige actie, voor hoe

korte duur ook, een zelfstandige beslissing op prijsgebied is. In het bijzonder wijzen verzoeksters op de mogelijkheid die elk lid van een conference heeft om de zelfstandige actie van een ander lid na te volgen (in de vorm van een „me too”). Deze acties zijn een bewijs van interne concurrentie, want zij geven blijk van de wil van de navolger om competitief te blijven ten opzichte van de initiatiefnemer. Het recht van „me too” is door de US Shipping Act gewaarborgd.

664 De voor zelfstandige acties geldende procedure biedt de conferences een ruime bewegingsvrijheid om te reageren op interne en externe concurrentie. Zo moeten zelfstandige acties ten aanzien van de standaardtarieven worden aangemeld bij het conference-secretariaat, dat ze weer meedeelt aan alle leden van de conference en ze publiceert in het nieuwe conferencetarief, zodat elke verlader er tijdens de looptijd ervan gebruik van kan maken zonder verplicht te zijn het vervoer te laten verrichten door het lid waarvan het initiatief is uitgegaan. Wat de TVRIA's betreft, kan elk lid van de conference zich bij die acties aansluiten, mits hij dat doet voordat het tarief van kracht wordt en de initiatiefnemer ermee akkoord gaat. Verder wijzen verzoeksters erop, dat volgens de regels van de FMC het tarief, nadat het door een verlader is geaccepteerd, niet meer kan worden gewijzigd, ook niet wanneer het conferencetarief nadien wordt verlaagd.

665 Verzoeksters verklaren, dat de leden van de TACA in de jaren 1994 tot en met 1997 tal van zelfstandige acties hebben gevoerd. Op basis van de gegevens betreffende de TVRIA's over 1996 stellen zij, dat (i) in dat jaar 8,3 % van al het vervoer op de transatlantische route in het kader van een TVRIA is verricht; (ii) zij een uiteenlopend beleid op dat gebied hebben gevoerd (terwijl, bijvoorbeeld, twee leden van de TACA bij geen enkele TVRIA betrokken waren, hebben twee andere leden meer dan 20 % van hun totale vracht in dat kader vervoerd); (iii) ofschoon zij niet hebben kunnen vaststellen hoeveel vracht in het kader van een zelfstandige actie ten aanzien van de standaardtarieven is vervoerd, het duidelijk is, dat het in dat kader vervoerde volume groter is dan het volume in het kader van de TVRIA's alleen.

666 Aan de hand van de cijfers over het jaar 1996 zetten verzoeksters voorts uiteen dat de mededinging tussen de leden van elk van de consortia waarbij de leden van de TACA zijn aangesloten, door zelfstandige en „me too“-acties wordt gekenmerkt. Dit weerlegt de bewering in punt 198 van de considerans van de bestreden beschikking, dat „vessel sharing agreements het effect hebben dat zij het aantal onafhankelijke acties van hun leden verminderen”. Verzoeksters tekenen hierbij aan, dat de in punt 197 van de considerans van de beschikking weergegeven verklaring van een ambtenaar van de FMC, waarop de aangehaalde bewering is gebaseerd, niet het officiële standpunt van de FMC weergeeft. Uit het feit dat de FMC een groot aantal „vessel sharing agreements” heeft geaccepteerd, blijkt overigens dat die instantie geen enkel verband legt tussen dat soort overeenkomsten en het aantal en de omvang van de door de leden ondernomen zelfstandige acties. Verzoeksters nemen er nota van, dat de Commissie in haar verweerschrift dit punt van de bestreden beschikking als van ondergeschikt belang beschouwt, maar houden staande, dat de Commissie geen enkel bewijs voor haar vaststelling heeft geleverd.

667 Ten slotte betwisten verzoeksters de relevantie van de vergelijking, in tabel 4 van de bestreden beschikking, tussen de zelfstandige acties in het transpacifische en die in het transatlantische vaargebied. Zij merken op, dat (i) de Commissie geen enkele indicatie verschaft over de relatieve omvang van die twee vaargebieden; (ii) de Commissie er geen rekening mee houdt, dat bij de TACA elke aanmelding van een zelfstandige actie slechts eenmaal wordt geteld, ongeacht het aantal betrokken tarieflijnen (in termen van goederen en routes), terwijl in het transpacifische vaargebied richting Azië zelfstandige acties voor elke soort goederen en voor elke route waarvoor zij gelden, worden geregistreerd; (iii) in het kader van de TACA, dat standaardtarieven kent, zelfstandige acties ten aanzien van een categorie verscheidene soorten goederen kunnen betreffen, terwijl in het transpacifische vaargebied, waar een tarief „per goed” geldt, zelfstandige acties veelal op een welbepaald goed betrekking hebben, en (iv) de Commissie niet aangeeft, uit welke bron zij haar gegevens heeft. Tot staving van hun kritiek leggen verzoeksters een verklaring over van de heer Conrad, Deputy Executive Director van het Transpacific Stabilisation Agreement en voormalig General Manager en Managing Director van het Asia North America Eastbound Rate Agreement, die uitlegt waarom tabel 5 van de bestreden beschikking geen steun geeft aan de conclusies van de Commissie.

668 Wat in de tweede plaats de dienstencontracten betreft, verklaren verzoeksters, dat zij in 1996 in totaal 92 individuele en gezamenlijke dienstencontracten hebben gesloten; deze vertegenwoordigen 17,8 % van alle door hen gesloten dienstencontracten en 15,3 % van de totale in 1996 door hen vervoerde vracht. De deelneming aan de gezamenlijke dienstencontracten vormt een aanwijzing voor het verschillende commerciële beleid van elk van de leden van de TACA. Terwijl sommige leden aan geen van die contracten hebben deelgenomen, waren zeven leden betrokken bij tenminste één contract en acht leden bij meer dan 70 contracten. Over die dienstencontracten behoeft niet te worden gestemd binnen de conference. Aangezien bijna alle verzoeksters in meerdere of mindere mate individuele of gezamenlijke dienstencontracten hebben gesloten, verklaren verzoeksters de strekking van de opmerking van de Commissie niet te begrijpen, dat iets minder dan de helft van de contracten met eigenaren/verladers is gesloten. Met betrekking tot de door de Commissie gesignaleerde omstandigheid, dat bijna alle dienstencontracten verschillende prijzen vermelden, merken verzoeksters op, dat die het resultaat zijn van de eigen strategie van elke vervoerder afzonderlijk. Ook het feit dat sommige verladers een deel van hun vracht onder conference-dienstencontracten hebben verzonden, laat zien dat de afzonderlijke vervoerders zaken willen doen als individuele ondernemers, die op de gehele markt van de conference zowel concurreren met andere conferenceleden als met maatschappijen die niet bij de conference zijn aangesloten.

669 Volgens verzoeksters heeft het sluiten van die dienstencontracten een verlaging van het conferencetarief tot gevolg gehad. Zo heeft het individuele dienstencontract voor het vervoer van auto-onderdelen en chemische producten, dat Hanjin in 1996 met Wittwer Schwelm sloot, na een „me too” van Ocean World Lines, een NVOCC, geleid tot een verlaging van de standaardtarieven voor verschillende goederen met maximaal 17,7 %. Deze gegevens zijn de Commissie in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar verstrekt, maar de Commissie heeft ze in de bestreden beschikking zonder de minste toelichting buiten beschouwing gelaten.

670 Wat in de derde plaats de mededinging om het vervoer van vracht van NVOCC's betreft, toont de individuele strategie van elk van de leden van de TACA volgens

verzoeksters aan, dat er geen collectieve machtspositie bestaat. Zo blijkt uit de in het verzoekschrift verstrekte cijfers, dat in 1994 zeven van de toenmalige 16 leden van de TACA, in 1995 negen van de toenmalige 17 leden, in 1996 15 van de 17 leden en in 1997 16 van de 17 leden met elkaar concurreerden om het vervoer van vracht van NVOCC's. Verder blijkt uit die cijfers, dat het aandeel van elk van de verzoeksters in de totale hoeveelheid door de conference vervoerde NVOCC-vracht in de loop van de relevante periode aanzienlijk schommelde, hetgeen ook een bewijs is voor het uiteenlopende beleid van de leden van de TACA op dat punt. Zo is bijvoorbeeld het aandeel van Hapag-Lloyd in de NVOCC-vracht van de conference gestegen van 0,9 % in 1994 tot 9,6 % in 1997, ten koste van de maatschappijen die traditioneel dat soort vracht vervoerden. De verklaring daarvoor is door de raadsman van verzoeksters geleverd in een brief van 3 mei 1995 aan de Commissie, die de volgende uiteenzetting bevat:

„Wat echter FCL (,full container load cargo')-vracht betreft, geven sommige partijen bij de TACA in het kader van hun globaal bedrijfsbeleid en hun strategie inzake planning, marketing en investeringen de voorkeur eraan, geen grote commerciële afdeling en/of uitgebreid netwerk van agenten aan te houden om vracht te werven bij de talrijke kleine en middelgrote verladers van eigen FCL-vracht. Deze scheepvaartmaatschappijen gaan bijgevolg meer gebruik maken en afhankelijker worden van de [NVOCC's] voor het werven en samenstellen van belangrijke volumes FCL-vracht. In tegenstelling tot deze partijen bij de TACA kiezen anderen ervoor een grote commerciële afdeling, een afdeling voor klantenservice en een uitgebreid netwerk van agenten aan te houden en de vaste kosten daarvan te dragen. Deze scheepvaartmaatschappijen gaan veel meer rechtstreeks met de verladers van eigen FCL-vracht zaken doen en zijn derhalve geneigd om de NVOCC's als concurrerende, rivaliserende vervoerders te beschouwen (omdat ook deze laatsten voor de FCL-vracht van eigenaren/verladers in de running zijn).”

671 Tot de eerste groep behoort bijvoorbeeld Cho Yang, wier aandeel in de NVOCC-vracht van de conference is gedaald van 19,5 % in 1994 tot 8,3 % in

1997. In repliek preciseren verzoeksters, dat het de oude onafhankelijke maatschappijen zijn, die niet over de marketing- en verkoopstructuren beschikken welke voor een effectieve mededinging met de eigenaren/verladers noodzakelijk zijn, die zich voor die structuren op de NVOCC's verlaten. Al die verschillende strategieën met betrekking tot NVOCC-vracht hebben volgens verzoeksters een aanmerkelijke mededinging tussen de leden van de TACA doen ontstaan, waardoor sommige leden een groot deel van die activiteit aan andere leden hebben verloren.

- 672 Op grond van een en ander wijzen verzoeksters de bewering van de Commissie van de hand, dat „de meeste partijen bij de TACA niet om deelneming aan dienstencontracten met NVOCC's concurreren” (punt 296 van de bestreden beschikking van de considerans). Zij wijzen erop dat de Commissie, ofschoon zij de brief van 3 mei 1995 in voetnoot 55 bij punt 151 van de considerans van de beschikking weergeeft, hun toelichting heeft geïgnoreerd. Voorts verwijten zij de Commissie zich voor haar bewering uitsluitend op de gegevens over 1995 te hebben gebaseerd, zonder aandacht te schenken aan de tendensen en ontwikkelingen die zich op de markt hebben voorgedaan als gevolg van de variaties in de individuele strategie van elk der partijen bij de TACA. Ten slotte merken zij op, dat de bewering van de Commissie enkel de dienstencontracten met NVOCC's lijkt te betreffen. Uit de in het verzoekschrift verschaftte gegevens blijkt echter, dat Hapag-Lloyd al haar NVOCC-vracht in de jaren 1994, 1995 en 1996 in het kader van TVR's heeft vervoerd en dat in 1994 die maatschappij als enige zo te werk is gegaan. In 1995 en 1996 hebben ook andere verzoeksters NVOCC-vracht in het kader van TVR's vervoerd. Daarbij preciseren verzoeksters, dat vanaf 1994 alle NVOCC-vracht in het kader van TVR's niet tegen een gezamenlijk overeengekomen tarief is vervoerd, maar tegen een tarief dat de maatschappijen individueel in het kader van TVRIA's hebben bepaald.

- 673 De kritische opmerking van de Commissie, dat het grootste deel van de NVOCC-vracht door vier leden van de TACA is vervoerd, komt er volgens verzoeksters op neer, dat de leden van de TACA slechts voldoende verschillende strategieën zouden hebben indien zij allemaal hetzelfde deden. Waar het echter om gaat, is of de leden van de TACA met betrekking tot NVOCC-vracht verschillende strategieën hebben toegepast. Dat hebben zij inderdaad gedaan: uit

het voorgaande blijkt duidelijk, dat er met betrekking tot het vervoer van NVOCC-vracht in de loop van de tijd aanzienlijke veranderingen zijn opgetreden. Of voor dat vervoer van dienstencontracten of van TVR's gebruik is gemaakt, is zonder belang. Wat van belang is, is de mededinging om die vracht.

674 Wat in de tweede plaats de andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie betreft, stellen verzoeksters, dat de beoordeling van de bewijzen die zij in dat verband met betrekking tot hun individuele strategie hebben geleverd, economisch en juridisch niet overeen valt te brengen met de vaststelling van een collectieve machtspositie. In het bijzonder verwijten verzoeksters de Commissie, in punt 194 van de considerans van de bestreden beschikking te hebben vastgesteld, dat „het door elke scheepvaartmaatschappij aangeboden ‚product‘ [...] in feite niet meer van dat van de andere maatschappijen [valt] te onderscheiden”, ondanks de vele bewijzen van andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie, die zij tijdens de administratieve procedure hadden voorgelegd.

675 Vooraf merken verzoeksters op dat de diensten welke de zeevervoerders aanbieden, niet enkel die zijn welke uitdrukkelijk in de dienstencontracten worden vermeld, maar ook de „diensten met toegevoegde waarde” omvatten, dat wil zeggen die welke bepalend zijn voor de keuze die de verlader in het precontractuele stadium maakt tussen de vervoerders die een aanbod voor het vervoer van een bepaalde vracht hebben gedaan, voor de keuze om met deze of gene vervoerder zaken te doen, en voor de keuze van een bepaalde vervoerder in het kader van een conference-dienstencontract of een gezamenlijk gesloten individueel dienstencontract. Deze mededingingsaspecten komen hun uiting in de conference-dienstencontracten, de specifieke eisen die de verladers aan de dienstverlening stellen, en de „diensten met toegevoegde waarde”.

676 Met betrekking tot de conference-dienstencontracten wijzen verzoeksters erop dat wanneer een dergelijk contract wordt gesloten, het de verlader is die op grond van zijn commercieel oordeel beslist over de verdeling van de vracht tussen de deelnemende vervoerders. Op basis van de in het verzoekschrift verschaftte gegevens betogen verzoeksters, dat in de meeste gevallen de hoofdvervoerder („lead carrier”) van jaar tot jaar een andere is en dat het door deze vervoerde

gedeelte van de vracht van jaar tot jaar aanmerkelijk verschilt. Onjuist is dat, zoals de Commissie op basis van bijlage V bij de bestreden beschikking stelt, de meeste veranderingen van vervoerder plaats vonden binnen de groepen van vervoerders die partij bij een zelfde overeenkomst waren. Uit die bijlage blijkt integendeel, dat het respectieve aandeel van de verladers aan de vracht die door de tot elke groep behorende vervoerders werd vervoerd, in de jaren 1994 tot en met 1996 aanzienlijk is gewijzigd. Aangezien de tarieven van de conference-dienstencontracten in het kader van de conferenceprocedures overeen waren gekomen, zijn die veranderingen volgens verzoeksters aan andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie toe te schrijven.

677 Met betrekking tot de vraag van de verladers naar specifieke diensten, stellen verzoeksters, dat de verladers zich bij hun keuze van de vervoerder laten leiden door de door deze aangeboden gespecialiseerde diensten „met toegevoegde waarde”. Er bestaat overigens een heel scala van diensten die, elk apart of in combinatie met andere, de keuze van de verlader bepalen.

678 Tot staving hiervan verwijzen verzoeksters in de eerste plaats naar de verklaringen van verladers tijdens de onderhandelingen over conference-dienstencontracten met het TACA-secretariaat. Dat verladers veel belang hechten aan verschillen in het niveau van de door de vervoerders geboden diensten, blijkt in het bijzonder uit het feit dat zij lagere tarieven verlangen van de vervoerders wier dienstverlening in hun ogen kwalitatief minder goed is. De verschillen hebben betrekking op de duur van het vervoer, de beschikbaarheid van materieel en „slots”, de aanloophavens, de inhoud van de diensten, de verkoopservice en de laadsnelheid. In de tweede plaats verwijzen verzoeksters naar de eisen die de verladers in hun offerte-aanvragen stellen en naar de antwoorden van de vervoerders op die aanvragen. Ook die stukken illustreren de variëteit van de van de individuele vervoerder verlangde specifieke diensten. Met betrekking tot de omstandigheid dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure om vertrouwelijke behandeling van die offerte-aanvragen hebben verzocht, zodat de Commissie de verladers niet om hun mening kon vragen, betogen verzoeksters, dat dit de Commissie geenszins belette een algemeen onderzoek te verrichten. In de derde plaats wijzen verzoeksters erop, dat de meeste conference-dienstencontracten standaardclausules bevatten over, enerzijds, collectieve verplichtingen

van de vervoerders inzake regelmatige dienstregelingen, beschikbaarheid van scheepsruimte, aanloophavens, vervoersduur en containers en, anderzijds, individuele verplichtingen inzake bekendmaking van dienstregelingen, veiligheid en specifieke diensten en materieel. Een groot aantal dienstencontracten uit 1995 bevat bovendien clausules inzake met individuele verladers overeengekomen diensten. In hun verzoekschrift sommen verzoeksters 16 van dergelijke clausules op. De bewering in punt 146 van de considerans van de bestreden beschikking, dat „[d]e Commissie heeft vernomen dat agenten van de scheepvaartmaatschappijen beweren, dat de bepalingen van de TAA/TACA hun niet toestaan iets anders dan een standaarddienstencontract aan te bieden, dit wil zeggen een volumegebonden contract zonder bijkomende diensten”, mist derhalve elke grond. Wel moet worden erkend, dat de aspecten die de verlader bij de keuze van een vervoerder in aanmerking neemt, in het algemeen niet in contractuele clausules zijn neergelegd, daar die keuze plaatsvindt op basis van de eerder beschreven toegevoegde-waardefactoren. In de vierde plaats concurreren de leden van de conference met elkaar door in het kader van conference-dienstencontracten individuele diensten aan te bieden. Zo heeft iedere verlader zijn eigen redenen om een bepaalde vervoerder te kiezen. In antwoord op de kritiek van de Commissie, dat in het verzoekschrift niet de mening van de verladers, maar enkel die van verzoeksters wordt weergegeven, betogen dezen, dat de Commissie geen poging heeft gedaan bewijzen van de zijde van de verladers te verkrijgen, en ook de in het verzoekschrift weergegeven verklaringen van verladers afwijst. In de vijfde plaats wijzen verzoeksters ten slotte op het bestaan van algemene samenwerkingsovereenkomsten tussen vervoerders en verladers.

- 679 Ten slotte stellen verzoeksters, dat zij elk hun eigen strategie hebben om aan de eisen van de verladers inzake dienstverlening te voldoen: (i) in het transatlantische vervoer speelt de mededinging tussen de leden van de TACA zich af op het gebied van vervoersduur en aanloophavens, wacht- en afhaaltijden, in het bijzonder bij intermodaal vervoer, en aankondiging van verwachte aankomsttijd en overligdagen. De desbetreffende cijfers bewijzen volgens verzoeksters de onjuistheid van de bewering van de Commissie, dat de partijen bij de TACA wilden bepalen, welke havens zij al dan niet moesten aandoen; (ii) de partijen bij de TACA nemen

individueel het initiatief tot de aankoop van speciaal materieel en het vervoer van niet-gestandaardiseerde containers; (iii) bij de dienstverlening in de havens en op het land beconcurreren de leden van de TACA elkaar op logistiek gebied, met name wat het vermogen betreft om de containers naar de door de verladers gewenste havens terug te brengen, en de mogelijkheid van dienstverlening tijdens het weekend en van bijzondere dienstverlening in geval van late reservering of aflevering; (iv) op het gebied van informatietechnologie zeggen verzoeksters individuele initiatieven te hebben moeten nemen om te voldoen aan de eisen van de verladers inzake elektronische gegevensuitwisseling en internetdiensten, met name om snelle informatie over lopende transporten mogelijk te maken; (v) verzoeksters bieden diverse diensten op douanegebied aan; (vi) niet alle verzoeksters bieden hetzelfde kwaliteitsniveau, in het bijzonder hebben niet alle maatschappijen het ISO 9002-certificaat („quality management”) verkregen, en (vii) ten slotte bieden verzoeksters hun diensten via de traditionele of elektronische media individueel aan en maken zij geen collectieve publiciteit als conference of consortium. Bovendien is hun publiciteit erop gericht, het onderscheid tussen hun eigen diensten en die van de andere maatschappijen te doen uitkomen.

680 Op grond van een en ander concluderen verzoeksters, dat zij verschillende diensten leveren en met elkaar concurreren om aan de specifieke eisen van de verladers te voldoen. Het is dan ook onjuist om te zeggen, dat zij zich op de markt op dezelfde wijze gedragen en daar als een enkele eenheid optreden.

681 Verzoekster in zaak T-213/98 zet uiteen dat de door de Commissie niet betwiste bijzondere omstandigheden van haar individuele situatie bevestigen, dat er geen collectieve machtspositie bestaat. Uit haar commercieel beleid en met name uit de redenen waarom zij zich in 1993 bij de TACA heeft aangesloten, blijkt dat zij autonoom en in concurrentie met de andere TACA-leden handelt en dat men derhalve niet kan zeggen, dat zij een enkele economische eenheid met de andere leden van de TACA vormt.

- 682 In tegenstelling tot wat de Commissie in punt 293 van de considerans van de bestreden beschikking beweert, aldus verzoekster, waren de redenen die haar ertoe brachten lid van de TACA te worden, commercieel gerechtvaardigd. Als traditionele vervoerder die in het transpacifische vaargebied en in het verkeer tussen Europa en Azië actief was, moest zij zich tot een mondiale vervoerder omvormen om zich aan te passen aan de groeiende tendens van haar cliënteel om aankoopbeslissingen sterker regionaal (Noord-Amerika, Europa) of zelfs mondiaal te centraliseren. In die context had verzoekster besloten in het trans-Atlantische vaargebied actief te worden, teneinde haar cliënten een enkel netwerk („one stop shop”) voor het vervoer van hun goederen over de hele wereld te kunnen aanbieden.
- 683 Gezien de verliezen die de leden van de TACA jaarlijks in dat vaargebied leden (zie punt 590, sub b, van de considerans van de bestreden beschikking), zou het opzetten van een onafhankelijke dienst naar het oordeel van NYK te riskant zijn geweest. Voor haar activiteiten in dat gebied had zij daarom gekozen voor een consortiumovereenkomst met Hapag-Lloyd en NOL (Pacific Atlantic Express), met het doel zowel een transatlantische als een transpacifische dienst aan te bieden. Verzoekster erkent, dat haar aanwezigheid op de transatlantische markt marginaal is gebleven. De reden hiervan is, dat haar traditioneel cliënteel voornamelijk vrachtvervoer in het transpacifische vaargebied verlangt en dat het moeilijk was te voorzien, in welke mate het cliënteel haar ook het vrachtvervoer in het transatlantische vaargebied zou gunnen.
- 684 De reden dat zij zich vervolgens bij de TAA/TACA heeft aangesloten, is volgens verzoekster het feit, dat haar beoogde cliënten in Europa en Noord-Amerika die conference voor het vervoer van hun vracht gebruikten. Bovendien was het haar gewoonte om in conferencekader te opereren en zou haar aansluiting bij de TACA bevorderlijk zijn voor de stabiliteit in dat vaargebied, in overeenstemming met de in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 genoemde doelstelling. Aangezien ten slotte het lidmaatschap van een conference ingevolge het Amerikaanse recht niet kan worden geweigerd en dat lidmaatschap toegang geeft tot de dienstencontracten van de conference op gelijke voet met de

andere leden ervan, had NYK eenvoudig de door het Amerikaanse recht geboden mogelijkheden aangegrepen om in het kader van een nieuwe wereldomspannende dienst meer vracht op de transatlantische route te krijgen.

- 685 De redenen die verzoekster ertoe brachten lid van de TACA te worden, waren ook bepalend voor het onafhankelijke commerciële beleid dat zij na haar aansluiting heeft gevoerd. Zo heeft zij zich met haar commercieel beleid in het transatlantische vaargebied met name gericht op haar traditionele cliënten in andere vaargebieden. Het voordeel dat zij haar cliënten kon bieden, bestond enerzijds in de mogelijkheid de transatlantische vracht geheel per schip, via het Panamakanaal, naar de Westkust van de Verenigde Staten en de transpacificische lijnen te laten vervoeren, en anderzijds in de verbindingen met de Canadese havens buiten de conference om.
- 686 Anders dan de Commissie in de bestreden beschikking doet voorkomen (punt 293 e.v. van de considerans), garandeert het lidmaatschap van de TACA een vervoerder geenszins succes in een nieuw vaargebied. De onmiddellijke toegang tot de dienstencontracten van de TACA geeft niet de zekerheid dat men in de onder die contracten vallende vracht kan delen, want iedere vervoerder moet zelf de verladers overhalen hem vracht te geven. De Commissie concludeert in punt 564 van de considerans dus ten onrechte, dat de onmiddellijke toegang tot de conference-dienstencontracten Hyundai ertoe heeft aangezet zich bij de TACA aan te sluiten. Verzoekster wijst er voorts op, dat zij dankzij haar verschillende commerciële initiatieven weliswaar enkele nieuwe cliënten heeft gewonnen en tot nieuwe markten is doorgedrongen (bijvoorbeeld de markt van persoonlijke goederen in Groot-Brittannië), maar dat zij onder meer om logistieke redenen ook cliënten heeft verloren en enkele markten heeft moeten opgeven. Haar markt-aandeel in het relevante vaargebied is zo gedaald van 0,9 % in 1994 tot 0,6 % in 1995 en 1996.
- 687 Verzoekster meent derhalve, dat de Commissie niet staande kan houden dat de marktaandelen van de leden van de TACA tijdens de relevante periode steeds onveranderd zijn gebleven en dat dit een bewijs is van het ontbreken van

mededinging. Hoe dan ook betekent het gelijk blijven van marktaandeelen volgens verzoekster niet noodzakelijk, dat er geen mededinging is. In de zeevaartsector is het een natuurlijke zaak, dat de marktaandeelen overeenkomen met de vervoerscapaciteit van de maatschappijen op de betrokken lijn, en gelijkblijvende marktaandeelen kunnen ook hun verklaring vinden in de trouw of in het overgaan van cliënten. Deze stelling vindt volgens verzoekster steun in de in het verweerschrift van de Commissie aangehaalde economische doctrine, want Scherer & Ross (*Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990) erkennen dat er vaak van merk wordt gewisseld aangezien de consumenten geen voorkeur hebben. Het is dan ook van weinig belang dat de zeevervoerders „tevergeefs proberen hun producten te differentiëren”, zoals die auteurs zeggen.

688 Verzoekster betoogt nog, dat zij nooit heeft besloten zich te onthouden van mededinging om vracht teneinde het voor Hyundai en Hanjin gemakkelijker te maken zich op de markt te vestigen. Commercieel bestond daar geen enkele rechtvaardiging voor, omdat een weigering cliënten te bedienen, tot gevolg kon hebben dat men ze ook in andere vaargebieden zou verliezen.

689 Aangezien aansluiting bij de conference niet kan worden geweigerd en er binnen de TACA geen overeenkomst bestaat inzake beperking van de door elke vervoerder afzonderlijk aangeboden capaciteit, kan de conference die capaciteit, in het bijzonder die van de onafhankelijke vervoerders, niet controleren. Hieruit blijkt volgens verzoekster, dat de partijen bij de TACA niet in staat zijn ten aanzien van een wezenlijk aspect van de verhouding tussen vraag en aanbod als een enkele economische eenheid op te treden of potentiële mededinging uit te schakelen

690 Meer in het bijzonder met betrekking tot de prijsconcurrentie preciseert verzoekster, dat het in vergelijking met de andere leden van de TACA relatief geringe aantal zelfstandige acties, ook die in de vorm van TVR's of individuele of gezamenlijke dienstencontracten, die zij op prijsgebied heeft gevoerd en die in de

tabellen in het gemeenschappelijk deel van het verzoekschrift zijn vermeld, niet moet worden gezien als een aanwijzing dat zij geen gebruik heeft gemaakt van haar recht om een zelfstandig prijsbeleid te voeren. In de eerste plaats dient men te bedenken, dat het daarbij om absolute cijfers gaat, die gezien moeten worden in de context van haar kleine marktaandeel in het relevante vaargebied. In de tweede plaats houden die gegevens geen rekening met haar acties op de lijnen naar de Canadese havens, waar zij buiten elke conferentie om werkt. En ook al moge de NVOCC-vracht die zij heeft vervoerd, weinig omvangrijk lijken, dit neemt niet weg dat een van haar grootste cliënten een NVOCC is en dat de voor deze vervoerde vracht in 1995 25 % van haar westwaarts vervoer uitmaakte. Verzoekster beklemtoont, dat meer dan 30 % van de westwaartse vracht, daaronder begrepen die naar de Canadese havens, voor NVOCC's werd vervoerd.

- 691 De door de Commissie gestelde omstandigheid dat verzoeksters deel uitmaken van een lijnvaartconferentie die een groepsvrijstelling voor de bepaling van de zeevervoerstarieven heeft, is volgens verzoekster irrelevant, aangezien verzoeksters het bestaan van mededinging ten aanzien van andere factoren hebben bewezen. De Commissie heeft het bestaan van een dergelijke mededinging met betrekking tot een consortium overigens erkend (beschikking P&O/Nedlloyd, reeds aangehaald). De TACA nu omvat verschillende consortia. Ook in de context van verordening (EG) nr. 870/95 van de Commissie van 20 april 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) krachtens verordening nr. 479/92 (PB L 89, blz. 7, zie punt 8 van de considerans en artikel 5, tweede streepje), heeft de Commissie uitdrukkelijk erkend dat er een daadwerkelijke mededinging tussen de leden van een conferentie kan bestaan op het punt van de aangeboden diensten, waarbij het bestaan van een dergelijke mededinging een voorwaarde is voor de toepassing van de vrijstellingsregeling.

- 692 Ten slotte merkt verzoekster op, dat in de bestreden beschikking niet wordt ingegaan op de vraag, of haar deelneming aan de TACA een zodanig merkkelijk gevolg op de relevante markt heeft gehad, dat gezegd kan worden dat zij heeft bijgedragen in de misbruiken van een groep ondernemingen met een collectieve machtspositie.

693 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt geen van de argumenten die verzoeksters in het kader van de hier besproken middelen hebben aangevoerd, voor gegrond en concludeert bijgevolg tot de afwijzing ervan.

b) Beoordeling door het Gerecht

694 Met de argumenten die zij in het kader van de hier besproken middelen aanvoeren, betogen verzoeksters, kort gezegd, dat de aanzienlijke interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA niet overeen valt te brengen met de vaststelling van een collectieve machtspositie.

695 In het midden latend of het bestaan van aanzienlijke interne concurrentie binnen een lijnvaartconferentie in de zin van verordening nr. 4056/86 ongunstig kan zijn voor de verkeersstabiliteit, die de rechtvaardiging vormt voor de toepassing van de groepsvrijstelling overeenkomstig die verordening, en derhalve de Commissie aanleiding kan geven om die groepsvrijstelling in te trekken, moet aan verzoeksters worden toegegeven, dat een aanzienlijke interne concurrentie er ook op kan wijzen, dat de leden van een lijnvaartconferentie ondanks de diverse banden of correlatiefactoren die tussen hen bestaan, niet in staat zijn hun optreden op de markt zodanig te coördineren, dat zij tegenover derden als een enkele eenheid verschijnen en een collectieve beoordeling van hun marktpositie in het kader van artikel 86 van het Verdrag dus gerechtvaardigd is.

696 In casu brengen verzoeksters gegevens betreffende prijsconcurrentie en betreffende andere vormen van concurrentie naar voren. Verder doet verzoekster in zaak T-213/98 een aantal specifieke argumenten gelden.

i) Interne prijsconcurrentie

⁶⁹⁷ Verzoeksters betogen dat uit de zelfstandige acties, de dienstencontracten en het vervoer van vracht voor NVOCC's blijkt van de mededinging die er tussen de leden van de TACA op het gebied van de prijzen bestaat. Zij beklemtonen, kort samengevat, dat zelfstandige acties en individuele dienstencontracten leiden tot lagere prijzen dan waarin het tarief voorziet, terwijl in de conference-dienstencontracten en het vervoer van NVOCC-vracht de individuele commerciële strategieën tot uiting komen, daar sommige leden van de TACA daar meer gebruik van maken dan andere.

⁶⁹⁸ Wat in de eerste plaats de zelfstandige acties betreft, dat wil zeggen het recht dat de Amerikaanse wetgeving toekent aan elk lid van een lijnvaartconference om prijzen aan te bieden die lager zijn dan het conferencetarief, moet worden opgemerkt, dat deze door de wetgeving van een derde staat geboden mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden af te wijken van de tariefdiscipline die door de prijsvaststellingsovereenkomsten voor het zeevervoer wordt opgelegd, een uitzondering is op het beginsel dat de prijzen door een conference gezamenlijk worden bepaald (arrest TAA, punt 307).

⁶⁹⁹ Zoals de Commissie door verzoeksters onweersproken in punt 104 van de considerans van de bestreden beschikking beklemtoont, volgt voorts uit artikel 13 van de TACA, dat de zelfstandige actie ondanks haar benaming ingevolge de regels van de conference aan toezicht en beperkingen is onderworpen, in die zin dat zij vooraf aan het TACA-secretariaat moet worden meegedeeld, wat de andere leden de mogelijkheid geeft zich erbij aan te sluiten of de initiatiefnemer te bewegen ervan af te zien. Zelfstandige actie is dus geen normaal element van de mededinging, waarbij iedere ondernemer zelfstandig zijn eigen marktbeleid bepaalt en al dan niet rechtstreekse contacten tussen de marktdeelnemers met als

doel of gevolg het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent te beïnvloeden of het actuele of voorgenomen eigen marktgedrag aan die concurrent te onthullen, strikt zijn uitgesloten (arrest TAA, punt 307).

700 Tussen partijen staat verder vast, dat zelfstandige acties, naar de Commissie in de punten 215 en 216 van de considerans van de beschikking uiteenzet, soms van zeer korte duur zijn en als tijdelijke oplossing kunnen dienen tijdens onderhandelingen over een dienstencontract.

701 Daarenboven kunnen de door verzoeksters zelf verstrekte gegevens niet de vaststelling in punt 221 van de considerans van de beschikking weerleggen, dat het aantal zelfstandige acties in het transatlantische vaargebied relatief onbeduidend was. Daarbij zij erop gewezen, dat bedoelde gegevens wel het aantal zelfstandige acties van TACA-leden ten aanzien van het tarief, inclusief de TVRIA's, in 1994, 1995 en 1996 vermelden, maar niet de in de eerste twee jaar in het kader van die acties vervoerde vrachtvolumes, zodat zij niet kunnen bijdragen tot het bewijs van het bestaan van een aanzienlijke interne concurrentie. Uit de gegevens betreffende 1996, de enige die met betrekking tot de TVRIA's de in het kader van zelfstandige acties vervoerde vrachtvolumes vermelden, blijkt integendeel, dat de in dat jaar in TVRIA-verband vervoerde vracht slechts een relatief gering gedeelte (8,3 %) van de totale door de partijen bij de TACA vervoerde vracht uitmaakte.

702 In tabel 5 van de bestreden beschikking (bij punt 220 van de considerans) stelt de Commissie vast dat het aantal zelfstandige acties in het trans-Atlantische vaargebied ten opzichte van dat in het transpacifische gebied relatief onbeduidend is. Hoewel verzoeksters de methode van de Commissie om het aantal zelfstandige acties in de twee vaargebieden te berekenen en te vergelijken, betwisten en betogen dat de bestreden beschikking geen verklaring geeft voor het ontbreken

van gegevens over de relatieve omvang van de twee gebieden, brengen zij niets naar voren waaruit zou kunnen blijken, dat de conclusie van de Commissie inzake het onbeduidende aantal zelfstandige acties in het transatlantische vaargebied onjuist is.

- 703 De argumenten waarmee verzoeksters trachten aan te tonen dat er als gevolg van de zelfstandige acties een aanzienlijke interne concurrentie bestaat, moeten bijgevolg worden afgewezen.
- 704 Wat in de tweede plaats de dienstencontracten betreft, heeft de Commissie er in punt 224 van de considerans van de beschikking terecht op gewezen, dat conference-dienstencontracten niet kunnen dienen als bewijs van het bestaan van interne prijsconcurrentie. Aangezien conference-dienstencontracten gezamenlijk binnen de conference volgens de in de TACA geregelde stemprocedures worden gesloten, houden zij immers per definitie de collectieve bepaling in van een gemeenschappelijke prijs voor alle bij dat contract betrokken leden van de conference. De omstandigheid dat sommige leden van de TACA volgens verzoeksters vaker aan conference-dienstencontracten deelnemen dan andere, is irrelevant, daar de verladers die bij dergelijke contracten partij zijn, hoe dan ook een gemeenschappelijke prijs voor het vervoer van hun vracht moeten betalen, ongeacht door welk bij het contract betrokken TACA-lid het vervoer wordt verricht.
- 705 Vervolgens moet met betrekking tot individuele dienstencontracten worden vastgesteld, dat hoewel deze contracten stellig een bron van interne prijsconcurrentie zijn, zij in 1994 en 1995 door de TACA waren verboden. Verzoeksters kunnen ze dus slechts voor één van de drie jaren waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, namelijk 1996, aanvoeren als bewijs van het bestaan van interne concurrentie. Bovendien blijkt uit de door verzoeksters zelf verstrekte cijfers, dat individuele dienstencontracten in 1996 slechts 15,3 % van alle door de TACA vervoerde vracht vertegenwoordigden. Volgens dezelfde gegevens waren de

meeste van die individuele dienstencontracten door meer vervoerders gezamenlijk gesloten, wat betekent dat de interne prijsconcurrentie in dat geval niet alle partijen bij de TACA betrof. En ten slotte, juist zoals voor zelfstandige acties het geval is, bevatte de TACA een regeling voor het onderhandelen over en het sluiten van individuele dienstencontracten. Volgens punt 149 van de considerans van de bestreden beschikking bevat artikel 14 van die overeenkomst een aantal beperkingen met betrekking tot de inhoud ervan en de omstandigheden waaronder zij mogen worden gesloten. In punt 447 van de considerans van de beschikking overweegt de Commissie, zonder op dat punt door verzoeksters te zijn tegengesproken, dat die beperkingen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Hieruit volgt, dat ook toen individuele dienstencontracten door de TACA werden toegestaan, zij geen normaal element van de mededinging waren.

706 In verband met hun bewering dat de individuele dienstencontracten tot een tariefsverlaging hebben geleid, weten verzoeksters niet aannemelijk te maken dat er en oorzakelijk verband bestaat tussen de individuele dienstencontracten en de door de TACA besloten tariefsverlagingen voor de in hun verzoekschrift genoemde goederen. De realiteit van de feiten waarop die bewering is gebaseerd, is dus niet aangetoond. De omstandigheid dat de TACA tot de verlaging zou hebben besloten om haar tarief aan de tarieven van de individuele dienstencontracten aan te passen, is overigens niet geëigend om twijfel aan het bestaan van een collectieve positie te wekken, doch bevestigt juist het bestaan van die positie, want wat eruit blijkt, is het vermogen van de partijen bij de TACA om collectief te reageren op individuele initiatieven van sommigen onder hen door de door deze laatsten aangeboden lagere tarieven tot de gehele conference uit te breiden.

707 De argumenten waarmee verzoeksters trachten aan te tonen dat er als gevolg van de dienstencontracten een aanzienlijke interne concurrentie bestaat, moeten derhalve worden afgewezen.

708 Wat ten slotte het vervoer van NVOCC-vracht betreft, blijkt uit de door verzoeksters verstrekte cijfers over de jaren 1994, 1995 en 1996, dat alle

NVOCC-vracht door de partijen bij de TACA ofwel in het kader van TVR's ofwel in het kader van dienstencontracten is vervoerd. Met betrekking tot de TVR's hebben verzoeksters op een schriftelijke vraag van het Gerecht desbetreffend bewijs geleverd voor hun verklaring in het verzoekschrift, dat alle vracht waarvoor TVR's golden, in werkelijkheid in het kader van zelfstandige acties was vervoerd, zodat het in feite om TVRIA's ging. Deze enkele omstandigheid, ofschoon bewezen, volstaat echter niet om het bestaan van een aanzienlijke prijsconcurrentie binnen de TACA aan te tonen. Immers, in 1994, 1995 en 1996 maakte de NVOCC-vracht slechts 12,5 %, respectievelijk 14,5 % en 15,1 % uit van alle door de TACA in die drie jaar vervoerde vracht. Verder vertegenwoordigde het onder TVRIA's vervoerde gedeelte van de NVOCC-vracht in die jaren slechts 1 %, respectievelijk 4,5 % en 15,5 % van alle door de partijen bij de TACA vervoerde NVOCC-vracht; het overgrote gedeelte ervan werd dus onder dienstencontracten vervoerd. Daar in 1994 en 1995 individuele dienstencontracten door de TACA waren verboden, wil dat zeggen dat in deze twee jaar de onder dienstencontracten vervoerde NVOCC-vracht — in 1994 en 1995 respectievelijk 99 % en 94,5 % van de totale NVOCC-vracht — in het kader van conference-dienstencontracten is vervoerd, die per definitie in gemeenschappelijke prijzen voorzien. Verder verklaart de Commissie, en de partijen weerspreken dit niet, dat 70 % van de in 1996 onder dienstencontracten vervoerde NVOCC-vracht, eveneens in het kader van conference-dienstencontracten is vervoerd.

709 Uit de door verzoeksters zelf verstrekte gegevens blijkt dus, dat tijdens de periode waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, de NVOCC-vracht hoofdzakelijk tegen de door de conference vastgestelde gemeenschappelijke prijzen is vervoerd. Voor het bewijs van een aanzienlijke interne prijsconcurrentie is het daarbij van geen belang, dat sommige partijen bij de TACA meer NVOCC-vracht vervoeren dan andere, daar de NVOCC's voor nagenoeg al hun vracht de door de conference vastgestelde gemeenschappelijke prijs moeten betalen.

710 De argumenten waarmee verzoeksters trachten aan te tonen dat er als gevolg van het vervoer van vracht voor NVOCC's een aanzienlijke interne concurrentie bestaat, moeten bijgevolg worden afgewezen.

- 711 Uit een en ander volgt, dat geen van de door verzoeksters aangevoerde elementen — het voeren van zelfstandige acties ten aanzien van het tarief, het sluiten van dienstencontracten hetzij door de conference hetzij individueel, het vrachtvervoer voor NVOCC's — het bestaan van een aanzienlijke prijsconcurrentie binnen de TACA aannemelijk maakt. Zelfs alle tezamen genomen getuigen die elementen van een mededinging die veel te marginaal is om twijfel te kunnen wekken aan de conclusie, dat een interne prijsconcurrentie ontbreekt als gevolg van het tarief van gemeenschappelijke of eenvormige prijzen, dat de kern vormt van een lijnvaartconference in de zin van verordening nr. 4056/86.
- 712 Nu moet evenwel nog worden nagegaan, of de elementen die verzoeksters met betrekking tot andere vormen van interne concurrentie dan prijsconcurrentie hebben aangevoerd, die conclusie kunnen weerleggen.

ii) Andere vormen van interne concurrentie

- 713 Om het bestaan van een aanzienlijke interne concurrentie op andere gebieden dan dat van de prijzen aan te tonen, stellen verzoeksters kort samengevat in de eerste plaats, dat in het kader van conference-dienstencontracten de „hoofdvervoerder” („lead carrier”) en diens aandeel in de jaarlijks vervoerde vracht van jaar tot jaar verschillen; in de tweede plaats, dat verladers specifieke eisen stellen en de vervoerder kiezen aan de hand van de door deze aangeboden gespecialiseerde diensten; in de derde plaats, dat de partijen bij de TACA verschillende individuele strategieën ontwikkelen om aan de eisen die de verladers aan de dienstverlening stellen, te voldoen.
- 714 Om te beginnen zij erop gewezen, dat het bestaan van andere vormen van concurrentie tussen de leden van een lijnvaartconference dan op het gebied van de prijzen, bijvoorbeeld ten aanzien van de kwaliteit van de dienstverlening, in beginsel niet volstaat om het bestaan van een collectieve machtspositie gebaseerd

op uit hun gemeenschappelijke prijsstellersstrategie afgeleide banden, uit te sluiten, tenzij de omvang en intensiteit van die andere concurrentievormen van dien aard zijn, dat dat gezamenlijke prijsbeleid redelijkerwijs niet de conclusie kan wettigen, dat er sprake is van een enkele entiteit op de markt (conclusie advocaat-generaal Fennelly bij arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 638 supra, punt 34).

- 715 In casu dienen verzoeksters dus niet slechts aan te tonen, dat er binnen de TACA andere vormen van interne concurrentie dan op het gebied van de prijzen bestaan, maar vooral dat die eventuele interne concurrentie van een zodanige omvang en intensiteit is, dat zij een collectieve beoordeling van de partijen bij de TACA verhindert.
- 716 De bewijskracht van de gegevens die verzoeksters op dit punt hebben aangevoerd, dient in het licht van deze overwegingen te worden onderzocht.
- 717 Wat in de eerste plaats de argumenten met betrekking tot de conference-dienstencontracten betreft, moet worden opgemerkt, dat voor het oordeel over het bestaan van andere vormen van interne concurrentie dan prijsconcurrentie, de enkele omstandigheid dat de „lead carrier” waarmee de verladers hun vracht meegeven, elk jaar een andere is, als zodanig irrelevant is, wanneer niet tevens in aanmerking wordt genomen dat elke vervoerder ook partij is bij de consortium-overeenkomsten in het betrokken vaargebied. Zoals de Commissie in punt 232 van de considerans van de bestreden beschikking terecht en door verzoeksters onweersproken opmerkt, is concurrentie op het punt van kwaliteit van dienstverlening uitgesloten, wanneer een vervoerder partij is bij een consortiumovereenkomst zoals die tussen P & O, Nedlloyd, Mærsk en met OOCL, omdat de partijen bij een dergelijke overeenkomst schepen delen en met een gemeenschappelijke dienstregeling werken. Daar consortiumovereenkomsten tot doel hebben de dienstverlening door de deelnemende maatschappijen te uniformeren, speelt de concurrentie op het punt van dienstverlening binnen de TACA zich dus

noodzakelijkerwijze uitsluitend af tussen de verschillende consortia waaruit de TACA bestaat. Om het bestaan van interne concurrentie op het punt van kwaliteit van dienstverlening aan te tonen, aldus de Commissie in punt 233 van de considerans van de beschikking, zouden verzoeksters dus moeten bewijzen, dat de verladers hun ladingen tussen verschillende consortia van vervoerders verschuiven en niet slechts binnen een zelfde consortium.

718 In hetzelfde punt van de considerans constateerde de Commissie evenwel, dat blijkens de gegevens die verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden verstrekt en die in bijlage V bij de beschikking gedeeltelijk zijn weergegeven, de aandelen van de vervoerdersconsortia overwegend stabiel zijn gebleven en dat, enkele gevallen uitgezonderd, er geen verschuivingen tussen consortia zijn geweest.

719 Verzoeksters betwisten deze beoordeling, maar nog ervan afgezien dat zij dat voor het eerst in de repliek doen, zijn de gegevens die zij in het kader van hun beroep verstrekken en waaruit zou moeten blijken, dat bepaalde verladers van „lead carrier” zijn veranderd en dat het aandeel van deze „lead carriers” in de vervoerde vracht van jaar tot jaar varieert, in wezen dezelfde als die welke zij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar aan de Commissie hebben voorgelegd. Uit die gegevens blijkt dat, zoals de Commissie in punt 233 van de considerans van de beschikking heeft vastgesteld, de verandering van „lead carrier” in de meeste gevallen binnen een zelfde consortium heeft plaatsgehad. Met betrekking tot de omstandigheid, dat het door elke „lead carrier” vervoerde gedeelte van de door elke verlader aangeboden vracht van jaar tot jaar zou variëren, kan worden volstaan met de opmerking dat, nu niet wordt aangegeven welke lijnvaartmaatschappijen de rest van de vracht vervoerden, de door verzoeksters verschaftte gegevens het niet mogelijk maken te bepalen naar welk consortium die vracht is gegaan. De door verzoeksters aangevoerde gegevens kunnen derhalve geen twijfel doen rijzen aan de vaststelling in de bestreden beschikking, dat verandering van „lead carrier” plaats heeft gevonden tussen maatschappijen die tot een zelfde consortium behoorden.

- 720 Uit de door verzoeksters aangevoerde elementen blijkt dus niet van het bestaan van een aanzienlijke interne concurrentie ten aanzien van de kwaliteit van de dienstverlening in het kader van conference-dienstencontracten.
- 721 De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve worden afgewezen..
- 722 Wat in de tweede plaats de argumenten inzake de eisen van de verladers betreft, is het stellig zo, dat de verladers van de partijen bij de TACA een bepaald kwaliteitsniveau bij de vervoersdiensten verlangen. Dit is echter op zich van geen enkel belang voor het bewijs van het bestaan van andere vormen van interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA dan op het gebied van de prijzen, tenzij wordt aangetoond, dat de verladers juist wegens de verschillen in de aangeboden diensten vracht van de ene vervoerder naar de andere verschuiven. Verzoeksters nu leveren daarvoor geen bewijs, maar beperken zich tot een opsomming van de door de verladers verlangde diensten.
- 723 Ofschoon verzoeksters voorts beweren, zonder dit op enige manier te staven, dat conference-dienstencontracten, behalve collectieve diensten waartoe alle deelnemende lijnvaartmaatschappijen verplicht zijn, tevens individuele diensten door elk van die maatschappijen afzonderlijk aanbieden, maken zij niet aannemelijk dat juist wegens deze individuele verplichtingen vracht van de ene maatschappij naar de andere wordt verschoven.
- 724 Ten slotte moet worden vastgesteld, dat alle in het verzoekschrift gegeven voorbeelden van overeengekomen bedingen bedingen zijn die door de TACA zijn overeengekomen en collectieve verplichtingen betreffen welke door alle deelnemende maatschappijen kunnen worden aangeboden. In punt 242 van de considerans van de bestreden beschikking merkt de Commissie dus terecht op, dat slechts een gering aantal dienstencontracten op maat gemaakte bedingen

betreffende de aard van de geboden dienst bevatten. Stellig is het juist dat individuele dienstencontracten meer bijzondere bedingen bevatten dan conference-dienstencontracten, maar daar staat tegenover, dat individuele dienstencontracten pas vanaf 1996 door de TACA werden toegestaan. Overigens blijkt uit de door verzoeksters verstrekte gegevens, dat de door de partijen bij de TACA in het kader van individuele dienstencontracten vervoerde vracht slechts 15,3 % uitmaakte van alle door de TACA vervoerde vracht en dat slechts een minderheid van die contracten door één vervoerder afzonderlijk was gesloten.

- 725 De door verzoeksters verstrekte gegevens kunnen dus geen twijfel doen rijzen aan de vaststellingen van de bestreden beschikking op dit punt.
- 726 De argumenten van verzoeksters inzake de door de verladers gestelde eisen moeten derhalve worden afgewezen.
- 727 Ook wat, in de derde plaats, de argumenten met betrekking tot de individuele strategie van elk der partijen bij de TACA betreft, moet worden vastgesteld, dat uit geen van de door verzoeksters verstrekte gegevens blijkt, dat de verschillen tussen de aan de verladers aangeboden diensten een belangrijke rol hebben gespeeld bij de keuze van de voor het vervoer van de vracht gekozen lijnvaartmaatschappij.
- 728 De argumenten van verzoeksters op dit punt zijn dus zonder belang en moeten derhalve worden afgewezen.

729 Uit een en ander volgt dat, voorzover de door verzoeksters aangevoerde elementen het bestaan van andere vormen van interne concurrentie dan prijsconcurrentie al aannemelijk maken, er niet uit blijkt van een naar omvang en intensiteit dusdanige concurrentie, dat zij tegen het ontbreken van prijsconcurrentie als gevolg van het bestaan van eenvormige of gemeenschappelijke vrachttarieven opweegt.

iii) De specifieke argumenten van verzoekster in zaak T-213/98

730 In de eerste plaats stelt verzoekster, dat zij haar eigen commerciële redenen had om zich bij de TACA aan te sluiten, en binnen de conference een zelfstandig beleid heeft gevoerd. Dienaangaande zij opgemerkt dat volgens verzoeksters eigen gegevens haar marktaandeel in het relevante vaargebied tijdens de periode gedurende welke de door de bestreden beschikking gewraakte inbreuken plaatsvonden, minder dan 1 % bedroeg. Zelfs wanneer verzoeksters goeddeels onbewezen beweringen over het zelfstandige karakter van haar commercieel beleid juist zouden zijn, kan haar concurrentie met de andere partijen bij de TACA op zich dus nooit een dusdanige omvang en intensiteit hebben gehad, dat de collectieve positie van de partijen bij de TACA in het relevante vaargebied, voortvloeiend uit de in de punten 525 tot en met 531 van de considerans van de bestreden beschikking genoemde banden, erdoor in gevaar werd gebracht.

731 Met betrekking tot verzoeksters tweede argument, te weten dat stabiele marktaandelen niet per se op het volledig ontbreken van concurrentie behoeven te wijzen, omdat zij ook een gevolg kunnen zijn van de trouw van cliënten of van compensatie door het overgaan van cliënten, kan worden volstaan met op te merken, dat verzoekster geen enkel bewijs van het bestaan van een daadwerkelijke mededinging weet aan te voeren. Integendeel, wanneer verzoekster in dit verband beklemtoont, dat het een natuurlijke zaak is dat in de zeevaartsector de marktaandelen overeenkomen met de door de maatschappijen op elke lijn aangeboden scheepsruimte, vormt dit juist een bevestiging van het ontbreken van

interne concurrentie tussen de leden van een lijnvaartconferentie. Het binnen de conferentie gehanteerde gemeenschappelijke tarief vormt immers voor de lijnvaartmaatschappijen geen stimulans om hun capaciteit te vergroten teneinde door een agressief prijsbeleid hun marktaandeel uit te breiden, aangezien het aanbod van nieuwe scheepsruimte geen invloed zou hebben op de prijzen. In de punten 233 en 239 van de considerans heeft de Commissie dus terecht opgemerkt, dat het stabiel blijven van de marktaandelen van de partijen bij de TACA in de relevante periode een aanwijzing is voor het ontbreken van een sterke interne concurrentie.

732 In de derde plaats stelt verzoekster, dat waar aansluiting bij de conferentie niet kan worden geweigerd en er binnen de TACA geen regeling bestaat ter beperking van de door elke vervoerder afzonderlijk aangeboden capaciteit, de TACA ten aanzien van een wezenlijk aspect van de verhouding tussen vraag en aanbod niet in staat is als collectiviteit op te treden. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de omstandigheid dat er binnen de TACA geen regeling bestaat voor een gezamenlijke behandeling van bepaalde aspecten van de commerciële betrekkingen tussen haar leden, op zich zonder belang is, aangezien een dergelijke collectieve regeling wel bestaat met betrekking tot andere aspecten van die commerciële betrekkingen en daar rechtens genoegzaam uit blijkt, dat de positie van de partijen bij de TACA collectief aan artikel 86 van het Verdrag moet worden getoetst. Ook wanneer gemeenschappelijke regels over de capaciteit ontbreken, is ieder nieuw lid van de TACA uit hoofde van zijn toetreding gehouden de gemeenschappelijke regels van de conferentie, waaronder die betreffende het tarief, te respecteren. En juist wegens dit tarief heeft de TACA weinig belang bij een capaciteitsregeling, omdat elk lid terdege weet dat elke capaciteitsvergroting of -verkleining in principe geen invloed heeft op de prijzen en dus op zijn marktaandeel.

733 Met betrekking tot de overige argumenten van verzoekster kan worden volstaan met vast te stellen, dat zij niet gericht zijn tegen de collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA, maar tegen het verwijt van misbruik dat in de bestreden beschikking tot die partijen wordt gericht.

734 Die argumenten zijn in het kader van de thans besproken middelen dus niet relevant en moeten derhalve worden afgewezen.

iv) Conclusie betreffende de mate van interne concurrentie

735 Gelet op al het voorafgaande moet worden geconcludeerd, dat uit de door verzoeksters aangevoerde elementen met betrekking tot de interne concurrentie op het gebied van de prijzen en op andere gebieden niet is gebleken, dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door op grond van het bestaan van een eenvormig of gemeenschappelijk tarief vast te stellen dat de prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA goeddeels was uitgeschakeld, zodat die partijen hun optreden op de markt kunnen coördineren, en dat bijgevolg hun positie op de markt in het kader van artikel 86 van het Verdrag collectief moet worden beoordeeld.

736 Mitsdien moeten alle argumenten van verzoeksters op dit punt worden afgewezen.

3. De middelen ontleend aan motiveringsgebreken

a) Argumenten van partijen

737 In de eerste plaats betogen verzoeksters, dat de Commissie in punt 531 van de considerans van de bestreden beschikking uit het bestaan van „zeer nauwe economische banden” tussen de leden van de TACA afleidt, dat deze in staat zijn een collectieve machtspositie in te nemen, zonder eerst vast te stellen dat de

betrokken ondernemingen zich op de markt op dezelfde wijze gedragen. Dit motiveringsgebrek wordt niet goedge maakt door de verwijzingen in het verweerschrift naar de beoordeling van de interne concurrentie in de punten 174 tot en met 242 van de considerans van de beschikking. De daar beschreven feiten laten immers niet de conclusie toe, dat verzoeksters zich op dezelfde wijze hebben gedragen of dat er onvoldoende concurrentie op het gebied van de prijzen of op andere gebieden was.

738 In de tweede plaats betogen verzoeksters, dat de Commissie in punt 522 van de considerans van de bestreden beschikking niet kwantificeert of toelicht, welke mate van concurrentie met het bestaan van een collectieve machtspositie samengaat. Tijdens de administratieve procedure hebben verzoekster echter bewijzen aangevoerd van het bestaan van interne mededinging. Bij gebreke van duidelijke criteria maakt punt 522 van de considerans het voor verzoeksters noch voor het Gerecht mogelijk te achterhalen waarom de Commissie die bewijzen heeft afgewezen, en te beoordelen of het juist is dat de instandhouding van een zekere mededinging toch het bestaan van een collectieve machtspositie niet uitsluit. Bovendien noemt de Commissie niet de aspecten van de mededinging die van belang zijn voor de vraag of een collectieve beoordeling gerechtvaardigd is. De bestreden beschikking houdt volgens verzoeksters immers geen rekening met andere vormen van concurrentie dan prijsconcurrentie.

739 In de derde plaats menen verzoeksters, dat de Commissie in het kader van haar analyse van de interne concurrentie tussen de leden van de TACA onvoldoende heeft gemotiveerd (i) haar vaststelling in punt 198 van de considerans, dat consortia zoals vessel sharing agreements waarbij de partijen bij de TACA zijn aangesloten, het effect hebben dat zij het aantal zelfstandige acties van hun leden verminderen, (ii) het ontbreken van gegevens in punt 221 van de considerans over de relatieve omvang van het transpacifische verkeer in vergelijking met het transatlantische verkeer, en (iii) haar besluit om haar conclusie in punt 296, van de considerans dat de meeste leden van de TACA niet met elkaar om dienstencontracten met de NVOCC's wedijveren, op de gegevens betreffende een enkel jaar te baseren.

740 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, concludeert tot afwijzing van deze middelen en argumenten.

b) Beoordeling door het Gerecht

741 Wat in de eerste plaats het verwijt betreft, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de partijen bij de TACA zich op de relevante markt op dezelfde wijze hebben gedragen, kan worden volstaan met op te merken, dat de argumenten van verzoeksters in werkelijkheid gericht zijn tegen de juistheid van de beoordelingen van de Commissie dienaangaande in de bestreden beschikking. Die argumenten nu, die om de redenen uiteengezet in de punten 649 tot en met 655 supra moeten worden afgewezen, zijn in het kader van het toezicht op de naleving van de motiveringsverplichting van geen enkel belang (arrest van 20 april 1999, PVC II, reeds aangehaald in punt 191 supra, punt 389).

742 In elk geval vermeldt de beschikking in de punten 525 tot en met 531 van de considerans de redenen waarom de Commissie meent, dat de partijen bij de TACA op grond van de tussen hen bestaande correlatiefactoren in staat zijn hun gedragingen op de markt te coördineren (arrest Kali & Salz, reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 221). In dat gedeelte van de considerans geeft de Commissie immers een uiteenzetting over de vijf economische banden tussen de partijen bij de TACA, waarop zij de collectieve beoordeling van de positie van die partijen op de relevante markt baseert. In het kader van die beoordeling zegt de Commissie in punt 525 van de considerans verder uitdrukkelijk, dat die banden de mogelijkheid van de partijen bij de TACA om zelfstandig op te treden, merkkelijk hebben beknot. Daarbij preciseert zij in punt 528 van de considerans, dat het tarief en de toezicht- en sanctieregeling tot doel hadden de prijsconcurrentie tussen de partijen bij de TACA goeddeels uit te schakelen, waarmee zij impliciet, doch duidelijk verwijst naar de punten 174 tot en met 242 van de considerans, waar zij de mate van interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA onderzoekt, en dat die partijen dankzij het secretariaat en de publicatie van de jaarlijkse

bedrijfsplannen in staat waren „als één enkel lichaam” op de markt op te treden. Deze redengeving bevat voldoende aanwijzingen omtrent de elementen feitelijk en rechtens die de bestreden beschikking en de overwegingen die de Commissie tot die beschikking hebben gebracht, rechtvaardigen (zie, onder meer, arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 575 supra, punten 26 en 44).

743 Daarbij komt, dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure en in het bijzonder in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet hebben gesteld, dat een collectieve beoordeling van de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt in het kader van artikel 86 van het Verdrag slechts mogelijk was indien elke mededinging tussen die partijen ontbrak. Wanneer het gaat om eerbiediging van de motiveringsverplichting, kan de Commissie er uiteraard geen verwijt van worden gemaakt, dat zij in de bestreden beschikking niet is ingegaan op argumenten die niet vóór de vaststelling van die beschikking waren aangevoerd (in die zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 427).

744 Wat in de tweede plaats het verwijt betreft, dat de Commissie in de bestreden beschikking de mate van interne concurrentie die met het bestaan van een collectieve machtspositie samengaat, niet heeft gekwantificeerd of toegelicht, zij eraan herinnerd dat de Commissie in de punten 174 tot en met 242 van de considerans van de beschikking de mate van interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA gedetailleerd heeft onderzocht en tot de conclusie is gekomen, dat die concurrentie beperkt of zelfs onbetekenend is. Na de strekking van de bepalingen van de US Shipping Act te hebben onderzocht (punten 175-180 van de considerans), wijst de Commissie op het effect van de andere beperkende regelingen in het transatlantische vaargebied, in het bijzonder de consortiumovereenkomsten (punten 181-198 van de considerans). Vervolgens onderzoekt zij (punten 199-242 van de considerans) elk van de elementen die verzoeksters tijdens de administratieve procedure ten bewijze van het bestaan van interne concurrentie hadden aangevoerd, te weten de zelfstandige acties, de dienstencontracten, de eenzijdige acties ten aanzien van dienstencontracten, de TVR's en de TVRIA's en de mededinging op het punt van aangeboden diensten. Zo bespreekt de Commissie achtereenvolgens de discriminerende prijsstellingspraktijken (punten 203-213 van de considerans), de zelfstandige acties (punten 214-222 van de considerans), de dienstencontracten (punten 223-233

van de considerans), de schommelingen in de marktaandelen (punten 234-239 van de considerans) en de mededinging op het punt van kwaliteit (punten 240-242 van de considerans). Het is in deze context dat de Commissie in het kader van de juridische beoordeling vaststelt (punt 525 van de considerans), dat de positie van de partijen bij de TACA in het kader van artikel 86 van het Verdrag collectief moest worden beoordeeld, in aanmerking genomen dat hun vermogen om zelfstandig op te treden, sterk beperkt was.

- 745 Blijkens het voorgaande heeft de Commissie, antwoordend op de tijdens de administratieve procedure door de partijen bij de TACA aangevoerde bewijs-elementen, in de bestreden beschikking aangegeven waarom de interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA onvoldoende was om een collectieve beoordeling van de positie van die partijen uit te sluiten. Daarmee heeft de Commissie specifiek gereageerd op de essentiële beweringen van verzoeksters tijdens de administratieve procedure (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 426). Anders dan verzoeksters betogen, heeft zij bovendien alle aspecten van de interne concurrentie die van belang konden zijn, onderzocht, dat wil zeggen niet enkel de vormen van prijsconcurrentie (punten 199-222 van de considerans), maar ook de andere vormen van interne concurrentie dan prijsconcurrentie (punten 231-233 en 240-242 van de considerans).
- 746 De Commissie heeft in de beschikking weliswaar niet aangegeven, welke mate van interne concurrentie eventueel zou volstaan om van een collectieve beoordeling van de door de partijen bij de TACA ingenomen positie af te zien, maar om haar beschikking naar de eis van het recht te motiveren, behoeft de Commissie enkel de argumenten die die beschikking schragen, duidelijk en nauwkeurig uiteen te zetten (arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 575 supra, punten 26 en 44). Zij kan daarentegen niet verplicht zijn de argumenten die zij niet heeft gebruikt en die derhalve zuiver hypothetisch zijn, uiteen te zetten (in die zin, arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 64).
- 747 Daar de Commissie in casu niet had vastgesteld dat de interne concurrentie binnen de TACA voldoende was om een collectieve beoordeling van de TACA uit te sluiten, behoeft zij dus niet te preciseren welke mate van concurrentie daarvoor vereist zou zijn geweest.

- 748 Het middel inzake een motiveringsgebrek van de bestreden beschikking op dit punt moet derhalve worden afgewezen.
- 749 Wat in de derde plaats het verwijt betreft, dat de Commissie de verklaring in punt 198 van de considerans van de beschikking, dat de consortiumovereenkomsten waarbij de partijen bij de TACA zijn aangesloten, het effect hebben dat zij het aantal onafhankelijke acties van de aangesloten partijen verminderen, onvoldoende met redenen heeft omkleed, kan worden volstaan met op te merken, dat het volgens de bewoordingen van de beschikking zelf niet gaat om een uitlating van de Commissie, maar van een van de partijen bij de TACA. De motiveringsverplichting van artikel 190 van het Verdrag gaat echter niet zo ver, dat de Commissie verklaringen van derden zou moeten motiveren, zeker nu uit de beschikking niet blijkt, dat de Commissie op basis van die verklaring tot het bestaan van een collectieve machtspositie heeft geconcludeerd.
- 750 Het middel inzake een motiveringsgebrek van de bestreden beschikking op dit punt moet derhalve worden afgewezen.
- 751 Wat in de vierde plaats het verwijt betreft, dat in punt 221 van de considerans van de beschikking gegevens over de omvang van het transpacifische vaargebied in vergelijking met het transatlantische ontbreken, kan worden volstaan met op te merken dat, in zoverre als verzoeksters betogen dat de Commissie zonder die gegevens niet kon vaststellen dat het aantal zelfstandige acties in het tweede vaargebied „relatief onbeduidend” was vergeleken met het aantal van die acties in het eerste, zij in werkelijkheid de juistheid van de beoordelingen dienaangaande in de bestreden beschikking betwisten. Een dergelijk argument, dat om de redenen uiteengezet in de punten 698 tot en met 703 supra moet worden afgewezen, is in het kader van het toezicht op de naleving van de motiveringsverplichting van geen enkel belang (arrest van 20 april 1999, PVC II, reeds aangehaald in punt 191 supra, punt 389).
- 752 In elk geval vermelden de punten 221 en 222 van de considerans van de beschikking de cijfers waarop de analyse van de Commissie en de conclusie die zij

daaruit trekt, zijn gebaseerd. De beschikking verschaft verzoeksters dus voldoende gegevens om na te gaan of zij gegrond is dan wel eventueel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid ervan kan worden betwist, en maakt het voor de gemeenschapsrechter mogelijk de wettigheid van de beschikking te toetsen (zie, onder meer, arrest Van Megen Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51).

753 Het middel inzake een motiveringsgebrek van de bestreden beschikking op dit punt moet derhalve worden afgewezen.

754 Wat in de vijfde plaats het verwijt betreft, dat de Commissie in punt 150 van de considerans van de beschikking niet motiveert, waarom zij besloten heeft om op basis van de dienstencontracten van slechts één jaar vast te stellen, dat een zeer groot aantal dienstencontracten met NVOCC's zijn gesloten door partijen bij de TACA die voordien niet-structurele leden van de TAA waren, moet worden vastgesteld, dat de Commissie geenszins verplicht was dat besluit te motiveren. Aan de motiveringsverplichting is immers voldaan, wanneer de Commissie in de beschikking de gegevens vermeldt waarop haar analyse en de daaruit voortvloeiende conclusies zijn gebaseerd, en daarmee de verzoeksters — zoals deze niet betwisten — voldoende aanwijzingen verschaft om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel eventueel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid ervan kan worden betwist, en het voor de gemeenschapsrechter mogelijk maakt de wettigheid van de beschikking te toetsen (zie, onder meer, arrest Van Megen Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51).

755 Wanneer overigens de gegevens betreffende andere jaren, die verzoeksters in het kader van de onderhavige beroepen hebben overgelegd, de conclusies die de Commissie uit de gegevens betreffende het in de beschikking gebruikte ene jaar heeft getrokken, zouden weerspreken, zou het Gerecht daar consequenties aan moeten verbinden niet in termen van eerbiediging van de motiveringsverplichting, maar ten aanzien van de grond van de zaak.

- 756 Het middel inzake een motiveringsgebrek van de bestreden beschikking op dit punt moet derhalve worden afgewezen.

C — Conclusie betreffende het eerste onderdeel

- 757 Uit het voorgaande volgt dat alle middelen die in het kader van het eerste onderdeel, betreffende het ontbreken van een door de partijen bij de TACA collectief ingenomen machtspositie, zijn aangevoerd, moeten worden afgewezen.

Tweede onderdeel: de positie van de partijen bij de TACA als machtspositie

- 758 In dit onderdeel van de middelen die aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag zijn ontleend, betwisten verzoeksters in de eerste plaats de afbakening van de relevante markt, die in de bestreden beschikking met het oog op de toepassing van genoemde bepaling wordt gehanteerd; vervolgens betwisten zij, dat hun positie op die markt een machtspositie is, en ten slotte voeren zij diverse motiveringsbreken op die punten aan.

A — De afbakening van de relevante markt

- 759 Verzoeksters voeren middelen en grieven aan zowel tegen de afbakening van de relevante dienstenmarkt als tegen de afbakening van de relevante geografische markt, waarvan de bestreden beschikking voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag uitgaat.

1. De relevante dienstenmarkt

- 760 In punt 519 van de considerans van de bestreden beschikking zegt de Commissie, dat de relevante dienstenmarkt voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag in de punten 60 tot en met 75 van de considerans is beschreven. Na in deze punten de verschillende door verzoeksters genoemde substitutiemogelijkheden te hebben onderzocht, concludeert de Commissie in punt 84 van de considerans, dat de relevante markt van zeevaartdiensten die is van „de containerlijnvaart tussen [...] de Noord-Europese havens en die in de Verenigde Staten en in Canada”.
- 761 Verzoeksters brengen tegen deze omschrijving twee groepen van middelen en grieven in. Enerzijds betwisten zij, dat de containerlijnvaartdiensten de relevante dienstenmarkt vormen, anderzijds stellen zij, dat de markt naast de Noord-Europese havens ook de mediterrane havens van Zuid-Europa omvat.

a) De relevante vervoersdiensten

i) Argumenten van partijen

- 762 Om te beginnen zeggen verzoeksters, dat de Commissie zich in de bestreden beschikking niet op het arrest van het Hof van 14 november 1996, *Tetra Pak/Commissie, „Tetra Pak II”* (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951), kan beroepen voor haar stelling, dat de stabiliteit van de vraag de geschikte basis is voor de omschrijving van de relevante markt. In punt 61 van de considerans van de beschikking verklaart de Commissie immers, dat „het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen [heeft] vastgesteld dat de stabiliteit van de vraag naar

een bepaald product de geschikte basis is om een relevante markt te bepalen, en dat de geringe uitwisselbaarheid van verschillende producten niet in de weg staat aan de conclusie dat deze producten tot verschillende productmarkten behoren”.

763 Waar het Hof spreekt van „een geschikte basis”, betekent dit, dat ter bepaling van de mate van substitueerbaarheid ook andere criteria in aanmerking moeten worden genomen. Voorts heeft het Hof in dat arrest niet beslist, dat de stabiliteit van de vraag de geschikte basis vormt om de relevante markt te bepalen, doch heeft het de vraag van de stabiliteit van de vraag onderzocht in de context van de substitueerbaarheid van producten. Ten slotte, in tegenstelling tot de situatie waarom het in het zojuist aangehaalde arrest Tetra Pak ging, blijkt uit de vaststellingen van de Commissie in punt 69 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de respectieve aandelen van het containervervoer en het bulkvervoer in de loop van de tijd aanzienlijk hebben gevarieerd en dat de substitueerbaarheid tussen bulkvervoer en containervervoer in termen van volume niet marginaal is.

764 In het hier besproken middel verwijten verzoeksters de Commissie, kort samengevat, in de bestreden beschikking (punten 62-75 en 84 van de considerans) te hebben aangenomen, dat de relevante markt die van de „containerlijnvaart” is, met uitsluiting van het klassieke bulkvervoer, het gekoeld vervoer, het luchtvervoer en de NVOCC's. Zij menen dat de analyse van de Commissie niet voldoet aan de richtsnoeren die zijzelf ten aanzien van substitueerbaarheid aan de vraagzijde en substitueerbaarheid aan de aanbodzijde heeft vastgelegd in de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1977, C 372, blz. 5).

765 In de eerste plaats betogen verzoeksters, dat de Commissie de substitutie aan de vraagzijde verkeerd heeft geanalyseerd. Zij herinneren aan het arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 28), waarin het Hof overwoog, dat „de term ‚betrokken markt’ (relevant

market) [inhoudt], dat het tussen de van die markt deel uitmakende producten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle producten die deel van een zelfde markt uitmaken, elkander voor een zelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren”.

766 In algemene zin betogen verzoeksters, dat de Commissie geen oog heeft gehad voor het cumulatieve effect van de verschillende mededingingsbronnen, door aan te nemen dat elk van die bronnen het containervervoer enkel in bijzondere omstandigheden en voor een klein aantal producten kon vervangen. Om van twee onderling vervangbare producten te kunnen spreken, is het niet noodzakelijk dat zij in het merendeel van de gevallen uitwisselbaar zijn. Een degelijke stelling houdt geen rekening met de zeer verschillende producten en de zeer verschillende gebruikers waarmee verzoeksters te maken hebben. Wie 50 verschillende producten vervoert, alle van verschillende waarde, en zich derhalve geplaatst ziet tegenover de mededinging van een of meer andere vervoerders, moet het hoofd bieden aan mededinging om al zijn producten.

767 Vervolgens verwijten verzoeksters de Commissie, met betrekking tot het traditionele vervoer (punten 65, 68 en 74 en voetnoot 29 van de considerans) en het gekoelde vervoer (punt 73 van de considerans) te zijn uitgegaan van het begrip „substitueerbaarheid in één richting”. In plaats daarvan had zij, zoals haar bovengenoemde bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht en de economische leer verlangen, rekening moeten houden met de gevoeligheid van de met die twee vervoerwijzen vervoerde relatieve vrachtvolumes voor de relatieve prijs van die vervoerwijzen. Volgens algemeen aanvaarde economische beginselen onderstelt substitueerbaarheid noodzakelijkerwijs een symmetrische relatie (in twee richtingen). Wanneer bijvoorbeeld cliënten op basis van de bestaande relatieve prijs van bulkvervoer op containervervoer overgaan, zal bij een stijging van de relatieve prijs van het containervervoer de overgang langzamer verlopen of zelfs, indien de prijsstijging groot genoeg is, zich in tegengestelde richting ontwikkelen. Het bestaan van diensten voor bulkvervoer is dus een disciplinerende factor bij het bepalen van de prijzen van containervervoer. Verzoeksters betwisten dan ook de vaststelling van de Commissie in punt 67 van de considerans van de bestreden beschikking, dat „wanneer een bepaalde soort goederen eenmaal regelmatig gecontaineriseerd

wordt, [...] het [...] onwaarschijnlijk is dat deze nog in een andere vorm zal worden vervoerd". Wanneer de Commissie in haar economisch onderzoek wat strenger was geweest, had zij die vaststelling moeten nuanceren met „indien de containerisering dezelfde netto voordelen blijft bieden als in het verleden". Het onderzoek had dan echter een analyse moeten omvatten van de gevoeligheid van de vraag voor wijzigingen in de netto voordelen die voor de verladers attractief zijn. Een dergelijke analyse nu ontbreekt in de bestreden beschikking.

768 Vanuit een meer specifiek gezichtspunt betogen verzoeksters, dat de beoordeling van de substituëerbaarheid tussen containervervoer en de andere genoemde vervoerwijzen in elk geval feitelijk onjuist is.

769 Wat in de eerste plaats het traditionele bulkvervoer betreft, zeggen verzoeksters, dat dit het containervervoer kan vervangen en dus tot dezelfde markt behoort. Deze substituëerbaarheid is vastgesteld in een artikel in het blad *American Shipper* van augustus 1996, waarin een bestuurder van de Mead Corporation, een Amerikaanse papierexporteur, wordt aangehaald. Verder speelt in het oostwaartse trans-Atlantische verkeer de substitutie tussen bulk- en containervervoer in het algemeen een rol bij massagoederen uit bepaalde delen van de Verenigde Staten (bijvoorbeeld koffie, pinda's, appels en peren, citroenen enzovoort). Wegens de door de exploitanten van diverse soorten schepen aangeboden lage tarieven doet deze substitutie zich in het bijzonder voor bij goederen van geringe waarde. Met betrekking tot koffie en pinda's wordt deze substitutie door de Commissie uitdrukkelijk erkend (punten 217 en 218 van de considerans van de beschikking). Verzoeksters menen hun stelling bevestigd te zien door het rapport-Dynamar (bijlage 25), dat aan de hand van cijfermateriaal een dergelijke substitutie onder meer vaststelt bij bepaalde ijzer- en staalproducten en bij bosbouwproducten. Anders dan de Commissie houden verzoeksters substitutie door bulkvervoer zelfs voor mogelijk in het geval dat er in het transatlantische vaargebied een tekort aan containercapaciteit zou ontstaan.

770 Samenvattend verwijten verzoeksters de Commissie derhalve, geen rekening te hebben gehouden met het criterium „gebeurtenissen of schokken" genoemd in

punt 38 van de eerder genoemde bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, volgens welke zij recente voorbeelden van feitelijke substitutie op de markt moet onderzoeken. De gevallen van wederzijdse substitutie tussen traditioneel vervoer en containervervoer zijn van die voorbeelden, maar zijn door de Commissie geïgnoreerd.

- 771 Wat in de tweede plaats het gekoelde bulkvervoer betreft, stellen verzoeksters, dat ook dit rechtstreeks met containervervoer concurreert. Deze substitutie wordt bevestigd door verklaringen van traditionele aanbieders van gekoeld vervoer. De mededinging tussen deze twee vervoerwijzen is nog sterker geworden na het besluit van sommige containervervoerders zoals Mærsk, om hun koelcapaciteit te vergroten. Verzoeksters verwijzen hiervoor naar een studie van Drewry (*World Reefer Market Prospects and Modal Competition — pallets v containers v breakbulk*, 1997), die volgens hen bevestigt dat in het verkeer tussen Europa en de Verenigde Staten een gedeelte van het Amerikaanse fruit zowel per container als door traditionele koelschepen wordt vervoerd. Verzoeksters concluderen hieruit, dat althans voor bepaalde goederen containervervoer en gekoeld bulkvervoer onderling substitueerbaar zijn.
- 772 Wat in de derde plaats het luchtvervoer betreft, stellen verzoeksters, dat voor bepaalde goederen luchtvervoer een mogelijk alternatief voor zeevervoer is. Zij verwijzen hiervoor naar een verklaring van de voorzitter van de Campbell Aviation Group, die deze substitutie in het bijzonder voor lichte voorwerpen van grote waarde erkent. Verder berichtte het *Journal of Commerce* in mei 1998, dat 10 tot 15 % van het zeevrachtvolume van makelaars en expediteurs naar het luchtvervoer was verplaatst.
- 773 Wat in de vierde plaats de NVOCC's betreft, stellen verzoeksters, dat deze een belangrijke mededingingsbron zijn, waarmee bij de omschrijving van de relevante

markt rekening moet worden gehouden. Verzoeksters preciseren, dat zij het uitsluitend hebben over de NVOCC's die in het Atlantische vaargebied noch elders schepen exploiteren en die in punt 259 van de considerans van de bestreden beschikking worden genoemd. Vanuit het gezichtspunt van de verladers is er geen enkel verschil tussen NVOCC's en zeevervoerders, want beide groepen concurreren elkaar in de detailfase om het vervoer van ladingen van eigenaren/verladers (of van makelaars en expeditieus). NVOCC's kunnen een sterke onderhandelingsdruk op de zeevervoerders uitoefenen, enerzijds door hun aanzienlijke koopkracht voortvloeiend uit de samenvoeging van de volumes van afzonderlijke verladers, en anderzijds door de voordelige tarieven en dienstverlening (aanloophavens, transittijden, douaneformaliteiten enzovoort) die zij bij de zeevervoerders (al dan niet conferenceleden) kunnen bedingen in de vorm van dienstencontracten of TVR's, die dankzij hun koopkracht onvermijdelijk lager zullen zijn dan die welke de zeevervoerders aan individuele verladers voor het vervoer van kleine volumes bieden.

774 Volgens verzoeksters speelt de mededinging zich op drie niveau's af: op het eerste niveau concurreren de vervoerders met elkaar om het vervoer van de vracht van NVOCC's tegen de door hen aangeboden tarieven en voorwaarden; op het tweede niveau kiezen de NVOCC's op basis van de door de vervoerders geboden tarieven en diensten de meest competitieve vervoerder of vervoerders; op het derde niveau ten slotte concurreren de vervoerders ook met de NVOCC's om het vervoer van vracht van verladers of makelaars/expeditieus. Vervoerders en NVOCC's opereren dus in hetzelfde mededingingsstadium. Deze mededingingsverhouding tussen NVOCC's en zeevervoerders wordt overigens door de VVOCC's zelf erkend.

775 Verzoeksters staven hun stelling met een aantal voorbeelden van verschuiving van vracht tussen leden van de TACA en NVOCC's. Voorts wijzen zij erop, dat de berekeningen van de omvang van de markt de verkopen van de NVOCC's insluiten, waardoor de verkopen van verzoeksters kleiner worden. Zo is het volume van NVOCC-vracht dat door leden van de TACA in het kader van dienstencontracten en TVR's is vervoerd, gestegen van 11,8 % in 1994 tot 14,4 % in 1997.

- 776 De stelling van de Commissie, dat de NVOCC's, omdat zij hun vervoerscapaciteit bij de scheepsexploitanten inkopen, geen diensten verrichten die zich van die van laatstgenoemden onderscheiden, en dus niet tot de relevante markt behoren, verwart volgens verzoeksters de intermediaire markt (de verkopen aan NVOCC's) met de eindgebruikersmarkt (de verkopen aan eigenaren/verladers). Vanuit de eindgebruiker gezien staat het buiten twijfel, dat de door de scheepsexploitanten en de NVOCC's geboden diensten gelijksoortig en in hoge mate substitueerbaar zijn. Men kan dit vergelijken met het geval van kabel-distributiemaatschappijen, die een gedeelte van hun programma's van satelliet-televisiemakers kopen, met wie zij voor het overige concurreren om het leveren van betaalprogramma's. Verzoeksters beklemtonen nog, dat multimodaal vervoer verschillende componenten en niveaus van dienstverlening omvat. Juist zoals individuele vervoerders de ter aanvulling van hun multimodaal vervoer benodigde componenten (wegvervoer, havendiensten) bij externe leveranciers inkopen, zo leveren de NVOCC's zelf bepaalde componenten van de multimodale vervoersdienst en kopen ze andere elders in.
- 777 Ten slotte merken verzoeksters op, dat de Commissie niet uitlegt, waarom zij meent dat de NVOCC's geen deel uitmaken van de relevante markt, terwijl zij in haar beschikking 94/985/EG van 21 december 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/33.218 — Far Eastern Freight Conference) (PB L 378, blz 17), vaststelt dat NVOCC's „dezelfde diensten [aanbieden] als lijnvaartondernemingen die multimodale diensten verlenen, doch in plaats van schepen te exploiteren, charteren zij ‚slots' bij zeevervoerders die wel schepen exploiteren” (punt 22 van de considerans).
- 778 Voorts verwijten verzoeksters de Commissie, in strijd met punt 22 van de eerder genoemde bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, geen rekening te hebben gehouden met substitutie aan de aanbodzijde. In punt 75 van de considerans van de bestreden beschikking verwijst de Commissie voor die kwestie naar de punten 278 tot en met 282 van de considerans, doch daar gaat het niet om substitutie aan de

aanbodzijde, maar om potentiële mededinging. Zowel economisch als juridisch gaat het daarbij echter om twee verschillende zaken, die niet met elkaar kunnen worden verward. Verder berust de conclusie in punt 305 van de considerans van de beschikking — de Commissie weigert te aanvaarden, dat de overgrote meerderheid van de cliënten van de partijen bij de TACA het vervoer met een bulkschip een alternatief voor het vervoer met een volledig gecontaineriseerd schip vinden — op één enkel bewijselement. Dit element, een advertentie van ACL, waarin de bijzondere uitrusting aan boord van haar schepen wordt beschreven, toont bovendien het bestaan van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde aan, want een maatschappij die containers gebruikt, maakt enkel op die manier reclame wanneer hij de overgang naar zijn diensten wil aanmoedigen.

779 Verzoeksters betogen, dat de in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 erkende mobiliteit van de vloten verenigbaar is met een grote mate van substitutie aan de aanbodzijde. Uit het rapport-Dynamar blijkt bovendien, dat in 1996 de „niet-gecontaineriseerde” maatschappijen die het transatlantische vaargebied via de Canadian Gateway bedienden, potentieel in staat waren hun containervervoer tegen minimale kosten met ongeveer 200 000 TEU in zowel het westwaartse als het oostwaartse verkeer uit te breiden, wat neerkomt op 15 % van de capaciteit van verzoeksters, zonder dat het nodig was hun schepen aan te passen of te verbouwen. In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215), verklaarde het Hof de beschikking van de Commissie nietig, omdat daarin geen rekening was gehouden met substitutie aan de aanbodzijde; het Hof overwoog, dat „een machtspositie op de markt van licht metalen verpakkingen voor vlees- en visconserven niet doorslaggevend is, zolang niet is aangetoond dat de concurrenten in andere sectoren van de markt van licht metalen verpakkingen niet door een eenvoudige aanpassing krachtig genoeg op deze markt kunnen gaan opereren om een serieus tegenwicht te vormen” (punt 33).

780 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, acht de middelen van verzoeksters ongegrond.

ii) Beoordeling door het Gerecht

- 781 Verzoeksters zijn van mening, dat de wijze waarop de Commissie de relevante markt in de bestreden beschikking omschrijft, het resultaat is van een verkeerde beoordeling van de substitutie zowel aan de vraagzijde als aan de aanbodzijde.

— Substitutie aan de vraagzijde

- 782 Verzoeksters stellen, dat het luchtvervoer, het traditionele zeevervoer (in bulk of „break bulk”) en de NVOCC's het containervervoer in de lijnvaart kunnen vervangen. Zij verwijten de Commissie tevens, geen rekening te hebben gehouden met het cumulatieve effect van deze mededingingsbronnen.

Het luchtvervoer

- 783 Hoewel verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet hebben betoogd dat luchtvervoer en containerlijnvaart onderling substituëerbaar zijn, stellen zij in hun beroepen, dat het luchtvervoer voor bepaalde goederen een mogelijk alternatief voor zeevervoer is. Zij verwijzen daarvoor naar een verklaring van de voorzitter van de Campbell Aviation Group en een bericht in het *Journal of Commerce* van mei 1998.

- 784 In de bestreden beschikking geeft de Commissie te kennen (punt 62 van de considerans), dat „het luchtvervoer een afzonderlijke markt [vormt], gescheiden van die van de containerlijnvaart, onder meer omdat niet is aangetoond dat voor een aanzienlijk deel van de containervracht overschakeling op luchtvervoer zonder grote problemen haalbaar zou zijn”. Daarbij wijst de Commissie erop, dat „[o]p de Noord-Atlantische route [...] het luchtvrachtvervoer tot 20 keer duurder en tot negen keer sneller [is] dan het zeevrachtvervoer”.
- 785 Uit de door verzoeksters in de onderhavige beroepen aangevoerde gegevens blijkt niet, dat die vaststellingen onjuist zijn.
- 786 Met betrekking tot de verklaring van de voorzitter van de Campbell Aviation Group volstaat het erop te wijzen, dat deze verklaring van een vertegenwoordiger van de luchtvaartindustrie de conclusie van de Commissie geenszins tegenspreekt, doch juist uitdrukkelijk bevestigt, dat bedoelde substitutie waardevolle voorwerpen van gering gewicht, zoals computeronderdelen, betreft.
- 787 Het artikel in de *Journal of Commerce* van mei 1998, dat een anekdotisch karakter heeft, vermeldt slechts met betrekking tot een niet gespecificeerde groep van producten het overigens niet nader gestaafde feit, dat makelaars/expediteurs 10 tot 15 % van hun zeevracht naar het luchtvervoer hebben verplaatst. Aan dit stuk kan dus geen enkele bijzondere bewijskracht worden toegekend.
- 788 Uit de door verzoeksters aangevoerde gegevens blijkt derhalve niet, dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door te overwegen, dat de vraag

naar luchtvervoer beperkte hoeveelheden goederen met grote toegevoegde waarde en van gering gewicht betrof en dat het luchtvervoer een afzonderlijke, van de containerlijnvaart gescheiden markt vormde (in die zin arrest TAA, punt 279).

789 De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten mitsdien worden afgewezen.

Het traditionele zeevrachtvervoer (in bulk of „break bulk”)

790 In de eerste plaats menen verzoeksters, dat de uitsluiting van het traditionele zeevrachtvervoer van de relevante markt ten onrechte op het begrip substitueerbaarheid in één richting is gebaseerd.

791 In punt 65 van de considerans van de bestreden beschikking overweegt de Commissie, dat om de concurrentievoorwaarden op de relevante markt te bepalen, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van substitutie van containervervoer door bulkvervoer, maar dat substitutie van bulkvervoer door containervervoer uitgesloten lijkt. Dezelfde gedachtegang vindt men in punt 73 van de considerans met betrekking tot gekoeld vervoer, waar de Commissie opmerkt, dat ook indien koelcontainers het gekoelde bulkvervoer kunnen vervangen, dit nog niet betekent dat gekoeld bulkvervoer de koelcontainers kan vervangen. In punt 68 van de considerans stelt de Commissie immers vast, dat naarmate de containeriseringsgraad stijgt, „verladere van onverpakte goederen [omschakelen] naar het containervervoer, maar wanneer zij eenmaal aan deze wijze van vervoer gewend zijn, keren zij niet naar onverpakt vervoer meer terug. De voorbeelden van in één richting gaande substitueerbaarheid [zijn] niet ongewoon.”

792 Volgens de bestreden beschikking komt dat, doordat de verladers gewend raken aan het vervoer in kleinere hoeveelheden, maar met hogere frequentie, en doordat zij merken dat, wanneer de goederen eenmaal in een container zijn verpakt, het vervoer van de afleveringshaven naar de eindbestemming met gebruikmaking van multimodaal vervoer gemakkelijker verloopt (punt 67 van de considerans). Kleinere zendingen verminderen bovendien de opslagkosten en het risico van beschadiging of diefstal is geringer (punt 70 van de considerans). Bijna alle goederen zijn geschikt voor vervoer per container. Zo is op verzadigde markten, zoals Noord-Europa/Verenigde Staten of Noord-Europa/Verre Oosten, de omschakeling naar containerisering vrijwel voltooid en blijven er weinig of geen goederen over die, hoewel geschikt voor containerisering, nog niet per container worden vervoerd (punt 66 van de considerans).

793 Ofschoon verzoeksters de conclusies van de Commissie in de punten 65 en 73 van de considerans van de beschikking over substitueerbaarheid in één richting betwisten, bestrijden zij niet de feitelijke vaststellingen in de punten 66 tot en met 70 van de considerans over de steeds verder gaande containerisering van vracht, waarop die conclusies zijn gebaseerd. Zij betogen enkel, dat bij een prijsstijging van het containervervoer de omschakeling langzamer zal verlopen of, als de prijsstijging sterk genoeg is, zal worden teruggedraaid. Het bestaan van diensten voor bulkvervoer is volgens verzoeksters daarom een disciplinerende factor voor de prijsstelling van het containervervoer. Het moge juist zijn dat, althans in theorie, bepaalde verladers bij een aanzienlijke wijziging van de prijs van containervervoer weer voor bulkvervoer zouden kiezen, maar verzoeksters leveren voor hun bewering geen enkel concreet bewijs.

794 Het moet er derhalve voor worden gehouden, dat wanneer de vervanging van traditioneel vervoer door containervervoer eenmaal zijn beslag heeft gekregen, deze substitutie definitief is (in die zin arrest TAA, punt 281).

795 De Commissie heeft dus terecht overwogen, dat die substitutie voor de omschrijving van de betrokken markt niet relevant is. Het blijkt immers niet,

dat de twee genoemde vervoerwijzen vanuit het oogpunt van de verladers onderling substitueerbaar zijn; bedoelde substitutie beantwoordt uitsluitend aan het verschijnsel van containerisering van vracht, dat een nieuwe, afzonderlijke markt heeft doen ontstaan, waarop het traditionele vervoer niet wordt geacht substitueerbaar te zijn voor de door het containervervoer aangeboden diensten. Mitsdien moet worden geoordeeld, dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door in haar analyse van de relevante markt uit te gaan van het begrip substitueerbaarheid in één richting.

⁷⁹⁶ In de tweede plaats betogen verzoeksters, dat het bulkvervoer, daaronder begrepen het gekoelde bulkvervoer, substitueerbaar is voor het containervervoer

⁷⁹⁷ Met betrekking tot het gekoelde bulkvervoer betogen verzoeksters, dat een dergelijke substitutie zich in het transatlantische verkeer in oostelijke richting voordoet bij massagoederen uit bepaalde delen van de Verenigde Staten, zoals koffie, pinda's, appels, peren en citroenen. Zij verwijzen daarvoor naar het rapport-Dynamar, waarin het bestaan van een dergelijke substitutie aan de hand van cijfermateriaal wordt vastgesteld, onder meer voor bepaalde ijzer- en staalproducten en producten van de bosbouw. Verder noemen zij een artikel in het blad *American Shipper* van augustus 1996, waarin een bestuurder van de Mead Corporation, een Amerikaanse papierexporteur, wordt aangehaald.

⁷⁹⁸ Volgens de rechtspraak omvat de in aanmerking te nemen markt alle producten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en die slechts in geringe mate door andere producten kunnen worden vervangen (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald in punt 337 supra, punt 37).

- 799 Gelijk het Hof eerder heeft beslist, is de stabiliteit van de vraag naar een bepaald product een geschikte basis om de relevante markt te bepalen, zodat het enkele feit dat verschillende producten slechts in geringe mate uitwisselbaar zijn, niet in de weg staat aan de conclusie, dat die producten tot afzonderlijke productmarkten behoren (arrest Tetra Pak II, reeds aangehaald in punt 762 supra, punten 13-15; zie ook arrest TAA, punt 273).
- 800 Terecht heeft de Commissie zich dus in punt 61 van de considerans van de bestreden beschikking op deze rechtspraak van het Hof gebaseerd voor haar vaststelling in de punten 64 tot en met 74 van de considerans van de beschikking, dat de omstandigheid dat andere wijzen van zeevervoer voor een klein aantal goederen in geringe mate concurrerend kunnen zijn op de markt van het containervervoer, niet betekent dat zij kunnen worden geacht tot dezelfde markt te behoren.
- 801 Anders dan verzoeksters in dit verband betogen, betekent de verwijzing naar „een geschikte basis” in punt 15 van het hierboven aangehaalde arrest Tetra Pak II niet, dat bij de bepaling van de mate van substitueerbaarheid andere criteria eveneens een rol moeten spelen, maar dat de Commissie op basis van dit criterium tot het bestaan van afzonderlijke markten mag besluiten. In ieder geval blijkt in casu uit punt 75 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de Commissie niet slechts de substitutie aan de vraagzijde heeft bestudeerd, maar ook heeft nagegaan of de door verzoeksters aangevoerde voorbeelden van substitutie aan de aanbodzijde haar analyse konden weerleggen. De Commissie heeft haar beoordeling dus niet op dat ene criterium gebaseerd.
- 802 Niettemin moet nog worden onderzocht, of de Commissie hier terecht heeft vastgesteld dat het bulkvervoer slechts in geringe mate met het containervervoer concurreerde.
- 803 In de onderhavige beroepen blijken verzoeksters zich in wezen te beperken tot het herhalen van de argumenten die zij tijdens de administratieve procedure in hun

antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben uiteengezet. In feite weten zij echter weinig in te brengen tegen de redenen waarom de Commissie in de punten 64 tot en met 74 van de considerans van de beschikking die argumenten heeft afgewezen. Volgens deze punten zijn voor de meeste soorten goederen en voor de overgrote meerderheid van de gebruikers van het containervervoer de andere traditionele vormen van zeevervoer geen redelijk alternatief in het betrokken vaargebied en is, wanneer eenmaal een bepaald soort goederen regelmatig per container is vervoerd, een andere vervoerwijze nadien vrijwel uitgesloten. In die context concludeert de Commissie: „Hoewel er dus in uitzonderlijke omstandigheden een zekere mate van substitutie tussen het traditionele bulkvervoer en het containervervoer kan bestaan, is het niet bewezen dat voor het merendeel van de gevallen een duurzame vervanging van het containervervoer door het bulkvervoer mogelijk is” (punt 74 van de considerans).

- 804 Uit de door verzoeksters in de onderhavige beroepen aangevoerde gegevens blijkt niet, dat die vaststellingen onjuist zijn.
- 805 Zo kan uit de verklaring van een bestuurder van een verlader met betrekking tot een specifiek product (papier) redelijkerwijze niet worden afgeleid, dat er voor een breed scala van producten een ruime mate van substitutie tussen de twee vervoerwijzen bestaat. In hun memories erkennen verzoeksters overigens uitdrukkelijk, dat de door hen gestelde substitutie uitsluitend van belang is voor goederen van geringe waarde wegens de lage tarieven die de exploitanten van diverse sloopstypen aanbieden.
- 806 Met betrekking tot de gegevens in het verzoekschrift waaruit moet blijken dat voor bepaalde goederen, zoals kunstmest en sommige ijzer- en staalproducten, beide vervoerwijzen worden gebruikt, moet worden vastgesteld dat uit die

gegevens niet blijkt, dat de verladers hun vracht van de ene vervoerwijze naar de andere verschuiven. Dienaangaande constateert de Commissie in punt 71 van de considerans van de beschikking onweersproken:

„In dit verband is het niet belangrijk dat bepaalde goederen eventueel nog op beide wijzen worden vervoerd; om de substitueerbaarheid aan de vraagzijde te bepalen, is het essentieel te weten of de keuze voor een vervoerwijze op basis van de kenmerken van deze vervoerwijze gebeurt. Zo bewijst het feit dat bepaalde staalproducten onverpakt en andere in containers worden vervoerd, niet dat beide vervoerwijzen substitueerbaar zijn, omdat daarbij geen rekening wordt gehouden met de verschillende eigenschappen (en waarde) van de staalproducten, noch met de eisen van de klanten in verband met de levering.”

807 Bovendien merkt de Commissie in de punten 217 en 219 van de considerans van de beschikking op, ook hier zonder door verzoeksters te worden tegengesproken, dat het bestaan van een zekere substitutie voor producten als koffie, pinda's en papier, ten aanzien waarvan zij toegeeft dat er nog enige concurrentie van het bulkvervoer bestaat, het resultaat was van zelfstandige acties van leden van de TACA. Terecht wijst de Commissie erop (punt 72 van de considerans), dat die voorbeelden geenszins aantonen dat het bulkvervoer tot de relevante markt moet worden gerekend, doch dat zij juist bewijzen dat de partijen bij de TACA prijsdiscriminatie kunnen toepassen om marginale producten weg te lokken van de bulkvervoerders, zonder dat de vrachttarieven in het algemeen worden beïnvloed, en dat niets erop wijst, dat bulkvervoerders op dezelfde wijze tussen cliënten kunnen discrimineren.

808 Ten slotte is er nog de bewering van verzoeksters, dat de instabiliteit van de vraag blijkt uit punt 69 van de considerans van de bestreden beschikking, waar de Commissie aangeeft dat volgens Drewry (*Global Container Markets — Prospects and Profitability in a High Growth Era*, Londen 1996) het aandeel van de per container vervoerde vracht tussen 1980 en 1994 aanzienlijk is gestegen, namelijk van 20,7 % tot 41,6 %, welk aandeel waarschijnlijk zal toenemen tot 53,8 % in 2000. Dienaangaande kan worden volstaan met erop te wijzen dat, zoals de Commissie in punt 65 van de considerans van de beschikking terecht

opmerkt, die substitutie voor de bepaling van de relevante markt niet van belang is; waarop het aankomt, is immers niet, in hoeverre het containervervoer de andere vervoerwijzen kan vervangen, maar andersom, in hoeverre de andere vervoerwijzen, nadat zij eenmaal door het containervervoer zijn vervangen, dit laatste weer kunnen verdringen indien de prijs ervan aanzienlijk stijgt.

- 809 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld, dat geen van de door verzoeksters aangevoerde gegevens twijfel kan doen rijzen aan de constatering van de Commissie, dat voor de meeste soorten goederen en voor de overgrote meerderheid van de cliënten van de maatschappijen die vervoer per container aanbieden, bulkvervoer geen redelijk alternatief voor containervervoer is (in die zin arrest TAA, punt 273).
- 810 Wat vervolgens het gekoelde bulkvervoer betreft, merken verzoeksters op, dat deze substitutie blijkt uit de verklaringen van de traditionele aanbieders van gekoeld vervoer, uit het feit dat de concurrentie tussen de twee vervoerwijzen nog toeneemt door het besluit van sommige containervervoerders zoals Mærsk om hun koelcapaciteit uit te breiden, en uit het feit dat in het verkeer tussen Europa en de Verenigde Staten een deel van het Amerikaanse fruit zowel per container als met traditionele koelschepen wordt vervoerd.
- 811 In de onderhavige beroepen blijken verzoeksters zich in wezen te beperken tot het herhalen van de argumenten die zij tijdens de administratieve procedure in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben uiteengezet. In feite weten zij echter weinig in te brengen tegen de redenen waarom de Commissie in punt 73 van de considerans van de beschikking die argumenten heeft afgewezen. Volgens de beschikking tonen die argumenten wel aan dat koelcontainers het gekoelde bulkvervoer kunnen vervangen, maar maken zij niet aannemelijk dat gekoeld bulkvervoer substitueerbaar is voor gekoeld containervervoer. Bovendien

stelt de Commissie in genoemd punt van de considerans vast, dat het vervoer in koelcontainers bepaalde voordelen biedt, zoals kleinere hoeveelheden en snelle overgang naar andere vervoerwijzen, en dat er meer producten geschikt zijn voor het vervoer in koelcontainers dan in gekoelde bulkschepen.

812 Uit de door verzoeksters in de onderhavige beroepen aangevoerde gegevens blijkt niet, dat die vaststellingen onjuist zijn.

813 Zoals de Commissie immers in punt 73 van de considerans van de beschikking terecht opmerkt, bevestigen die gegevens hoogstens de steeds verder gaande containerisering van het gekoelde vervoer, maar blijkt er niet uit, dat het gekoelde bulkvervoer substitueerbaar is voor het vervoer in koelcontainers. Zoals aangeduid in punt 795 supra, kan slechts het bewijs van een dergelijke substitutie aannemelijk maken dat de twee soorten gekoeld vervoer tot een zelfde markt behoren.

814 Zo wordt in de door verzoeksters aangehaalde verklaringen van aanbieders van gekoeld vervoer enkel beklemtoond, dat de containerisering de voornaamste bedreiging vormt voor het traditionele gekoelde vervoer, maar er wordt geenszins in gezegd, dat het gekoelde bulkvervoer een substituuut is voor het vervoer in koelcontainers. Doch zelfs indien die verklaringen aldus konden worden geïnterpreteerd, kunnen zij geen serieus bewijs voor het bestaan van een aanzienlijke substitutie opleveren.

815 Evenzo toont de omstandigheid dat containervervoerders koelcontainers installeren, niet aan dat gekoeld bulkvervoer een substituuut voor vervoer in koelcontainers is, maar uitsluitend dat het verschijnsel containerisering zich ook bij het gekoelde vervoer voordoet.

- 816 Het feit, ten slotte, dat bepaalde producten zowel per container als in bulk worden vervoerd, betekent niet, dat de verladers vracht van de ene naar de andere vervoerwijze verplaatsen, en kan dus niet dienen als bewijs dat gekoeld bulkvervoer in aanzienlijke mate substitueerbaar is voor vervoer in koelcontainers; hoogstens duidt het erop, dat bij een gedeelte van de gekoelde vracht een proces van containerisering gaande is.
- 817 Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat verzoeksters niets hebben aangevoerd wat twijfel kan doen rijzen aan de vaststelling van de Commissie, dat gekoeld bulkvervoer geen substituut is voor containervervoer.

De NVOCC's

- 818 Verzoeksters stellen dat NVOCC's die in geen enkel vaargebied schepen exploiteren, een belangrijke bron van mededinging zijn, waarmee bij de afbakening van de relevante markt rekening moet worden gehouden. Zij stellen voorts, dat de beschikking op dit punt niet naar de eis van het recht met redenen is omkleed, omdat er niet in wordt uiteengezet, waarom de NVOCC's niet tot de relevante markt behoren.
- 819 Zoals de Commissie in punt 159 van de considerans van de beschikking uiteenzet, betrekken NVOCC's die in geen enkel vaargebied schepen exploiteren, hun zeevervoersdiensten van de partijen bij de TACA op dezelfde wijze als andere verladers, hetzij tegen lijsttarieven hetzij, meer gebruikelijk, op basis van een conference-dienstencontract.
- 820 Aangezien die ondernemers geen eigen zeevervoersdiensten aanbieden, maar dergelijke diensten van de partijen bij de TACA betrekken, concurreren zij, zoals

de Commissie in de punten 160 en 161 van de considerans van de beschikking beklemt, ten aanzien van kwaliteit en prijs van de dienstverlening op geen enkele wijze met de zeevervoerders. Het is stellig zo, dat deze NVOCC's over een zekere koopkracht beschikken en bij dienstencontracten dus lagere prijzen kunnen bedingen dan andere verladers, maar, aldus de Commissie in punt 161 van de considerans, ook dan gaat het om prijzen die door de partijen bij de TACA worden bepaald.

- 821 Omdat zijzelf geen vervoersdiensten in het relevante vaargebied verrichten, brengen NVOCC's die in geen enkel vaargebied schepen exploiteren, geen eigen scheepsruimte op de markt, maar betrekken zij evenals de verladers scheepsruimte van de zeevervoerders.
- 822 Bijgevolg heeft de Commissie terecht overwogen, dat NVOCC's die in geen enkel vaargebied schepen exploiteren, niet tot dezelfde markt behoren als de partijen bij de TACA. In de punten 159 tot en met 161 van de considerans bevat de beschikking bovendien een toereikende motivering op dit punt.
- 823 De argumenten van verzoeksters dienaangaande moeten derhalve worden afgewezen.

De inaanmerkingneming van het cumulatief effect van de bronnen van mededinging

- 824 Verzoeksters verwijten de Commissie ten slotte, het cumulatieve effect van de verschillende bronnen van mededinging te hebben miskend waar zij overwoog dat, behoudens in buitengewone omstandigheden en voor een klein aantal producten, geen van die bronnen een substituut voor het containervervoer kon

zijn. Zo moet een vervoerder die 50 verschillende producten, elk van verschillende waarde, vervoert en die derhalve te maken heeft met de concurrentie van een of meer andere vervoerders, het hoofd bieden aan concurrentie met betrekking tot al zijn producten.

- 825 Zoals de Commissie evenwel terecht heeft vastgesteld (punten 72, 203-213 en 534-537 van de considerans van de bestreden beschikking), zijn de vervoerders die prijsdiscriminatie toepassen door voor de verschillende soorten producten sterk uiteenlopende prijzen in rekening te brengen (naargelang van het product kan de prijs voor dezelfde vervoersdienst van 1 tot 5 bedragen), in staat de gevolgen van marginale concurrentie voor het vervoer van specifieke soorten goederen te beperken. Voorts kan het argument van verzoeksters, dat zij, nu zij voor elke soort goederen met een verschillende bron van mededinging te maken hebben, het hoofd moeten bieden aan mededinging voor al hun diensten, niet slagen. Niet slechts hebben verzoeksters niet aannemelijk weten te maken, dat zij voor elke soort goederen en dus voor het gehele scala van hun diensten met de mededinging van andere vervoersdiensten te maken hebben, maar bovendien blijkt uit het voorgaande, dat de Commissie tot genoeg van recht heeft aangetoond, dat voor de meeste goederen en de overgrote meerderheid van de gebruikers de andere vervoerwijzen geen substituut voor de containerlijnvaart kunnen zijn (in die zin arrest TAA, punt 282).
- 826 De grief dat geen rekening is gehouden met het cumulatieve effect van de verschillende bronnen van mededinging, moet mitsdien worden afgewezen.

— Substitutie aan de aanbodzijde

- 827 Verzoeksters stellen dat de Commissie niet de mogelijkheid van substitutie aan de aanbodzijde heeft onderzocht, maar enkel — wat iets anders is — of de partijen bij de TACA met een zekere potentiële mededinging rekening moeten houden.

Verder stellen zij, dat de mobiliteit van de vloten, die in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 wordt erkend, kan samengaan met een hoge mate van substitutie aan de aanbodzijde. Uit het rapport-Dynamar blijkt bovendien, dat in 1996 de „niet-gecontaineriseerde” maatschappijen die het transatlantische vaargebied via de Canadian Gateway bedienden, potentieel in staat waren hun containervervoer tegen minimale kosten met ongeveer 200 000 TEU in zowel het westwaartse als het oostwaartse verkeer uit te breiden, wat neerkomt op 15 % van de capaciteit van verzoeksters, zonder dat het nodig was hun schepen aan te passen of te verbouwen.

828 Wat in de eerste plaats de bewering betreft, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet ingaat op de vraag betreffende substitutie aan de aanbodzijde, zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak producten slechts als een afzonderlijke markt kunnen worden beschouwd, indien zij zich niet slechts op grond van hun gebruik onderscheiden, maar tevens op grond van bijzondere productietekenen die ze bijzonder geschikt maken voor dat gebruik (arrest Euro-pemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald in punt 779 supra, punt 33).

829 Bij de afbakening van de relevante markt diende de Commissie in dit geval dus na te gaan, of maatschappijen die geen speciale containerschepen hebben, door een eenvoudige technische aanpassing van hun schepen deze geschikt konden maken voor containervervoer of het aantal vervoerde containers konden vergroten, en aldus krachtig genoeg op de markt van de containerlijnvaart konden gaan opereren om een serieus tegenwicht te bieden (substitutie aan de aanbodzijde).

830 In punt 75 van de considerans van de bestreden beschikking verwijst de Commissie voor het onderzoek van de vraag betreffende substitutie aan de aanbodzijde naar de punten 278 tot en met 282 van de considerans.

- 831 Deze verwijzing is onjuist. In die punten, waarmee het hoofdstuk over de potentiële mededinging begint, onderzoekt de Commissie niet de mogelijkheden van substitutie aan de aanbodzijde, maar maakt zij slechts enkele inleidende opmerkingen over de bewijskracht van het rapport-Dynamar (*The Transatlantic Trade — An overview of the carrying capacity/potential of non-TACA members*, 1996), waarop de partijen bij de TACA zich tot staving van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden beroepen. Kort samengevat verklaart de Commissie, dat nu de partijen bij de TACA haar niet hebben geïnformeerd over de aanwijzingen die zij Dynamar met het oog op de opstelling van het rapport hadden verstrekt, zij daaruit afleidt dat de conclusies van Dynamar in de lijn van die aanwijzingen liggen.
- 832 Wat verderop in het hoofdstuk over de potentiële mededinging (punten 300-305 van de considerans) onderzoekt de Commissie echter de concurrentie van niet speciaal voor containervervoer ingerichte schepen, zodat moet worden aangenomen dat in punt 75 van de considerans naar deze paragrafen wordt verwezen.
- 833 Aan verzoeksters moet worden toegegeven, dat geen van deze paragrafen uitdrukkelijk over substitutie aan de aanbodzijde handelt. In dit gedeelte van de beschikking spreekt de Commissie immers niet over het vermogen van niet-containerschepen om, na aanpassing, containers te vervoeren of het aantal vervoerde containers te vergroten, maar onderzoekt zij, zoals uitdrukkelijk uit punt 301 van de considerans blijkt, uitsluitend de vraag of de exploitanten van die schepen in staat zijn tot een aanmerkelijke potentiële mededinging met containerschepen, dat wil zeggen (a) dat die exploitanten op gelijke voet en onder normale rentabiliteitsvoorwaarden met de partijen bij de TACA kunnen concurreren, en (b) dat voor de cliënten het vervoer door die exploitanten functioneel uitwisselbaar is met het vervoer door containerschepen. Aan het eind van haar analyse ontkent de Commissie het bestaan van een dergelijke aanmerkelijke potentiële mededinging. Met betrekking tot het eerste aspect beklemtoont zij (punten 302-304 van de considerans), dat de technische kenmerken en prestaties van niet-containerschepen aanmerkelijk verschillen van die van speciaal voor containervervoer ingerichte schepen, en dat de exploitanten van eerstbedoelde schepen niet over dezelfde aantallen containers beschikken als

de exploitanten van containerschepen en in het algemeen ook niet over dezelfde installaties aan de wal. Met betrekking tot het tweede aspect merkt zij op (punt 305 van de considerans), dat voor de cliënten bulk- of neobulkschepen geen substituut voor containerschepen zijn.

- 834 Ofschoon potentiële mededinging en substitutie aan de aanbodzijde verschillende begrippen zijn, wat de Commissie in haar verweerschrift overigens erkent, vallen die begrippen wel gedeeltelijk samen; het verschil zit vooral in het al dan niet onmiddellijke karakter van de mededingingsbeperking. Hieruit volgt, dat de meeste van de in de punten 302 tot en met 304 van de considerans van de beschikking besproken elementen zowel het ontbreken van een aanmerkelijke potentiële mededinging als het ontbreken van substitutie aan de aanbodzijde kunnen rechtvaardigen. Met betrekking tot de technische kenmerken van niet-containerschepen bijvoorbeeld wijst de Commissie er in punt 303 van de considerans uitdrukkelijk op, dat sommige ervan de omschakeling van het aanbod tegenwerken, in zoverre „bij het vervoer van containers op schepen die niet specifiek als containerschip gebouwd zijn, bijkomende kosten [optreden]”. Evenmin valt te betwisten, dat het ontbreken van een omvangrijk containerpark of van voldoende walinstallaties een snelle ombouw van andere scheepstypen in containerschepen ernstig belemmert.
- 835 Overigens moet hierbij worden opgemerkt, dat de Commissie, naar uit punt 300 van de considerans blijkt, met haar overwegingen in de punten 302 tot en met 304 van de considerans antwoord wilde geven op het ook in deze beroepen weer naar voren gebrachte, door verzoeksters aan het rapport-Dynamar ontleende argument, dat exploitanten van niet-containerschepen deze geschikt kunnen maken voor het vervoer van containers of voor een uitbreiding van het aantal vervoerde containers.
- 836 Mitsdien moet worden erkend, dat de vraag betreffende substitutie aan de aanbodzijde impliciet, doch onmiskenbaar in de punten 302 tot en met 304 van de considerans van de beschikking wordt onderzocht. Het verwijt van verzoeksters op dit punt moet derhalve worden afgewezen.

- 837 Wat in de tweede plaats de gegevens betreft waarmee verzoeksters het bestaan van substitutie aan de aanbodzijde trachten te bewijzen, is er hierboven al op gewezen, dat verzoeksters in wezen enkel de aan het rapport-Dynamar ontleende argumenten herhalen die zij al tijdens de administratieve procedure in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden aangevoerd. Zij weten echter niets in te brengen tegen de redenen waarom de Commissie die argumenten in de punten 302 tot en met 304 van de considerans van de beschikking terzijde heeft geschoven.
- 838 Zij betogen alleen, dat de vaststelling in punt 305 van de considerans van de beschikking, dat de overgrote meerderheid van de cliënten van de TACA-partijen het bulkvervoer geen aanvaardbaar substituut voor het vervoer per container vindt, op slechts één bewijsstuk berust, te weten een in hetzelfde punt van de considerans weergegeven advertentie van ACL.
- 839 In het kader van de hier besproken grieven betreffende de beoordeling van de substitutie aan de aanbodzijde is deze kritiek echter niet relevant. De vaststelling in punt 305 van de considerans betreft immers niet de substitutie aan de aanbodzijde, maar die aan de vraagzijde.
- 840 Anders dan verzoeksters beweren, is die vaststelling trouwens niet enkel op een advertentie van ACL gebaseerd. Uit punt 69 van de considerans van de beschikking blijkt immers, dat de beoordelingen van de Commissie betreffende de substitutiemogelijkheden tussen containervervoer en bulkvervoer hoofdzakelijk gebaseerd zijn op het rapport-Drewry (*Global Container Markets — Prospects and Profitability in a High Growth Era*, Londen 1996). Daarenboven hebben verzoeksters, zoals in punt 803 supra opgemerkt, geen serieus verweer gevoerd tegen de vaststellingen van de Commissie in de punten 64 tot en met 74 van de considerans betreffende het ontbreken van substitutie.

841 Met betrekking tot het argument, dat de mobiliteit van de vloten in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 wordt erkend, zij eraan herinnerd, dat de Raad daar beklemtoont dat „de conferences meestal blijven blootstaan aan een daadwerkelijke concurrentie zowel van de zijde van de niet-conferencelijnen als van de wilde-vaartdiensten en in bepaalde gevallen van andere middelen van vervoer; dat de mobiliteit der vloten die de structuur van het aanbod in de sector zeevervoersdiensten kenmerkt, bovendien een voortdurende concurrentie-druk op de conferences uitoefent, die gewoonlijk niet de mogelijkheid hebben de concurrentie voor een wezenlijk deel van de betrokken zeevervoersdiensten uit te schakelen”. Uit de termen van deze overweging blijkt dus duidelijk, dat de Raad zich niet op de mobiliteit van de vloten baseert om vast te stellen, dat niet-containerschepen hun containercapaciteit kunnen vergroten, maar dat de lijnvaartmaatschappijen die bij een lijnvaartconference in een bepaald vaargebied zijn aangesloten, in beginsel blootstaan aan de potentiële mededinging van containervervoerders uit andere vaargebieden. In elk geval komt daar nog bij, dat de Commissie door verzoeksters onweersproken heeft vastgesteld (punten 289-299 van de considerans van de beschikking), dat de mobiliteit van de vloten in het transatlantische vaargebied nauwelijks effectief kon zijn. Uit het feit dat de mobiliteit van de vloten in verordening nr. 4056/86 wordt erkend, kunnen verzoeksters dus geen argument putten tegen de afbakening van de relevante dienstenmarkt in de bestreden beschikking.

842 De argumenten van verzoeksters betreffende de substitutie aan de aanbodzijde moeten dan ook worden afgewezen.

b) De geografische dimensie van de relevante diensten

i) Argumenten van partijen

843 Verzoeksters stellen, dat de afbakening van de relevante geografische markt in punt 84 van de considerans van de bestreden beschikking — de zeevaartroutes

tussen de Noord-Europese havens en die in de Verenigde Staten en in Canada — onjuist is, doordat zij de mediterrane havens van Zuid-Europa uitsluit (punten 76-83 van de considerans van de beschikking).

- 844 Vooraf wijzen verzoeksters erop dat zij, anders dan de Commissie in punt 77 van de considerans te verstaan geeft, tijdens de administratieve procedure niet hebben beweerd dat de havens van Turkije, Libanon, Israël, Cyprus, Egypte, Libië, Tunesië, Algerije en Marokko substitueerbaar zijn voor de Noord-Europese havens. Voor het overige zetten verzoeksters het volgende uiteen.
- 845 In de eerste plaats herhalen zij het verwijt, dat de Commissie, uitgaande van het begrip substitueerbaarheid in één richting, de substitueerbaarheid van de mediterrane havens heeft afgewezen (punt 76 van de considerans van de beschikking). Onder verwijzing naar hun kritiek op de omschrijving van de relevante dienstenmarkt beklemtonen verzoeksters in het bijzonder, dat de Commissie niet duidelijk heeft gemaakt, waarom de gegevens die aantonen dat de Noord-Europese havens substitueerbaar zijn voor de havens in Zuid-Europa, niet tevens aantonen dat de havens van de twee gebieden over en weer substitueerbaar zijn. Door de bewijzen van substitueerbaarheid die zij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden aangebracht, van de hand te wijzen, belast de Commissie verzoeksters met het bewijs dat de havens van Zuid-Europa substitueerbaar zijn voor die van Noord-Europa, terwijl een juiste afbakening van de relevante markt een prealabel is voor de vaststelling van een machtspositie. De Commissie had de verladers om de nodige inlichtingen moeten vragen, daar verzoeksters zelf de ter zake dienende gegevens niet van hen konden verkrijgen.
- 846 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de vaststellingen van de Commissie in de punten 80 en 82 van de considerans, dat de mediterrane havens „ontoereikend zijn” en aan „beperkingen op het gebied van de infrastructuur” lijden, door de feiten worden weerlegd.

- 847 Uit de vakpers blijkt, dat de Zuid-Europese havens meer en meer als substituut voor de Noord-Europese worden gezien. Zo zijn er berichten, dat tal van vervoerders het logischer vinden om voor de aansluiting van de diensten Europa/Azië op de diensten Europa/Noord-Amerika havens in de Middellandse Zee aan te doen. Ook de mediterrane havens zelf menen dat hun diensten met die van de Noord-Europese havens kunnen concurreren; dit blijkt bijvoorbeeld uit een advertentie van de havenautoriteit van Marseille. Het in de Zuid-Europese havens afgehandelde gedeelte van de tussen Europa en de Verenigde Staten vervoerde vracht is tussen 1994 en 1997 aanzienlijk gestegen.
- 848 Ook uit de houding van de vervoerders blijkt dat de havens van Zuid-Europa een substituut zijn voor die van Noord-Europa. Verzoeksters wijzen erop, dat een door een van hen verricht onderzoek tot de conclusie komt, dat de havens van Zuid-Europa op het punt van efficiëntie tegen die van het Noorden zijn opgewassen, dat er van oudsher conferences (SEAC en USSEC) voor het scheepvaartverkeer tussen Zuid-Europa en de Verenigde Staten bestaan, en dat onafhankelijke maatschappijen zoals Lykes en Evergreen hun diensten vanuit Zuid-Europese havens hebben uitgebreid.
- 849 Ten slotte blijkt ook uit de gedraging van de verladers dat de havens van Zuid-Europa een substituut zijn voor de Noord-Europese. Zo wordt in een uitnodiging tot inschrijving van een verlader uitdrukkelijk gezegd, dat „de havens van de Middellandse Zee als verschepingshavens kunnen worden beschouwd zonder enige voorkeur onzerzijds”. Voorts hebben tal van verladers een gedeelte van hun vracht van Noord-Europese naar Zuid-Europese havens verplaatst. De bewering van de Commissie in haar verweerschrift, dat deze bewijzen te laat zijn aangebracht, is volstrekt ongegrond.
- 850 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, meent dat de afbakening van de relevante geografische markt in de bestreden beschikking juist is en naar de eis van het recht is gemotiveerd. Zij concludeert dan ook tot afwijzing van de middelen en argumenten van verzoeksters desbetreffend.

ii) Beoordeling door het Gerecht

- 851 Verzoeksters verwijten de Commissie, de mediterrane havens buiten haar afbakening van de relevante dienstenmarkt in punt 84 van de considerans van de bestreden beschikking te hebben gehouden, ofschoon de vervoersdiensten op de transatlantische route vanuit Noord-Europese havens en die vanuit Zuid-Europese havens onderling substitueerbaar zijn.
- 852 Hiermee betwisten verzoeksters de geografische component van de vervoersdiensten die de relevante markt vormen. Bij deze component gaat het om de bepaling van de punten van vertrek en aankomst van de vervoersdiensten op de transatlantische route (arrest TAA, punt 293).
- 853 Zoals de Commissie terecht opmerkt, is dit een ander probleem dan dat van de afbakening van de relevante geografische markt in punt 519 van de considerans van de beschikking, waarmee het gebied wordt bepaald waarin de betrokken ondernemingen de relevante diensten aanbieden, waarin ook de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van naburige geografische zones kan worden onderscheiden, in het bijzonder omdat de mededingingsvoorwaarden daar duidelijk anders zijn (in die zin arrest Hof van 14 februari 1978, *United Brands/Commissie*, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 11, en arrest Gerecht van 30 maart 2000, *Kish Glass/Commissie*, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 81).
- 854 In de eerste plaats verwijten verzoeksters de Commissie, de geografische component van de relevante markt verkeerd te hebben bepaald door uit te gaan van het begrip „substitueerbaarheid in één richting”, in die zin dat zij wel de havens van Noord-Europa als een substituuut voor die van Zuid-Europa heeft

aangemerkt, maar niet andersom. Zij betogen, dat de Commissie niet duidelijk heeft gemaakt waarom de gegevens die aantonen dat de Noord-Europese havens substitueerbaar zijn voor de havens in Zuid-Europa, niet tevens aantonen dat de havens van de twee gebieden over en weer substitueerbaar zijn.

- 855 In de punten 76 tot en met 83 van de considerans van de bestreden beschikking heeft de Commissie de mediterrane havens van Zuid-Europa van de geografische component van de relevante dienstenmarkt uitgesloten op grond van de overweging, dat zeer weinig of geen verladers vinden dat Noord-Europese havens door mediterrane havens kunnen worden vervangen, terwijl sommige verladers wel van mening zijn dat bepaalde mediterrane havens door Noord-Europese havens kunnen worden vervangen (punt 76 van de considerans).
- 856 Hieruit blijkt dus duidelijk dat, anders dan verzoeksters willen doen voorkomen, de Commissie niet heeft vastgesteld dat de Noord-Europese havens een substituuut voor de mediterrane havens zijn, maar enkel dat „sommige” verladers van mening waren, dat „bepaalde” mediterrane havens door Noord-Europese havens kunnen worden vervangen.
- 857 Hoewel dit al voldoende reden is om het hier besproken verwijt af te wijzen, moet nog worden beklemtoond, dat ook indien de Commissie had vastgesteld dat de Noord-Europese havens een substituuut voor de mediterrane havens waren, zij toch niet duidelijk had behoeven te maken, waarom de gegevens waaruit die substitueerbaarheid bleek, niet tevens aantoonen dat die mediterrane havens de Noord-Europese konden vervangen, om aldus de uitsluiting van de mediterrane havens van de relevante markt te rechtvaardigen.
- 858 Immers, de TACA is een overeenkomst die de voorwaarden vastlegt van het containervervoer naar de Verenigde Staten, niet vanuit de Europese havens aan de Middellandse Zee, maar vanuit de havens in Noord-Europa, meer in het

bijzonder, naar uit punt 14 van de considerans van de bestreden beschikking blijkt, de havens tussen de breedtegraad van Bayonne en die van de Noordkaap en de punten in Europa die via die havens worden bereikt, met uitzondering van Spanje en Portugal. Om met het oog op de toetsing van die overeenkomst aan het mededingingsrecht de geografische component van de relevante dienstenmarkt te bepalen, komt het dus uitsluitend aan op de vraag, of een verlader die vracht uit Noord-Europa naar de Verenigde Staten verzendt, de hem vanuit de Noord-Europese havens aangeboden diensten gemakkelijk zou kunnen vervangen door diensten vanuit de mediterrane havens van Zuid-Europa. De redenen waarom een verlader die vracht vanuit mediterrane havens naar de Verenigde Staten verzendt, deze havens eventueel door havens in Noord-Europa zou vervangen, zijn daarbij kennelijk irrelevant.

⁸⁵⁹ Anders dan verzoeksters betogen, leidt dit geenszins tot een omkering van de bewijslast. Uit de bestreden beschikking blijkt immers, dat de Commissie de mediterrane havens van Zuid-Europa van de relevante markt heeft uitgesloten omdat geen enkele verlader grote hoeveelheden vracht uit Noord-Europa met eindbestemming de Verenigde Staten via de Europese havens aan de Middellandse Zee verscheept. De Commissie baseert zich daarvoor op diverse bewijs-elementen, te weten, kort weergegeven:

- het feit dat de TACA-partijen die aan de VSA-overeenkomsten deelnemen, twee of drie spoorverbindingen per week Milaan-Rotterdam v.v. onderhouden (punt 80 van de considerans);

- het feit dat volgens het rapport Drewry (*Global Container Markets*, Londen 1996) de mediterrane havens zelfs voor de diensten Europa/Verre Oosten geen substituut lijken te zijn (punt 82 van de considerans);

— het feit dat de partijen bij de TACA voor bepaalde soorten goederen het effect van de marginale concurrentie van andere vervoermiddelen kunnen beperken door lagere prijzen aan te bieden, zonder dat het algemene prijsniveau hierdoor wordt beïnvloed (punt 83 van de considerans).

860 Volgens de Commissie wegen deze gegevens zwaarder dan die welke door de partijen bij de TACA zijn aangevoerd en die erop neerkomen, dat ongeveer 8 000 tot 10 000 TEU vracht door verladers van Noord-Europese naar mediterrane havens is verplaatst (punt 80 van de considerans).

861 Blijkens het voorgaande heeft de Commissie voldaan aan de bewijslast die met betrekking tot de afbakening van de relevante markt voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op haar rust.

862 De hier besproken argumenten inzake verkeerd gebruik van het begrip substitueerbaarheid in één richting moeten derhalve worden afgewezen.

863 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de vaststellingen van de Commissie in de punten 80 en 82 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de mediterrane havens van Zuid-Europa „ontoereikend zijn” en aan „beperkingen op het gebied van de infrastructuur” lijden, door de feiten worden weerlegd. Uit de gegevens die zij tijdens het onderzoek hebben voorgelegd, blijkt volgens verzoeksters, dat de mediterrane havens van Zuid-Europa meer en meer als substituuut voor de Noord-Europese havens worden gezien.

864 Er bestaat stellig een zekere substitueerbaarheid tussen de zeevervoersdiensten die in het kader van de TACA worden onderhouden, en de containerlijnvaart op de transatlantische route van of naar de mediterrane havens van Zuid-Europa (arrest

TAA, punt 296). De uitsluiting van deze laatste verbindingen uit de relevante dienstenmarkt is echter niet pas bij een volledig ontbreken van substitueerbaarheid gerechtvaardigd; het volstaat dat die substitueerbaarheid zeer beperkt is.

- ⁸⁶⁵ In punt 80 van de considerans van de beschikking stelt de Commissie immers vast, dat „de partijen bij de TACA [...] geen enkel bewijs [hebben] geleverd dat een verlader aanzienlijke hoeveelheden vracht van Noord-Europa naar een Middellandse-Zee-haven met eindbestemming Noord-Amerika zou hebben verzonden”. Daarbij merkt de Commissie op (punt 79 van de considerans), dat door de door verzoeksters tijdens de administratieve procedure gestelde verplaatsing van 8 000 tot 10 000 TEU vracht van de Noord-Europese havens naar de mediterrane havens van Zuid-Europa de markt volgens verzoeksters zelf met 2 % zou toenemen, waardoor het marktaandeel van de partijen bij de TACA met ongeveer 1 % zou verminderen.
- ⁸⁶⁶ Zoals echter in punt 799 supra vermeld, staat volgens de rechtspraak het bestaan van een geringe mate van substitueerbaarheid niet in de weg aan de conclusie, dat het om afzonderlijke markten gaat (arrest Tetra Pak II, reeds aangehaald in punt 762 supra, punten 13-15; zie ook arrest TAA, punt 273).
- ⁸⁶⁷ In de onderhavige beroepen hebben verzoeksters niets aangevoerd waaruit zou blijken, dat de door de mediterrane havens van Zuid-Europa aangeboden diensten een redelijk alternatief zijn voor de verladers in Noord-Europa, dat de aantrekkingszone is van de diensten die door de leden van de TACA worden onderhouden.
- ⁸⁶⁸ Verzoeksters beroepen zich op de verplaatsing van vracht van de Noord-Europese naar de mediterrane havens. Zij baseren zich daarvoor op vrachtverplaatsingen door dertien verladers in de jaren 1996 tot 1998, naar aanleiding van een

uitnodiging tot inschrijving van een verlader die daarbij had aangegeven geen enkele voorkeur voor een Noord-Europese dan wel een Europese haven aan de Middellandse Zee te hebben, alsmede op gegevens van P & O Nedlloyd betreffende de havens vanwaaruit deze verzoekster diensten aan haar cliënten aanbiedt.

- 869 Weliswaar stellen verzoeksters op basis van deze gegevens dus, dat er vracht van de Noord-Europese havens naar de mediterrane havens van Zuid-Europa wordt verplaatst, maar zij zeggen nergens dat het daarbij om aanzienlijke hoeveelheden gaat. Zoals hierboven aangegeven, is het blijkens punt 80 van de considerans van de beschikking niet wegens het volledig ontbreken van vrachtverplaatsingen dat de Commissie de Europese havens van de Middellandse Zee van de relevante markt heeft uitgesloten, maar wegens het feit dat die verplaatsingen geen aanzienlijke hoeveelheden betreffen.
- 870 Bovendien blijkt bij onderzoek van de door verzoeksters verstrekte gegevens, dat deze het bestaan van omvangrijke vrachtverplaatsingen niet aannemelijk kunnen maken.
- 871 Bij de door dertien verladers verplaatste vracht gaat het volgens de gegevens van verzoeksters hoogstens om een volume van 7 900 TEU in drie jaar. Welnu, blijkens tabel 2 bij punt 85 van de considerans van de beschikking heeft de TACA alleen al in 1996 tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten 1 429 000 TEU vervoerd; de gestelde verplaatsingen betreffen dus een miniem gedeelte van de relevante markt. Verder kan uit bedoelde gegevens niet de minste ter zake dienende conclusie worden getrokken, aangezien noch de plaats van vestiging van de verlader noch, vooral, de bestemming van de goederen wordt vermeld. Wat vervolgens de in het verzoekschrift genoemde uitnodiging tot inschrijving betreft, kan worden volstaan met op te merken, dat het hier om één dienstencontract van één verlader gaat, waaraan dus geen enkele bijzondere bewijskracht kan worden gehecht. Met betrekking, ten slotte, tot de gegevens van Nedlloyd betreffende één enkele vervoerder zij er met de Commissie op gewezen, dat zij geen enkele bewijskracht hebben, daar zij met betrekking tot bepaalde verladers die cliënten van Nedlloyd zijn, enkel de variaties in het vrachtvolume vanuit de Europese havens aan de Middellandse Zee in 1995 en 1996 vermelden, zonder de variaties

in het totale vrachtvolume vanuit de Noord-Europese havens en vanuit de mediterrane havens van Zuid-Europa te preciseren. Aan de hand van die gegevens kan dus niet worden vastgesteld, of de variaties in het vrachtvolume samenhangen met verplaatsingen vanuit Noord-Europese havens of met verschillen in de omvang van de uitvoer naar de Verenigde Staten.

- 872 Vervolgens stellen verzoeksters, dat wat het verkeer tussen Europa en de Verenigde Staten betreft, de hoeveelheid vracht die in de mediterrane havens van Zuid-Europa werd afgehandeld, in de periode van 1994 tot 1997 aanzienlijk is toegenomen.
- 873 De door verzoeksters verstrekte gegevens desbetreffend duiden ontegenzegglijk op een dergelijke groei, maar er blijkt daarentegen niet uit, dat die groei het gevolg is van vrachtverplaatsingen vanuit Noord-Europese havens en niet van andere factoren, zoals een stijging van de uitvoer naar de Verenigde Staten (arrest TAA, punt 297).
- 874 Verzoeksters schuiven verder een door een van hen verrichte studie naar voren waarin wordt geconcludeerd, dat de mediterrane havens van Zuid-Europa het op het punt van efficiëntie tegen de Noord-Europese havens kunnen opnemen. In samenhang daarmee wijzen zij er tevens op, dat er van oudsher conferenties voor de lijnvaart tussen Zuid-Europa en de Verenigde Staten hebben bestaan en dat onafhankelijke maatschappijen zoals Lykes en Evergreen hun diensten vanuit de mediterrane havens hebben uitgebreid.
- 875 Uit deze gegevens blijkt echter niet, dat de mediterrane havens van Zuid-Europa voor de verladers in belangrijke mate een substituut voor de Noord-Europese havens zijn. Zo heeft de door verzoeksters overgelegde studie uitsluitend betrekking op de productiviteit van de mediterrane en de Noord-Europese

havens, zonder een woord aan hun substitueerbaarheid te wijden. Een dergelijke studie is dus volstrekt irrelevant wanneer het erom gaat, de omschrijving van de relevante markt in de bestreden beschikking te betwisten. De andere gegevens die verzoeksters aanvoeren, tonen weliswaar aan dat een zekere hoeveelheid vracht met bestemming de Verenigde Staten vanuit de mediterrane havens van Zuid-Europa wordt verzonden, maar zij bewijzen geenszins dat de verladers vracht vanuit de Noord-Europese naar de mediterrane havens verplaatsen.

876 Ten slotte verwijzen verzoeksters naar artikelen in de vakpers, volgens welke „tal van vervoerders het ‚logischer‘ vinden om havens in de Middellandse Zee aan te doen” voor de aansluiting van de diensten Europa/Azië op de diensten Europa/Noord-Amerika, en de exploitanten van mediterrane havens in Zuid-Europa van mening zijn, dat hun diensten met die van de Noord-Europese havens kunnen concurreren.

877 Dienaangaande valt op te merken, dat de indrukken van verladers als waarover door de vakpers wordt bericht met betrekking tot de verbinding Verre Oosten/Noord Amerika, geen twijfel kunnen doen rijzen aan de tegengestelde conclusies van het rapport-Drewry (*Global Container Markets*, Londen 1996), weergegeven in punt 82 van de considerans van de beschikking, volgens welke „de Middellandse-Zee-havens geen substituuat voor de Noord-Europese havens vormen, zelfs niet voor de diensten tussen Europa en het Verre Oosten”. Hoe dit ook zij, in de door verzoeksters genoemde artikelen uit de vakpers wordt enkel bericht over de toegenomen activiteit in de mediterrane havens van Zuid-Europa, maar wordt niet aangetoond dat die toeneming het gevolg is van vrachtverplaatsingen door verladers in Noord-Europa.

878 Voor hun stelling dat de mediterrane havens van Zuid-Europa zelf verkondigen dat zij met de Noord-Europese havens kunnen concurreren, weten verzoeksters

niets anders of meer over te leggen dan een advertentie van de havenautoriteit van Marseille, waarvan de strekking, gezien het doel ervan, uiteraard niet geschikt is om twijfel te wekken aan de conclusies die de Commissie op basis van het rapport-Drewry heeft getrokken.

- 879 Uit een en ander volgt, dat verzoeksters niet aannemelijk hebben gemaakt dat grote vrachtvolumes vanuit Noord-Europese havens naar de mediterrane havens van Zuid-Europa worden verplaatst.
- 880 Verder kan er nog op worden gewezen, dat de Commissie, onweersproken door verzoeksters, in de bestreden beschikking heeft vastgesteld (a) dat de TACA-partijen die aan de VSA-overeenkomsten deelnemen, twee spoorverbindingen per week Milaan-Rotterdam v.v. onderhouden (punt 80 van de considerans), en (b) dat de partijen bij de TACA het effect van de marginale concurrentie van andere vervoermiddelen voor bepaalde soorten goederen kunnen beperken door lagere prijzen aan te bieden, zonder dat het algemene prijsniveau daardoor wordt beïnvloed (punt 83 van de considerans). In haar memories voor het Gerecht heeft de Commissie er ook met nadruk op gewezen, dat het inlandtarief van de TACA tot in Kroatië geldt. Zoals de Commissie terecht opmerkt, levert een en ander serieuze aanwijzingen op, dat de mediterrane havens van Zuid-Europa voor de scheepsverbindingen met Noord-Amerika niet toereikend zijn en dat zij dus geen substituuut voor de Noord-Europese havens zijn.
- 881 Ten slotte hebben verzoeksters, zoals hierboven al vermeld, er tijdens de administratieve procedure op gewezen, dat indien de vanuit de mediterrane havens van Zuid-Europa vervoerde vracht tot de relevante markt werd gerekend, de totale markt met 2 % zou toenemen. Dienaangaande heeft de Commissie, door verzoeksters onweersproken, in punt 79 van de considerans van de beschikking vastgesteld, dat „aangezien zij de door de partijen bij de TACA vervoerde vracht in vaargebieden die buiten het geografische toepassingsgebied van de TACA

vallen, niet tot het marktaandeel van de TACA rekenen, [...] het aandeel van de partijen bij de TACA in de relevante markt met ruimweg 1 % [zou] dalen". In zoverre derhalve de hier besproken middelen door de omschrijving van de relevante markt te betwisten, het overheersende karakter van de positie van de partijen bij de TACA op die markt ter discussie beogen te stellen, falen zij.

- 882 Om al deze redenen moeten de argumenten van verzoeksters betreffende de geografische dimensie van de relevante markt zoals in de bestreden beschikking afgebakend, worden afgewezen.

c) Conclusie betreffende de relevante dienstenmarkt

- 883 Uit het voorafgaande volgt, dat de middelen, door verzoeksters aangevoerd ter zake van de afbakening van de relevante dienstenmarkt in de bestreden beschikking, in hun geheel moeten worden afgewezen.

2. De relevante geografische markt

a) Argumenten van partijen

- 884 Verzoeksters betogen, dat de Commissie zich met betrekking tot de afbakening van de relevante geografische markt in tegenspraak verweekelt. In punt 84 van de considerans van de bestreden beschikking omschrijft zij de geografische markt immers als de zeevaartroutes tussen de Noord-Europese havens en die in de Verenigde Staten en Canada, terwijl zij in punt 519 van de considerans zegt, dat de geografische markt overeenkomt met „het gebied waarin de bovengenoemde

zeevaartdiensten worden aangeboden, hetgeen in het onderhavige geval betekent: de aantrekkingszones van de Noord-Europese havens”, en dat „deze geografische markt [overeenkomt] met de werkingssfeer van TACA’s inlandtarief”. Verzoeksters begrijpen dan ook niet de conclusie in punt 91, van de considerans dat de inlandvervoerdiensten die onderdeel zijn van het multimodale vervoer tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten niet tot de markt van het zeevervoer behoren. Omvatte de relevante markt wel de inlandvervoerdiensten, dan zouden verzoeksters er ontegenzeggelijk geen machtspositie innemen.

885 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt dit middel voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

886 Anders dan verzoeksters stellen, is de door de Commissie in casu aangehouden afbakening van de relevante geografische markt niet te vinden in punt 84 van de considerans, maar in punt 519 van de considerans van de bestreden beschikking. Zoals aangegeven in de punten 851 en 852 supra, bakent de Commissie in punt 84 van de considerans immers niet de relevante geografische markt af, maar omschrijft zij uitsluitend de geografische component van de relevante zeevaartdiensten.

887 In punt 519 van de considerans zet de Commissie uiteen, dat de relevante geografische markt van zeevaartdiensten overeenkomt met „het gebied waarin de bovengenoemde zeevaartdiensten worden aangeboden, hetgeen in het onderhavige geval betekent: de aantrekkingszones van de Noord-Europese havens”, waarna zij preciseert, dat „deze geografische markt [overeenkomt] met de werkingssfeer van TACA’s inlandtarief”.

888 Het is juist dat, zoals verzoeksters beklemtonen, de Commissie in punt 91 van de considerans vaststelt, dat de in casu relevante diensten van vervoer over land, te weten die welke „op het grondgebied van de Gemeenschap worden verstrekt en die de verladers tezamen met andere diensten als onderdeel van het multimodale containervervoer van vracht tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten kopen [...] geen onderdeel van de hiervoor beschreven markt voor zeevervoersdiensten [vormen]”.

889 Maar anders dan verzoeksters stellen, is dat niet in tegenspraak met elkaar. In de punten 91 en 519 van de considerans gaat het immers om verschillende dienstenmarkten, en wel, respectievelijk, om de relevante markt van inlandvervoerdiensten en de relevante markt van zeevervoersdiensten. Dat de geografische markten van die diensten deels samenvallen, in die zin dat beide de geografische zone omvatten waarin de inlandvervoerdiensten van de TACA worden verricht, kan logischerwijs niet betekenen, dat de betrokken inlandvervoer- en zeevervoersdiensten elkaar kunnen vervangen en dus tot een zelfde dienstenmarkt behoren. Er is immers geen enkele reden waarom een zelfde geografische zone niet twee onderscheiden dienstenmarkten zou kunnen omvatten.

890 Daar de motivering van de bestreden beschikking op dit punt niet tegenstrijdig is, dient het desbetreffende middel van verzoeksters te worden afgewezen.

3. Conclusie betreffende de afbakening van de relevante markt

891 Uit al hetgeen voorafgaat volgt, dat de middelen en argumenten van verzoeksters met betrekking tot de afbakening van de relevante dienstenmarkt die in de bestreden beschikking voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag wordt gehanteerd, in hun geheel moeten worden afgewezen.

B — Het bestaan van een machtspositie op de relevante markt

- ⁸⁹² In dit onderdeel van hun middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, betwisten verzoeksters, dat de partijen bij de TACA tijdens de periode waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, een machtspositie op de relevante markt bezaten. Dienaangaande stellen zij, dat de Commissie niet slechts hun marktaandeel verkeerd heeft geanalyseerd, maar ook de daadwerkelijke externe concurrentie, de potentiële concurrentie, de interne concurrentie en de tariefontwikkeling in het relevante vaargebied. Met betrekking tot dit laatste punt stellen zij voorts verscheidene motiveringsgebreken.

1. Het marktaandeel van de partijen bij de TACA

a) Argumenten van partijen

- ⁸⁹³ Het eerste middel van verzoeksters houdt in, dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast, door in punt 533 van de considerans van de bestreden beschikking vast te stellen, dat het bezit van een marktaandeel van ongeveer 60 % in 1994, 1995 en 1996 „een sterk vermoeden van het bestaan van een machtspositie [wekt]”. Volgens verzoeksters is de analyse van de Commissie van het marktaandeel van de partijen bij de TACA onjuist en onvolledig.
- ⁸⁹⁴ In de eerste plaats is de periode waarop de door de Commissie voor dat marktaandeel gebruikte gegevens betrekking hebben, te kort (slechts drie jaar). Het Hof heeft erkend, dat de bestendigheid van een groot marktaandeel een belangrijk gegeven is voor de vaststelling van een machtspositie (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 41).

Hoewel het Hof niet heeft gepreciseerd welke duur vereist is, is volgens de doctrine (Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, 4e druk, punt 9 024) een periode van vijf jaar waarschijnlijk voldoende, maar is een periode van minder dan drie jaar, in het bijzonder in een dynamische markt, wellicht te kort om een groot marktaandeel als aanwijzing voor een machtspositie te kunnen beschouwen.

895 In de tweede plaats heeft de Commissie de positie van verzoeksters niet vergeleken met die van de onafhankelijke maatschappijen. Wanneer een onderneming met een klein marktaandeel in staat is te voldoen aan de vraag van cliënten die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel willen afkeren, kan deze niet worden geacht een „onontkoombare partner” in de zin van het arrest Hoffmann-La Roche/Commissie (reeds aangehaald in punt 765 supra) te zijn en deswege een machtspositie in te nemen. Volgens dat arrest „[bevindt e]n onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, [...] zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert” (punt 41). Een geïsoleerde beoordeling van een marktaandeel, zonder de marktaandelen van de voornaamste concurrenten in aanmerking te nemen, veronachtzaamt zowel de druk die van de potentiële concurrentie uitgaat (terwijl verzoeksters toch tal van bewijzen van het bestaan van die concurrentie hebben aangebracht), als de aard van de mededingingsdynamiek van de markt.

896 In de derde plaats kan de Commissie in het geval van een collectieve machtspositie geen vermoeden van machtspositie baseren op het enkele bestaan van een marktaandeel van meer dan 50 %. Dit vermoeden, ontleend aan punt 60 van het arrest AKZO/Commissie (reeds aangehaald in punt 95 supra), waar het om de

vaststelling van een individuele machtspositie gaat, past niet op het geval van een collectieve machtspositie. Hier moet bij de analyse van de som van de marktaandeelen tevens het bestaan van interne concurrentie tussen de erbij betrokken ondernemingen in aanmerking worden genomen. Enkel wanneer die interne concurrentie ontbreekt, wordt de analyse van het arrest AKZO/Commissie weer relevant. In het kader van de communautaire fusiecontrole heeft het Hof deze opvatting bevestigd in het arrest Kali & Salz (reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 226), waarin het overwoog, dat „een [...] marktaandeel van ongeveer 60 % [verdeeld in 23 % voor de ene onderneming en 37 % voor de andere] [...] op zichzelf geen beslissende aanwijzing [vormt] voor het bestaan van een collectieve machtspositie van die ondernemingen”. In haar beschikkingspraktijk op het gebied van de fusiecontrole heeft de Commissie bovendien zelf erkend, dat in het geval van ongelijk verdeelde marktaandeelen en productieniveaus een gemeenschappelijke commerciële strategie weinig waarschijnlijk is. In casu nu lopen de marktaandeelen van verzoeksters in 1996 uiteen van 9,6 % in het geval van Sea-Land tot 0,1 % in het geval van NOL, en bestaan er aanzienlijke verschillen in de benutting van de capaciteit van elk van verzoeksters.

⁸⁹⁷ In de vierde plaats kan volgens de praktijk van de Commissie een groot marktaandeel geen vermoeden van machtspositie wekken, en dit noch in het kartelrecht [beschikking 87/500/EEG van de Commissie van 29 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: voorlopige maatregelen) (PB L 286, blz. 36), punt 18] noch in het fusiecontrolerecht [beschikking 91/251/EEG van de Commissie van 12 april 1991 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (zaak nr. IV/M042 — Alcatel/Telettra) (PB L 122, blz. 48)]. Verder beschikken lijnvaartconferenties altijd al over een betrekkelijk groot gezamenlijk marktaandeel, want anders zouden zij de hun door verordening nr. 4056/86 toegekende stabiliserende functie niet kunnen vervullen. Aangezien deze verordening een bepaling bevat ingevolge welke de Commissie artikel 86 van het Verdrag op lijnvaartconferenties kan toepassen, is het niet legitiem om op basis van een betrekkelijk groot gezamenlijk marktaandeel tot het vermoeden te komen, dat een lijnvaartconferentie een collectieve machtspositie bezit.

- 898 Het tweede middel van verzoeksters houdt in, dat zelfs indien de Commissie de partijen bij de TACA collectief zou mogen beoordelen, hun gezamenlijk marktaandeel de vaststelling van een collectieve machtspositie niet toelaat.
- 899 In de eerste plaats bedroeg het marktaandeel van verzoeksters als partijen bij de TACA op de relevante markt zoals omschreven door de Commissie, anders dan in de bestreden beschikking aangegeven (punt 85 van de considerans en tabel 2), in de jaren 1994 tot en met 1997 achtereenvolgens 58,1 %, 57,6 %, 56,2 % en 54,3 %. Het verschil tussen deze en de in de beschikking genoemde percentages houdt verband met de verschillende benadering van de kwestie van het via de Canadese havens lopende vervoer. Vervoer door individuele TACA-leden via de Canadian Gateway valt niet binnen de werkingssfeer van de TACA en dient dus niet bij hun vervoer op de rechtstreekse routes te worden opgeteld.
- 900 In de tweede plaats is het marktaandeel van de partijen bij de TACA op de correct omschreven relevante markt aanzienlijk kleiner dan in de bestreden beschikking aangegeven. Zo bedraagt het marktaandeel van de partijen bij de TACA op die markt naar gelang van het geval 47,2 %, 46,4 % of zelfs minder dan 40 %, al naar men aan de vraagzijde rekening houdt met, respectievelijk, de in bulk en gekoeld vervoerde vracht, de havens aan de Middellandse Zee en de NVOCC's. Cijfers betreffende het luchtvervoer zijn niet beschikbaar, maar als zij dat wel waren, zou het marktaandeel van verzoeksters nog kleiner uitvallen. Werd bovendien de substitutiemogelijkheid aan de aanbodzijde in aanmerking genomen, dan zou hun marktaandeel 43,3 % bedragen (zonder aftrek van de NVOCC-vracht). Deze schattingen zijn gebaseerd op verzoeksters' eigen gegevens, betreffende 1995 voor de substitutie aan de vraagzijde en betreffende 1996 voor de substitutie aan de aanbodzijde. De aan de beperkte aard van die gegevens inherente onvolkomenheden, zo merken verzoeksters nog op, spelen in hun nadeel, want bij meer informatie over het containervervoer en het bulkvervoer zou hun marktaandeel nog kleiner blijken te zijn.

- 901 Verzoekster in zaak T-213/98 stelt nog, dat de Commissie het feit dat het marktaandeel van de TACA in 1997 achteruit is gegaan (punt 533 van de considerans van de beschikking), niet als irrelevant terzijde kan laten zonder de redenen van die achteruitgang te onderzoeken. Zo zij aan de door de TACA ondervonden mededinging te wijten is, dan is dat voor de beoordeling van haar marktpositie wel degelijk relevant.
- 902 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt deze middelen voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 903 Met de hier besproken middelen en argumenten betwisten verzoeksters, kort gezegd, dat hun marktaandeel in het transatlantische vaargebied hun daar een machtspositie verleent.
- 904 Dienaangaande moet er meteen al op worden gewezen, dat de Commissie blijkens de bestreden beschikking haar conclusie inzake het bestaan van een machtspositie niet uitsluitend op het bezit van dat marktaandeel heeft gebaseerd. In punt 533 van de considerans van de beschikking zegt de Commissie uitdrukkelijk, dat het marktaandeel van de partijen bij de TACA „een sterk vermoeden van het bestaan van een machtspositie [wekt]”. In de punten 534 tot en met 549 van de considerans stelt zij voorts vast, dat dit vermoeden door andere factoren wordt versterkt, te weten:
- het feit dat de partijen bij de TACA erin zijn geslaagd een discriminerende prijzenstructuur te handhaven; het systeem van gedifferentieerde prijzen, met name afhankelijk van de waarde of de hoeveelheid van de goederen en met

het doel de inkomsten te maximeren, komt volgens de Commissie in de regel alleen voor op markten waarop een of meer ondernemingen een aanzienlijke graad van marktsterkte hebben (punten 534-537 van de considerans);

- de beperkte mogelijkheid van de cliënten om zich tot andere dienstverrichters te wenden; de oorzaken hiervan zijn volgens de Commissie de capaciteiten waarover de TACA beschikt (punt 539 van de considerans), de dienstencontracten (punt 540 van de considerans), het feit dat de TACA prijsleider is (punten 541 en 548 van de considerans) en dat de concurrenten de prijsstijgingen volgen (punten 541 en 544 van de considerans), het vermogen van de TACA om regelmatige, zij het ook geringe prijsstijgingen door te voeren (punt 543 van de considerans), en de hoge drempels voor nieuwkomers op de markt (punten 545-547 van de considerans).

905 Daar de Commissie haar vaststelling van een machtspositie van de partijen bij de TACA dus niet uitsluitend op hun marktaandeel in het relevante vaargebied heeft gebaseerd, moet ervan worden uitgegaan, dat verzoeksters de Commissie met de hier besproken middelen verwijten, uit dat marktaandeel „een sterk vermoeden van het bestaan van een machtspositie” te hebben afgeleid.

906 In punt 533 van de considerans van de beschikking stelt de Commissie vast, dat de partijen bij de TACA in 1994, 1995 en 1996, dat wil blijkens de punten 592 en 594 van de considerans zeggen, tijdens de periode waarin de in de beschikking gewraakte inbreuken op artikel 86 van het Verdrag plaatsvonden, ongeveer 60 % van de markt in handen hadden. Voorts merkt de Commissie op, dat dat marktaandeel 70 % bereikte in het belangrijkste segment van het vaargebied, te weten het segment tussen Noord-Europa en de Oostkust van de Verenigde Staten alsmede dat tussen Noord-Europa en de Westkust van de Verenigde Staten (zie tabel 3 bij punt 86 van de considerans, waarnaar punt 533 van de considerans verwijst).

- 907 Zoals de Commissie terecht heeft vastgesteld, maakt een dergelijk marktaandeel het voor de partijen bij de TACA mogelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen, doordat het hen in staat stelt zich jegens hun concurrenten en de verladere in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen, en verleent het hun dus een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 38). Want ofschoon een machtspositie volgens de rechtspraak het resultaat kan zijn van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn, vormen extreem grote marktaandelen, buitengewone omstandigheden daargelaten, op zichzelf het bewijs van het bestaan van een machtspositie (arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 76, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Volgens de rechtspraak is van een extreem groot marktaandeel sprake wanneer het meer dan 50 % bedraagt (arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punt 60; arresten Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, punt 89, en 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 109). Zo heeft het Gerecht al eens vastgesteld, dat een marktaandeel van 70 tot 80 % op zichzelf een duidelijke aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie (arrest Hilti/Commissie, punt 92).
- 908 Het was dus volkomen terecht, dat de Commissie in punt 533 van de considerans van de beschikking uit het feit dat de partijen bij de TACA een marktaandeel van 60 % in het relevante vaargebied hadden, „een sterk vermoeden van het bestaan van een machtspositie” heeft afgeleid.
- 909 Geen van de middelen en argumenten die verzoeksters in deze beroepen hebben aangevoerd, kan aan deze conclusie afdoen.
- 910 In het kader van hun bewering, dat de gegevens betreffende het marktaandeel waarvan de bestreden beschikking uitgaat, onnauwkeurig zijn, verwijten verzoeksters de Commissie in de eerste plaats, dat zij daarbij ten onrechte het door de partijen bij de TACA verrichte vervoer via de Canadese havens meetelt.

- 911 In de punten 265 tot en met 273 van de considerans van de beschikking overweegt de Commissie, dat het marktaandeel van de partijen bij de TACA voor diensten via de Canadese havens bij hun marktaandeel voor diensten van rechtstreeks vervoer moet worden opgeteld en niet als het marktaandeel van een afzonderlijke concurrent moet worden beschouwd. Ter bepaling van het marktaandeel van de partijen bij de TACA op de relevante markt tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode heeft de Commissie, naar uit de punten 85 en 533 van de considerans blijkt, daarom rekening gehouden met de door de partijen via de Canadese havens vervoerde vracht.
- 912 Of de Commissie dat ten onrechte heeft gedaan, kan voorlopig in het midden blijven, aangezien die vraag het voorwerp is van afzonderlijke middelen, die hierna, bij het onderzoek van de externe concurrentie, worden besproken. Opgemerkt zij echter, dat het door verzoeksters zelf berekende marktaandeel van de partijen bij de TACA in de jaren 1994 tot en met 1996, dus exclusief de via de Canadese havens vervoerde vracht, slechts weinig afwijkt van het in de bestreden beschikking genoemde marktaandeel, te weten, voor elk van die drie jaar, 58,1 %, 57,6 % en 56,2 % in plaats van 60,6 %, 61,5 % en 59,8 %.
- 913 Een marktaandeel van 56 % is evenwel nog steeds een extreem groot marktaandeel, dat overeenkomstig de aangehaalde rechtspraak op zichzelf, en buitengewone omstandigheden daargelaten, een bewijs van het bestaan van een machtspositie vormt.
- 914 Ook indien het verwijt van verzoeksters gegrond zou zijn, is het derhalve als irrelevant te beschouwen.
- 915 Wat vervolgens het argument betreft, dat het marktaandeel van de partijen bij de TACA op de relevante markt zoals door verzoeksters omschreven, minder dan 50 % of zelfs 40 % bedraagt, dit mist elke grond, aangezien de argumenten van verzoeksters inzake de omschrijving van de relevante markt eerder al zijn verworpen.

- 916 Het middel inhoudende dat het marktaandeel van de partijen bij de TACA verkeerd is berekend, moet derhalve worden afgewezen.
- 917 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de analyse van het marktaandeel van de partijen bij de TACA onvolledig en onjuist is. In dit verband verwijten zij de Commissie, dat de periode die bij het onderzoek van dat marktaandeel onder de loep is genomen, niet lang genoeg is.
- 918 In punt 533 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat de partijen bij de TACA in 1994, 1995 en 1996 een marktaandeel van ongeveer 60 % bezaten, dat wil zeggen, zoals uit de punten 592 en 594 van de considerans blijkt, gedurende de drie jaar samenvallend met de periode waarin de door de beschikking gewraakte inbreuken op artikel 86 van het Verdrag plaatsvonden. In hetzelfde punt van de considerans preciseert de Commissie, dat in de beschikking niet wordt onderzocht of dat marktaandeel in 1997 is blijven bestaan.
- 919 Stellig valt niet uit te sluiten, dat onder bepaalde omstandigheden het bezit van een groot marktaandeel gedurende een zeer korte periode niet volstaat voor het vermoeden van het bestaan van een machtspositie.
- 920 In casu echter kan het bezit van een marktaandeel van ongeveer 60 % gedurende een periode van drie jaar samenvallend met de eerste drie jaar dat de TACA-overeenkomst van kracht was, niet bij voorbaat onvoldoende worden geacht om er een vermoeden van het bestaan van een machtspositie uit af te leiden. Overigens stellen verzoeksters wel in het algemeen dat een periode van drie jaar te kort is, maar zij leggen niet uit waarom dat ook in de onderhavige zaak het geval is.

- 921 Anders dan verzoeksters betogen, was bovendien de periode gedurende welke de partijen bij de TACA een marktaandeel van de in de bestreden beschikking vastgestelde omvang bezaten, langer dan drie jaar. Zoals het Gerecht immers in het arrest TAA (punt 326) heeft vastgesteld, bezat de TAA, waarvoor de TACA in 1994 in de plaats kwam, in het transatlantische vaargebied tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten een marktaandeel van ongeveer 75 % in 1992 en van 65 tot 70 % in 1993. Daar de meeste partijen bij de TACA in 1992 en 1993 bij de TAA waren aangesloten, kan worden vastgesteld, dat de partijen bij de TAA/TACA gedurende ten minste vijf jaar een marktaandeel van meer dan 60 % bezaten. In hun memories voor het Gerecht hebben verzoeksters zelf erkend, dat het bezit van een groot marktaandeel gedurende vijf jaar volstaat om een vermoeden van het bestaan van een machtspositie te wekken.
- 922 Verzoeksters stellen dus ten onrechte, dat het vermoeden van het bestaan van een machtspositie in de bestreden beschikking uit gegevens betreffende een te korte periode is afgeleid.
- 923 Voorzover verzoeksters de Commissie verwijten, geen rekening te hebben gehouden met de verkleining van het marktaandeel van de partijen bij de TACA na 1996, valt deze grief samen met de middelen en argumenten inzake de analyse van de potentiële mededinging, die hierna worden onderzocht. Een aanzienlijke achteruitgang van het marktaandeel van de partijen bij de TACA na 1996 zou immers een aanwijzing kunnen zijn voor het bestaan van een sterke potentiële mededinging in de jaren 1994 tot en met 1996, wat eventueel twijfel zou kunnen wekken aan het bestaan van een machtspositie gedurende deze periode. Deze vraag wordt hierna in de punten 1009 tot en met 1037 behandeld.
- 924 Wat vervolgens het verwijt betreft, dat de Commissie de positie van de concurrenten van de partijen bij de TACA niet heeft onderzocht, zij opgemerkt dat de Commissie in de punten 538 tot en met 544 van de considerans van de bestreden beschikking heeft vastgesteld, dat het vermoeden van het bestaan van een machtspositie, voortvloeiend uit het marktaandeel van de partijen bij de

TACA tijdens de relevante periode, versterkt werd door de beperkte mogelijkheden van hun cliënten om zich tot andere dienstverrichters te wenden. Daarbij wijst de Commissie in punt 539 van de considerans van de beschikking erop, dat de partijen bij de TACA van 1993 tot 1995 meer dan 70 % van de beschikbare capaciteit op de rechtstreekse routes tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten voor hun rekening namen, terwijl hun grootste concurrent, Evergreen, 11 % van de beschikbare capaciteit bezat, en dat er geen enkele reden was om aan te nemen dat die cijfers in 1996 anders waren. Met betrekking tot de overige voornaamste concurrenten verwees de Commissie in dit punt van de considerans naar de analyse in de punten 244 tot en met 264 van de considerans van de beschikking.

- 925 Uit het voorgaande blijkt weliswaar dat de Commissie voor haar vaststelling dat de partijen bij de TACA een machtspositie op de relevante markt bezaten, de positie van hun concurrenten niet op basis van hun marktaandeelen, maar van hun aandeel in de op de relevante markt beschikbare capaciteiten heeft beoordeeld, maar dit alleen is geen reden om te zeggen, zoals verzoeksters doen, dat de Commissie bij het onderzoek van de positie van de partijen bij de TACA deze positie niet met die van hun concurrenten heeft vergeleken.
- 926 In hun memories voor het Gerecht hebben verzoeksters immers zelf aangegeven, dat op de zeevervoermarkt de marktaandeelen in beginsel overeenkomen met de capaciteiten.
- 927 Bovendien gaat de Commissie in de punten 244 tot en met 264 van de considerans, waarnaar punt 539 van de considerans uitdrukkelijk verwijst, gedetailleerd in op de mededingingspositie van die concurrenten van de TACA die een marktaandeel van meer dan 1 % hadden, te weten Evergreen, Lykes, Atlantic Cargo Service, Independent Container Line en Carol Line. Om de intensiteit van de mededinging van deze concurrenten te beoordelen, onderzoekt de Commissie daarbij niet slechts ieders marktaandeel, maar ook alle andere relevante aspecten, zoals hun capaciteiten en de andere regelingen waardoor zij gebonden zijn.

- 928 Verder beklemtoont de Commissie in de punten 540 tot en met 544 van de considerans en 548 van de beschikking de marktafsluitende werking van de dienstencontracten, alsmede het feit dat de concurrenten prijsvolgers zijn, dat wil zeggen hun prijsstellingsbeleid op dat van de TACA afstemmen.
- 929 Anders dan verzoeksters betogen, heeft de Commissie de positie van de concurrenten van de partijen bij de TACA in de bestreden beschikking dus wel degelijk onderzocht en kon zij dusdoende overeenkomstig de rechtspraak (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 48) beoordelen, of die concurrenten tot een daadwerkelijke mededinging met de partijen bij de TACA in staat waren.
- 930 Het verwijt dat de positie van de concurrenten van de partijen bij de TACA niet is onderzocht, moet derhalve worden afgewezen.
- 931 Met betrekking tot het argument, dat anders dan bij een individuele machtspositie het geval is, een marktaandeel van meer dan 50 % niet volstaat om het bestaan van een collectieve machtspositie te vermoeden, zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak het begrip machtspositie ziet op een situatie van economische macht welke de entiteit die die macht heeft, in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen, waardoor zij de mogelijkheid heeft zich tegenover haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de gebruikers in aanmerkelijke mate onafhankelijk te gedragen (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 38).
- 932 Of zij nu een individuele dan wel een collectieve entiteit is, een entiteit die meer dan 50 % van de markt in handen heeft, geniet stellig een dergelijke onafhankelijkheid.

- 933 Weliswaar bestaat een collectieve entiteit, zoals verzoeksters terecht opmerken, uit ondernemingen waartussen een zekere mate van mededinging kan blijven bestaan en die meer of minder ongelijke marktaandelen kunnen hebben, maar ofschoon dat in voorkomend geval een collectieve beoordeling van de positie van die ondernemingen op de betrokken markt kan beletten (in die zin arrest Kali & Salz, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 226 en 233), is het niet relevant voor de vraag of die collectieve positie een machtspositie is. Voor dit laatste is immers de mate van afhankelijkheid van concurrenten, afnemers en leveranciers bepalend, zodat enkel deze laatste, met de externe concurrentie verband houdende factoren in aanmerking moeten worden genomen.
- 934 Hoe dit ook zij, in casu lag het marktaandeel van de TACA tijdens de relevante periode duidelijk boven de drempel van 50 %. In de bestreden beschikking stelt de Commissie immers vast, dat de partijen bij de TACA over een marktaandeel van ongeveer 60 % beschikten. In punt 355 van de considerans stelt zij bovendien vast, dat het marktaandeel van de TACA in het belangrijkste segment van de relevante markt tijdens de relevante periode ongeveer 70 % bedroeg. En ten slotte, zoals reeds opgemerkt, kwam volgens de gegevens die verzoeksters zelf tot staving van hun beroep hebben overgelegd, het marktaandeel van de TACA op meer dan 56 %.
- 935 Dus zelfs indien men verzoeksters zou volgen in hun onjuiste stelling, dat het minimummarktaandeel dat vereist is om het bestaan van een collectieve machtspositie aan te nemen, groter is dan bij een gewone individuele machtspositie, zou in casu aan dat vereiste zijn voldaan.
- 936 Het argument van verzoeksters op dit punt moet derhalve worden afgewezen.
- 937 Wat ten slotte het argument betreft, dat lijnvaartconferenties wel grote marktaandelen moeten bezitten om de stabiliserende rol die verordening nr. 4056/86

hun toekent, te kunnen vervullen, moet worden erkend, dat een lijnvaartconferentie naar haar aard de mededinging tussen haar leden beperkt en de haar door verordening nr. 4056/86 toegekende stabiliserende rol slechts kan vervullen indien zij over een behoorlijk marktaandeel beschikt. Het feit dat verordening nr. 4056/86 in een groepsvrijstelling voor lijnvaartconferenties voorziet, belet derhalve dat automatisch wordt aangenomen dat een lijnvaartconferentie met een marktaandeel van 50 % niet voldoet aan de vierde voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, te weten uitschakeling van de mededinging (arrest TAA, punt 324).

938 Er kan echter niet uit worden afgeleid dat, op het gebied van het zeevervoer, het feit dat een lijnvaartconferentie over een groot marktaandeel beschikt, geen aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie vormt.

939 Immers, ofschoon uitschakeling van de mededinging de toepassing van de groepsvrijstelling van verordening nr. 4956/86 uitsluit, is daarentegen het enkele feit dat er een machtspositie bestaat, in dat opzicht irrelevant. Daar het begrip uitschakeling van de mededinging enger is dan het begrip bestaan of verkrijgen van een machtspositie, kan een onderneming met een machtspositie in aanmerking komen voor een vrijstelling (arrest United Brands/Commissie, reeds aangehaald in punt 853 supra, punt 113; arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 39, en arrest TAA, punt 330). Zo kan de Commissie ingevolge artikel 8 van verordening nr. 4056/86 de groepsvrijstelling van deze verordening uitsluitend intrekken wanneer de lijnvaartconferentie misbruik van haar machtspositie maakt. Anderzijds is het enkele bezit van een machtspositie op zich niet verboden door de mededingingsvoorschriften van het Verdrag; alleen het misbruik maken van die positie is verboden.

940 Ook op het gebied van het zeevrachtvervoer kan het bezit van een groot marktaandeel dus een aanwijzing zijn voor het bestaan van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

- 941 Het aan verordening nr. 4056/86 ontleende argument moet derhalve worden verworpen.
- 942 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen en argumenten betreffende het marktaandeel van de partijen bij de TACA in hun geheel moeten worden afgewezen.

2. De daadwerkelijke externe concurrentie

a) Argumenten van partijen

- 943 Dit middel van verzoeksters houdt in, dat in de bestreden beschikking in de punten 243 tot en met 275 (hoofdstuk X: „Externe concurrentie”) en 543 en 566 van de considerans (in hoofdstuk XXIII: „Beoordeling in het licht van artikel 86”) ten onrechte wordt vastgesteld dat zij de daadwerkelijke externe concurrentie hebben uitgeschakeld. Subsidiair betogen verzoeksters nog, dat aangezien de Commissie in de schriftelijke procedure heeft erkend dat zij door het plegen van het in de bestreden beschikking gestelde tweede misbruik de daadwerkelijke externe concurrentie niet hebben uitgeschakeld, daarmee ten minste bij de beoordeling van de evenredigheid van de opgelegde geldboeten rekening moet worden gehouden.
- 944 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat waar de Commissie overweegt dat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de TACA betrekkelijk stabiel is gebleven, zij geen oog heeft voor het feit dat tegenover een getalsmatig zeer geringe variatie in termen van marktaandeel een zeer grote variatie in termen van vracht kan staan. Toen bijvoorbeeld Evergreen haar marktaandeel in 1995 met 1,2 % vergrootte ten opzichte van 1994, vertegenwoordigde dat in termen van vracht een stijging met 36 466 TEU. Zo zijn er meer dan 20 onafhankelijke maatschappijen die tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten containers vervoeren en die tezamen een behoorlijke mededingingsdruk op de partijen bij de TACA uitoefenen.

- 945 In de tweede plaats hebben andere vervoerders in de periodes van 1994 tot 1996 en van 1994 tot 1997 hogere stijgingspercentages in termen van vervoerde vracht gerealiseerd dan verzoeksters zelf. Zo heeft de TACA in de periode van 1994 tot 1996 in het westwaartse verkeer 8,3 % minder vracht vervoerd, terwijl het vrachtvolume van andere vervoerders met 6,7 % steeg. Ook de nieuwkomers op de markt hebben hun marktaandeel in het vervoer van bepaalde goederen aanzienlijk zien groeien. Bovendien zijn de capaciteiten van de onafhankelijke vervoerders in het relevante vaargebied tussen juli 1996 en juli 1997 met 41 % en tussen juli 1995 en juli 1997 met 47 % gestegen. Deze stijging is het gevolg van de komst van Cosco, K Line en Yangming op de markt in februari 1997.
- 946 In de derde plaats beklemtonen verzoeksters het belang van de mededinging van de onafhankelijke containermaatschappijen Evergreen en Lykes op de rechtstreekse transatlantische routes.
- 947 Wat Evergreen betreft, blijkt die mededinging uit het feit dat de verladers voor hun vracht geheel of gedeeltelijk van de TACA naar Evergreen zijn overgegaan en dat deze maatschappij haar marktaandeel tussen 1994 en 1996 van 10,8 % tot 12 % heeft weten te vergroten. Verder heeft Evergreen in oktober 1997 investeringsplannen voor de bouw van 25 nieuwe schepen aangekondigd. Dit laatste gegeven beantwoordt aan wat in punt 251 van de considerans van de beschikking wordt verklaard, te weten dat „de concurrentiedruk van Evergreen [wordt] beperkt door het feit dat Evergreen in verband met de huidige hoge bezettingsgraad van de capaciteit slechts door inzet van nieuwe schepen om marktaandelen zou kunnen concurreren”. Maar zelfs indien Evergreen niet in nieuwe capaciteiten investeerde, zou zij haar capaciteiten in het transatlantische vaargebied eenvoudig en zonder extra kosten kunnen uitbreiden door er schepen uit andere vaargebieden in te zetten.
- 948 De van Lykes uitgaande mededingingsdruk blijkt volgens verzoeksters uit het feit dat de TACA de nodige vracht aan haar heeft verloren, en uit het door die

maatschappij in de periode van 1994 tot 1996 vervoerde vrachtvolume in het relevante vaargebied. Tegen de opmerking van de Commissie, dat veel van die vrachtverschuivingen niet alle behoeften van de verladers betreffen, brengen verzoeksters in, dat die verschuivingen aantonen dat in de ogen van de verladers de niet-leden van de TACA daadwerkelijk met de conferentie concurreren, want de verladers verdelen hun behoeften vaak juist om bij de tariefonderhandelingen meer druk te kunnen uitoefenen.

- 949 Ten slotte wijzen verzoeksters op de concurrentie van het vervoer via de Canadian Gateway, zowel door de op die route actieve TACA-leden (ACL, DSR-Senator, Hapag-Lloyd, MSC, Mærsk, NOL, NYK, OOCL, P&O Nedlloyd, POL en Sea-Land) als door niet-leden van de TACA (CAST en Canadia Maritime, Bolt Canada Line en Norasia). Voor de via Canadese havens naar de Verenigde Staten vervoerde vracht geldt het collectief vastgestelde tarief niet, zodat de leden van de TACA die op die route actief zijn, als onafhankelijk vervoerder opereren. De mededingingsdruk van het vervoer via de Canadese havens wordt in de vakpers erkend en blijkt uit de gevallen waarin de verladers in de periode van 1993 tot 1998 vracht van de TACA-leden hebben verschoven naar andere maatschappijen die op de Canadese havens varen.
- 950 De mededinging door leden van de TACA blijkt volgens verzoeksters uit het feit dat de tarieven op de rechtstreekse routes verschillen van die op de routes via de Canadese havens. Deze mededinging wordt bovendien onderkend door de verladers zelf, die van mening zijn dat de TACA-leden die de Canadese havens bedienen, onafhankelijk optreden. Dit alles weerlegt de vaststellingen in de punten 269 en 270 van de considerans van de bestreden beschikking.
- 951 Met betrekking tot de mededinging van niet bij de TACA aangesloten maatschappijen preciseren verzoeksters om te beginnen, dat, anders dan punt 268 van de considerans van de beschikking suggereert, de Canadese

autoriteiten geenszins „bezorgd” zijn over de mededingingssituatie op de routes tussen Noord-Europa en Canada. In zijn beschikking over de fusie tussen Cast en CP Ships overwoog het Canadese Federal Court of Appeal, dat de mededinging door die fusie niet zou verminderen, gezien de intensiteit van de mededinging in het vaargebied na de aankondiging van Sea-Land, Mærsk en P&O Nedlloyd, dat zij zich op die markt zouden begeven. Verzoeksters wijzen vervolgens op de sterke mededinging door de groep CP Ships, Bolt Canada Line en Norasia. De groep CP Ships is met een capaciteit van 85 000 TEU en een vloot van 46 schepen een sterke concurrent op de route via de Canadese havens. Een groot gedeelte van de totale door die groep vervoerde vracht is voor de Verenigde Staten bestemd. Verder is Canadia Maritime van plan haar aanwezigheid op de route na de aankoop van nieuwe containers te versterken. Bolt Canada Line is met drie schepen op de route present. Het in Zwitserland gevestigde Norasia ten slotte heeft in juni 1998 een nieuwe dienst tussen Noord-Europa en Canada geopend. Haar schepen hebben een capaciteit van 1 388 TEU en de maatschappij wil zich van de concurrentie onderscheiden door enkel vanuit drie havens te opereren.

952 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt deze middelen en argumenten voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

953 Verzoeksters betwisten dat de TACA de daadwerkelijke externe concurrentie heeft uitgeschakeld. Zij stellen dat de TACA een groot aantal concurrenten heeft die hun marktaandeel in de relevante periode hebben weten te vergroten, dat hun marktaandeel meer is gegroeid dan dat van de TACA en dat de capaciteiten van de onafhankelijke maatschappijen na de komst van Cosco, K Line en Yangming op de markt groter zijn geworden. Een aantal verladers heeft zich geheel of gedeeltelijk van TACA afgewend ten gunste van Evergreen en Lykes en Evergreen kan haar capaciteiten in de toekomst nog uitbreiden. Verzoekster in zaak T-213/98 betwist dat op het gebied van het zeevervoer het prijsleiderschap van de

TACA een aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie kan zijn. Verzoeksters zijn ook van mening, dat de Commissie de mededinging van het vrachtvervoer via de Canadese havens verkeerd heeft beoordeeld.

- ⁹⁵⁴ Vooraf zij opgemerkt dat, anders dan verzoeksters stellen, de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de daadwerkelijke externe concurrentie met de TACA is uitgeschakeld, doch enkel dat zij beperkt is. In punt 538 van de considerans van de beschikking zegt de Commissie immers, dat een van de elementen van het bewijs van de machtspositie van de TACA is, dat de cliënten slechts een beperkte mogelijkheid hebben zich tot andere leveranciers te wenden, hetgeen de TACA zelfs voor ontevreden cliënten tot een onontkoombare handelspartner maakt. Daarbij vermeldt de Commissie met betrekking tot de externe concurrentie de volgende factoren: het feit dat de TACA over 70 % van de beschikbare capaciteiten op de rechtstreekse routes tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten beschikt en haar voornaamste concurrent slechts over 11 %, de marktafsluitende werking van dienstencontracten, het prijsleiderschap van de TACA en het volgedrag van de concurrenten, en de regelmatige, zij het ook bescheiden prijsverhogingen door de TACA tussen 1994 en 1996.
- ⁹⁵⁵ Het was dus niet het volstrekte ontbreken van concurrentie op grond waarvan de Commissie tot het bestaan van een machtspositie heeft geconcludeerd, maar de geringe intensiteit van die externe concurrentie. Daarbij moet er overigens aan worden herinnerd, dat een machtspositie het bestaan van een zekere concurrentie niet noodzakelijkerwijs uitsluit, maar de onderneming die de machtspositie bezit, in staat stelt zo niet een beslissende, dan toch een aanmerkelijke invloed uit te oefenen op de omstandigheden waaronder die concurrentie zich ontwikkelt en zich in elk geval grotendeels te gedragen zonder er rekening mee te moeten houden en zonder dat deze houding haar nadeel berokkent (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 39).
- ⁹⁵⁶ Tegen deze achtergrond moet derhalve worden onderzocht, of de middelen en argumenten van verzoeksters betreffende de analyse van de daadwerkelijke externe concurrentie in de bestreden beschikking, niet slechts aannemelijk maken dat die externe concurrentie bestond, maar ook dat zij aanzienlijk was.

i) Het aantal concurrenten van de TACA en de groei van hun marktaandeel

- 957 Verzoeksters stellen, dat de TACA blootstond aan de gebundelde concurrentie van rond 20 lijnvaartmaatschappijen en dat de groei van hun marktaandeel, hoe bescheiden ook, overeenkomt met grote hoeveelheden in termen van volume.
- 958 Wat het aantal concurrenten betreft, heeft de Commissie, zoals vermeld in de punten 927 tot en met 929 supra, in de punten 244 tot en met 262 van de considerans van de bestreden beschikking de concurrentiepositie van vijf van de TACA onafhankelijke lijnvaartmaatschappijen onderzocht, te weten Evergreen, Lykes, Atlantic Cargo Service, Independent Container Line en Carol Line, die volgens de Commissie de „vijf grote concurrenten” van de TACA waren. In punt 244 van de considerans van de beschikking vermeldt de Commissie als marktaandeel van elk van deze concurrenten in 1995 respectievelijk 10,2 %, 5,7 %, 3,2 %, 2,7 % en 1 %.
- 959 Zoals verzoeksters opmerken, heeft de Commissie daarentegen geen onderzoek ingesteld naar de positie van de twaalf andere concurrenten op de relevante markt.
- 960 Tussen partijen staat evenwel vast, dat geen van die andere concurrenten tijdens de relevante periode een marktaandeel van meer dan 1 % bezat. Welnu, dat een lijnvaartmaatschappij met minder dan 1 % marktaandeel geen serieus te nemen concurrent van de partijen bij de TACA is, kan in redelijkheid niet worden betwist. Overigens komen verzoeksters niet op tegen de vaststellingen van de Commissie in de punten 253 tot en met 262 van de considerans van de beschikking, inzake het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie van de zijde van Atlantic Cargo Service, Independent Container Line en Carol Line, ofschoon

deze marktaandeelen van 2 tot 3 % hebben. Bovendien is in de rechtspraak al meermaals vastgesteld, dat hoe zwakker en kleiner concurrenten zijn, hoe minder zij in staat zijn echte mededingingsdruk op de heersende onderneming uit te oefenen (arresten United Brands/Commissie, reeds aangehaald in punt 853 supra, punten 111 en 112; Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punten 51-58, en arrest TAA, punt 341). Zo stelde het Gerecht met betrekking tot de relevante markt vast, dat „geen van de andere onafhankelijke maatschappijen, gezien hun kleiner marktaandeel en het feit dat zij minder middelen hadden dan Evergreen, in staat [was] om diensten van voldoende omvang aan te bieden om een reële concurrentiedruk op de TAA-leden te kunnen uitoefenen” (arrest TAA, punt 343).

- ⁹⁶¹ Daarenboven, zelfs wanneer men de gezamenlijk positie van de betrokken concurrenten in aanmerking neemt, blijkt uit de door verzoeksters zelf verschaft gegevens, dat die maatschappijen in 1996 tezamen hoogstens 2,3 % van de markt in handen hadden. Het is zonneklaar, dat bij een dergelijk marktaandeel de uitoefening van een aanzienlijke mededingingsdruk op een entiteit die 60 % van de markt beheerst, onmogelijk is. Daarbij zij opgemerkt dat verzoeksters niet uitleggen, hoe de beweerde gezamenlijke druk van bedoelde concurrenten de positie van de partijen bij de TACA daadwerkelijk zou hebben beïnvloed.
- ⁹⁶² Bij de vraag of de partijen bij de TACA een machtspositie op de relevante markt bezaten, heeft de Commissie dus terecht geen rekening gehouden met de concurrenten die een marktaandeel van minder dan 1 % hadden. Het verwijt van verzoeksters desbetreffend moet derhalve worden afgewezen.
- ⁹⁶³ Wat vervolgens de stelling betreft, dat een bescheiden groei van het marktaandeel overeenkomt met grote hoeveelheden in termen van volume, deze mist klaarblijkelijk elke grond. De omstandigheid dat een onderneming de omvang van haar verkopen vergroot, is immers irrelevant voor de beoordeling van haar

concurrentiepositie ten opzichte van andere ondernemingen die op dezelfde markt werkzaam zijn, indien de vergroting van de omvang van de verkopen niet in relatie wordt gebracht tot de totale omvang van de markt om zo het relatieve aandeel van die vergroting in die markt te bepalen.

964 Dit argument van verzoeksters moet derhalve worden afgewezen.

ii) De groei van het door TACA's concurrenten vervoerde vrachtvolume

965 Verzoeksters betogen, dat de concurrenten van de TACA een aanzienlijk deel van de toegenomen vraag tussen 1994 en 1996 naar zich toe hebben weten te trekken. In genoemde periode is de door de TACA vervoerde hoeveelheid vracht met 2 % gegroeid, terwijl de groei bij haar concurrenten 11 % bedroeg.

966 Desondanks, zo kan worden vastgesteld, is het marktaandeel van de TACA in de door de bestreden beschikking bestreken periode van drie jaar in wezen op hetzelfde niveau gebleven. Dus ook al hebben de concurrenten van de TACA meer vracht vervoerd, zij hebben geen grote marktaandelen op de partijen bij de TACA weten te veroveren.

967 Bovendien heeft het marktaandeel van de partijen bij de TACA zich, zoals hierboven aangegeven, op een hoog niveau gehandhaafd. Ook wanneer men uitgaat van de schattingen van verzoeksters, blijkt dat marktaandeel tussen 1994 en 1996 boven 56 % te zijn gebleven, terwijl dat van hun voornaamste concurrent, Evergreen, 12 % niet heeft overschreden. Een dergelijke kloof tussen

het marktaandeel van de partijen bij de TACA en dat van hun voornaamste concurrent vormt een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 48), zeker nu de nakomende concurrenten over niet meer dan marginale marktaandelen beschikken (arresten United Brands/Commissie, reeds aangehaald in punt 853 supra, punten 111 en 112, Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punten 51-58, en arrest TAA, punt 341).

- ⁹⁶⁸ Waar verzoeksters stellen, dat de concurrenten van de partijen bij de TACA na de komst van Cosco, K Line en Yangming op de markt over meer capaciteiten beschikken, kan worden volstaan met op te merken, dat deze omstandigheid voor het onderzoek van de daadwerkelijke externe concurrentie irrelevant is, aangezien genoemde onafhankelijke lijnvaartmaatschappijen eerst na de door de bestreden beschikking bestreken periode aan het trans-Atlantische verkeer zijn gaan deelnemen.
- ⁹⁶⁹ Dit argument van verzoeksters moet derhalve worden afgewezen.

iii) De daadwerkelijke concurrentie door Evergreen en Lykes

- ⁹⁷⁰ Om de externe concurrentie door Evergreen en Lykes aan te tonen, beroepen verzoeksters zich op het bestaan van vrachtverschuivingen ten gunste van deze twee maatschappijen en op het feit dat Evergreen de mogelijkheid heeft haar capaciteiten uit te breiden.
- ⁹⁷¹ Evergreen is de enige onafhankelijke maatschappij met een betrekkelijk groot marktaandeel, te weten 10,5 % in 1995 (punt 244 van de bestreden beschikking

van de considerans). Volgens de punten 249, 250, 539 en 544 van de considerans zijn er echter verscheidene factoren die de mededingingsdruk welke deze maatschappij op de partijen bij de TACA kon uitoefenen, sterk verminderen. Zo is het marktaandeel van Evergreen vijf maal kleiner dan dat van de TACA. Verder bezat Evergreen van 1993 tot 1995 11 % van de beschikbare capaciteiten op de rechtstreekse routes tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten, terwijl de partijen bij de TACA er 60 % bezaten (punt 539 van de considerans). Voorts staat vast, dat Evergreen partij was bij de Eurocorde-overeenkomst, de Southern Europe America Conference en bij overeenkomsten inzake het niet benutten van capaciteit, zoals de Transpacific Stabilisation Agreement en de Europe Asia Trades Agreement, waarbij ook sommige partijen bij de TACA waren aangesloten, wat wijst op het bestaan van gemeenschappelijke belangen met verzoeksters. Oorspronkelijk zou Evergreen ook deelnemen aan de TAA, de voorganger van de TACA, en ofschoon zij uiteindelijk onafhankelijk is gebleven, heeft het Gerecht wel vastgesteld, dat zij regelmatig contact met sommige TAA-leden had en goed op de hoogte was van hun prijsbeleid, zodat zij in staat was haar tariefstructuur aan te passen teneinde de ontwikkelingen bij de TACA op enige afstand te volgen (arrest TAA, punt 342). Zo heeft de Commissie in punt 249 van de considerans van de beschikking vastgesteld — en verzoeksters hebben hier niets concreets tegen in weten te brengen —, dat Evergreen voor 1996 prijsverhogingen had aangekondigd die met die van de TACA overeenkwamen, en dat die maatschappij derhalve als prijznemer ten opzichte van de TACA moest worden beschouwd.

972 Hieruit blijkt dus, dat Evergreen, de enige onafhankelijke maatschappij met enige macht op de markt van de lijnvaart op de transatlantische route, in werkelijkheid niet bij machte was echte mededingingsdruk op de partijen bij de TACA uit te oefenen (in die zin arrest TAA, punt 342).

973 Met betrekking tot Lykes, de tweede grootste onafhankelijke maatschappij op de relevante markt, blijkt uit punt 244 van de considerans van de beschikking, dat haar marktaandeel op die markt in 1995 slechts 5,7 % bedroeg. Verder heeft de

Commissie door verzoeksters onweersproken in punt 252 van de considerans vastgesteld, dat deze maatschappij in 1995 „bankruptcy protection” [surséance van betaling] naar Amerikaans recht had aangevraagd, waardoor haar handelingsvrijheid op de relevante markt sterk werd beperkt.

- 974 Uit een en ander volgt dat Evergreen noch Lykes in staat was in aanzienlijke mate met de partijen bij de TACA te concurreren.
- 975 Niets van wat verzoeksters in het kader van deze beroepen hebben aangevoerd, kan aan deze conclusie afdoen.
- 976 Met betrekking tot de verschuiving van vracht door de verladers naar Evergreen en Lykes kan worden volstaan met op te merken, dat uit de door verzoeksters verschaftte gegevens weliswaar blijkt van een zekere mededinging door die onafhankelijke maatschappijen, hetgeen overigens door de Commissie niet wordt betwist, maar zij tonen niet aan, dat die mededinging aanzienlijke hoeveelheden vracht betreft. In punt 544 van de considerans van de beschikking heeft de Commissie bovendien door verzoeksters onweersproken vastgesteld, dat uit de door de partijen bij de TACA in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar gegeven voorbeelden — voor het merendeel dezelfde als die in het kader van de onderhavige beroepen zijn genoemd — bleek, dat het bij de inschakeling van Evergreen slechts om een klein en soms zelfs zeer klein gedeelte van de transportbehoeften van de betrokken verlader ging.
- 977 Het feit dat Evergreen in 1997, dus na de door de bestreden beschikking bestreken periode, overwogen heeft haar capaciteiten uit te breiden, bewijst niet, dat er tijdens die periode een daadwerkelijke, maar eventueel hoogstens een zekere potentiële externe concurrentie bestond. Dit argument van verzoeksters is

derhalve niet geschikt om de beoordelingen in de bestreden beschikking betreffende de daadwerkelijke externe concurrentie te betwisten. Hoe dan ook maken de door verzoeksters verschaftte gegevens het niet mogelijk de verhouding te bepalen tussen de door Evergreen besloten capaciteitsvergroting en de totale beschikbare capaciteit op de relevante markt, en zij hebben dan ook geen enkele bewijswaarde.

978 De argumenten van verzoeksters inzake de daadwerkelijke externe concurrentie door Evergreen en Lykes moeten bijgevolg worden afgewezen.

iv) Het prijsleiderschap van de TACA en de onafhankelijke concurrenten als prijsnemers

979 Ofschoon verzoeksters het in de punten 249, 541 en 548 van de considerans van de beschikking vastgestelde prijsleiderschap van de TACA niet echt betwisten, meent verzoekster in zaak T-213/98, dat de Commissie dat niet als een aanwijzing voor een machtspositie kan zien. Dat de niet bij een conference aangesloten lijnvaartmaatschappijen geneigd zijn de TACA te volgen door het uniforme tarief als referentie te gebruiken, is immers een van de aspecten van de stabiliteit waartoe de conferences op het gebied van het zeevrachtvervoer bijdragen.

980 Het is stellig juist dat, zoals verzoeksters opmerken, het prijsleiderschap van de lijnvaartconferences hen in staat stelt de in verordening nr. 4056/86 beoogde stabiliteit van het vervoersaanbod te waarborgen. Hieruit kan echter niet worden afgeleid, dat het prijsleiderschap van de TACA om die reden geen aanwijzing voor een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag kan vormen.

- 981 Zoals reeds opgemerkt bij het onderzoek van het marktaandeel van de partijen bij de TACA (punten 937-940 supra), wordt immers het bezit van een machtspositie op zich door artikel 86 van het Verdrag niet verboden en staat het niet in de weg aan een vrijstelling ingevolge artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Verder is het vaste rechtspraak, dat het bestaan van een machtspositie voortvloeit uit elke objectieve factor waaruit blijkt van het vermogen van de betrokken onderneming om zich tegenover haar afnemers, concurrenten en leveranciers onafhankelijk te gedragen, daaronder begrepen op zichzelf positieve factoren zoals doeltreffende onderzoeks- en ontwikkelingsprogramma's (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 48). Dat het prijsleiderschap van de TACA bijdraagt tot de stabiliteit van het vervoersaanbod, belet de Commissie dus geenszins op grond daarvan het bestaan van een machtspositie vast te stellen.
- 982 De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve worden afgewezen.

v) De mededinging via de Canadian Gateway

- 983 Verzoeksters betogen dat het vrachtvervoer via de Canadese havens, hetzij door TACA-leden die op die route actief zijn, hetzij door lijnvaartmaatschappijen die niet bij de TACA zijn aangesloten, een aanzienlijke externe mededingingsdruk op de TACA uitoefent. Zij wijzen erop dat voor de Verenigde Staten bestemde vracht die via de Canadese havens wordt vervoerd, niet onder het gezamenlijke tarief valt, zodat de TACA-leden die op die route actief zijn, als onafhankelijk vervoerder opereren. De mededingingsdruk van het vrachtvervoer via de Canadese havens wordt in de vakpers erkend en blijkt uit de gevallen die zich tussen 1993 en 1998 hebben voorgedaan, waarin verladers vracht van de partijen bij de TACA hebben verschoven naar andere maatschappijen die de route via de Canadese havens bedienen.

- 984 Alvorens deze argumenten te onderzoeken, moet erop worden gewezen, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de via de Canadian Gateway vervoerde vracht bestemd voor of afkomstig uit de Verenigde Staten geen enkele mededingingsdruk op de partijen bij de TACA uitoefende, maar enkel dat die mededinging vrij beperkt was. In punt 265 van de considerans van de beschikking erkent de Commissie immers, dat vracht afkomstig uit of bestemd voor het Midden-Westen van de Verenigde Staten even goed via de Amerikaanse als via de Canadese havens, in het bijzonder Montréal en Halifax, naar Europa kan worden vervoerd. Ook de Commissie merkt op, dat vracht via de Canadian Gateway zowel in de Verenigde Staten als in Canada buiten de vrijstellingen van de anti-trustwetgeving valt. Daardoor, zo erkent zij in punt 266 van de considerans van de beschikking, kan de Canadian Gateway voor bepaalde verladere een substituut voor de havens aan de Oostkust van de Verenigde Staten zijn.
- 985 Blijkens de punten 269 tot en met 272 van de considerans van de beschikking meent de Commissie evenwel, dat die mededinging beperkt is, in de eerste plaats, omdat verscheidene leden van de Canadese conferences, te weten OOCL, Hapag-Lloyd, ACL en POL, tevens partij bij de TACA zijn, en in de tweede plaats, omdat de leden van de Canadese conferences bekend zijn met de prijsstellingspraktijken van de partijen bij de TACA. In punt 273 van de considerans concludeert zij dan ook, dat „het marktaandeel van de TACA-partijen voor diensten via de ‚Canadian Gateway’ bij dat marktaandeel van de TACA-partijen voor diensten van rechtstreeks vervoer moet worden opgeteld en niet als het marktaandeel van een afzonderlijke concurrent moet worden beschouwd”. Uit de punten 85 en 533 van de considerans van de beschikking blijkt dus, dat tot de gegevens betreffende het marktaandeel, waaruit de Commissie het vermoeden van het bestaan van een machtspositie heeft afgeleid, ook de gegevens betreffende het vrachtvervoer via de Canadian Gateway behoren.
- 986 Verzoeksters hebben in de onderhavige beroepen niets aangevoerd, wat twijfel aan die vaststellingen zou kunnen wekken, door het bestaan aannemelijk te maken van aanzienlijke mededingingsdruk door de via de Canadese havens vervoerde vracht.

- 987 Wat in de eerste plaats de mededinging van de op de Canadian Gateway actieve leden van de TACA betreft, voeren verzoeksters bepaalde gegevens aan ten bewijze dat de door die leden op de rechtstreekse route toegepaste tarieven verschillen van die welke voor het vervoer via de Canadese havens gelden.
- 988 Die gegevens zijn evenwel irrelevant, aangezien de verschillende tarieven voor het rechtstreekse vervoer en het vervoer via de Canadese havens hun verklaring kunnen vinden in de aard van de diensten die op de twee betrokken verbindingen worden aangeboden. Gelijk de Commissie in punt 270 van de considerans van de bestreden beschikking terecht vaststelt, is niet het prijsniveau, maar de kruiselingse prijselasticiteit tussen de beide diensten bepalend en hebben de partijen bij de TACA geen bewijs verstrekt over de kruiselingse prijselasticiteit tussen de twee routes. In punt 269 van de considerans stelt de Commissie door verzoeksters onweersproken voorts vast, dat Hapag-Lloyd, ACL en POL geen afzonderlijke diensten op de Canadian Gateway aanbieden en dat voor rechtstreeks vervoer en voor vervoer via de Canadian Gateway dezelfde „slots” worden gebruikt. In hetzelfde punt van de considerans zegt de Commissie het onrealistisch te achten dat een lijn met zichzelf zou concurreren om dezelfde „slot” te verkopen, naar gelang van het inlandtraject van de lading, en hoewel er sprake kan zijn van enige concurrentie, zal die zeker beperkt zijn, aangezien bepaalde TACA-partijen ook een aanzienlijke invloed uitoefenen op de concurrentievoorzwaarden tussen Noord-Europa en Canada.
- 989 De Commissie heeft dus terecht geoordeeld, dat de partijen bij de TACA die op de Canadian Gateway actief zijn, geen aanzienlijke mededingingsdruk uitoefenden op de partijen bij de TACA die de rechtstreekse routes bedienen.
- 990 Wat in de tweede plaats de mededinging van de niet bij de TACA aangesloten lijnvaartmaatschappijen betreft, zeggen verzoeksters, dat CP Ships grote hoeveelheden vracht via de Canadian Gateway vervoert en dat deze maatschappij in de toekomst sterker aanwezig wil zijn. Tevens beklemtonen zij, dat Bolt Canada

Line met drie schepen op die route present is en dat Norasia in 1998 een nieuwe dienst tussen Noord-Europa en Canada heeft geopend.

- 991 Hoewel uit die gegevens ontegenzegglijk blijkt van het bestaan van een zekere mededinging van de Canadian Gateway met de rechtstreekse route naar de Verenigde Staten — een omstandigheid die overigens niet wordt betwist —, doen zij geenszins af aan de conclusie van de Commissie, dat die mededinging beperkt is.
- 992 Ook al wordt de via de Canadian Gateway vervoerde vracht door de Commissie tot de relevante markt gerekend, toch is het maar een betrekkelijk bescheiden gedeelte van het totale vrachtvolume tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten. Volgens de gegevens betreffende de markt in punt 85 van de considerans van de beschikking wordt van het totale vrachtvolume tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten en vice versa 15 tot 17 % via de Canadese havens vervoerd. De mededingingsdruk van de zijde van de Canadese conferences, die slechts een gedeelte van de via de Canadian Gateway lopende vracht opnemen, op de maatschappijen die de rechtstreekse routes bedienen, is dus noodzakelijkerwijze beperkt.
- 993 Verzoeksters ontkennen ook niet, dat de Canadese conferences, ook al genieten zij geen vrijstelling voor de collectieve vaststelling van de prijzen, de prijspraktijken van de TACA in het transatlantische vaargebied volgen, zoals de Commissie in de punten 271 en 272 van de considerans van de beschikking vaststelt. Dus ook indien de Canadese conferences een aanzienlijke mededingingsdruk op de TACA zouden kunnen uitoefenen, blijken zij daar in wezen van te hebben afgezien.
- 994 Ten slotte moet worden vastgesteld, dat geen van de door verzoeksters aangevoerde gegevens concludent is. Zo tonen de door CP Ships geplande

capaciteitsvergroting en die waartoe Norasia in 1998 is overgegaan, niet aan, dat er tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode een daadwerkelijke externe concurrentie bestond. Verder heeft de aanwezigheid van drie schepen van Bolt Canada Line, zonder dat enige informatie over haar marktaandeel wordt gegeven, niet meer dan anekdotische waarde. Met betrekking tot de door CP Ships vervoerde vracht verstrekken verzoeksters slechts een reeks onafhankelijke gegevens om het belang van die maatschappij aan te tonen, maar die geven geen beeld van het volume van de door haar in het relevante segment vervoerde vracht en van het daarmee overeenkomende marktaandeel.

- ⁹⁹⁵ De Commissie heeft dus terecht overwogen, dat de niet bij de TACA aangesloten lijnvaartmaatschappijen die op de Canadian Gateway actief zijn, in het relevante vaargebied geen aanzienlijke externe mededingingsdruk op de partijen bij de TACA uitoefenen.
- ⁹⁹⁶ Wat in de derde plaats de vrachtverschuivingen van de TACA naar de leden van de Canadese conferences betreft, hebben de meeste van de door verzoeksters genoemde voorbeelden betrekking op jaren vóór of na de door de bestreden beschikking bestreken periode. Voorzover die gegevens voorts aantonen dat bepaalde verladers een gedeelte van hun vracht naar de Canadese conferences hebben verplaatst en dat er dus — wat niemand betwist — een zekere mededinging van de zijde van de Canadian Gateway bestaat, blijkt er toch geenszins uit, dat die mededinging aanzienlijk is. Integendeel, legt men die gegevens naast die welke in punt 85 van de considerans van de bestreden beschikking zijn vermeld, dan blijkt het in de door verzoeksters gegeven voorbeelden van vrachtverschuivingen om minimale hoeveelheden te gaan, te weten 0,8 %, 0,9 % en 2,3 % van alle in respectievelijk 1994, 1995 en 1996 via de Canadese havens vervoerde vracht.
- ⁹⁹⁷ Het verwijt van verzoeksters, dat de daadwerkelijke externe concurrentie van de zijde van de Canadian Gateway niet in aanmerking is genomen, moet derhalve van de hand worden gewezen.

vi) Conclusie betreffende de daadwerkelijke externe concurrentie

998 Uit het voorgaande volgt, dat alle middelen en argumenten van verzoeksters met betrekking tot de beoordeling van de externe concurrentie moeten worden afgewezen.

3. De potentiële concurrentie

a) Argumenten van partijen

999 Verzoeksters stellen dat de Commissie in de punten 276 tot en met 306 van de considerans van de bestreden beschikking ten onrechte heeft vastgesteld, dat de leden van de TACA de potentiële concurrentie hebben uitgeschakeld. Subsidiair, voor het geval dat de Commissie thans zou erkennen dat de potentiële concurrentie niet is uitgeschakeld, betogen verzoeksters, dat daarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de ernst van het in de bestreden beschikking gestelde tweede misbruik en van de evenredigheid van de opgelegde geldboeten.

1000 In de eerste plaats stellen verzoeksters, dat de kosten van toetreding tot het transatlantische vaargebied niet zo hoog zijn als de Commissie beweert. De conclusies van de Commissie in de punten 288 en 545 van de considerans worden weerlegd door het rapport-Dynamar, volgens hetwelk de aanvangsinvestering voor de oprichting van een operationele dienst ongeveer 355 miljoen USD bedraagt, terwijl voor een nichedienst een investering van niet meer dan 100 miljoen USD volstaat, dus in beide gevallen een veel lager bedrag dan de in de beschikking genoemde 500 miljoen USD. Volgens hetzelfde rapport is de oprichting van een dienst voor zeevervoer door middel van space chartering op andere schepen, indien het om een niche-activiteit gaat, zelfs met een investering

van 21 miljoen USD mogelijk. De noodzakelijke investeringen kunnen nog verder worden verlaagd door het inzetten van uit andere vaargebieden weggehaalde schepen of door gebruik te maken van geleasde schepen. Waar de Commissie zegt, dat de in de beschikking genoemde cijfers het geval betreffen waarin de nieuwkomer diensten wil aanbieden van vergelijkbaar niveau als dat van de partijen bij de TACA, houdt zij volgens verzoeksters geen rekening met het feit dat verscheidene leden van de TACA geen eigen schepen hebben, maar gebruik maken van gehuurde ruimte in schepen van andere maatschappijen (zie punt 182 van de considerans). De vergelijkbaarheid van de diensten hangt dus niet af van de hoedanigheid van eigenaar van het schip.

¹⁰⁰¹ In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de recente komst op de markt van verscheidene lijnvaartmaatschappijen die geen lid van de TACA zijn, aantoonde dat de leden van de TACA in de periode waarop de beschikking betrekking heeft, aan potentiële concurrentie blootstonden. Verzoeksters verwijzen hiervoor naar de komst van K Line, Yangming en Cosco in februari 1997 en van AOL en Mitsui in maart 1998, die scheepsruimte huren van Lykes, en naar de nieuwe dienst van de Compagnie Générale Maritime, die sinds 2 december 1997 vanuit Philadelphia opereert. Uit een en ander blijkt, dat de Commissie een feitelijke dwaling heeft begaan door in punt 113 van de mededeling van punten van bezwaar vast te stellen, dat de partijen bij de TACA geen werkzame potentiële concurrentie ontmoeten omdat APL, Mitsui, Yangming en K Line het relevante vaargebied waarschijnlijk als TACA-lid zullen betreden. Dat APL en Mitsui lid van de New World Alliance zijn, is hierbij zonder belang, aangezien dat geen invloed heeft op de concurrentie die zij de TACA aandoen.

¹⁰⁰² In de derde plaats betwisten verzoeksters, dat de dienstencontracten een hindernis voor het betreden van de markt zijn (punten 135, 225 en 564 van de considerans van de beschikking). Uit de door hen overgelegde bewijzen blijkt volgens hen, dat de meeste verladers niet al hun behoeften met één dienstencontract dekken. Vaak overschrijden de verladers de in de dienstencontracten vastgelegde minimumhoeveelheden met meer dan 60 %, waaruit blijkt dat zij de mogelijkheid behouden

om vracht tegen concurrerende prijzen met andere vervoerders te verscheppen. Het is ook niet juist dat het beperkende effect van dienstencontracten in het begin van het jaar sterker is. Cosco, K Line en Yangming hebben immers in maart en februari 1997 de markt met succes betreden en snel een marktaandeel opgebouwd.

1003 In de vierde plaats wijzen verzoeksters erop, dat sedert 1997 sommige van de verzoeksters (Hanjin, NOL, Cho Yang, DSR-Senator, TMM, Tecomar en Hyundai) uit de TACA zijn uitgetreden en als onafhankelijke maatschappijen in het transatlantische vaargebied actief zijn.

1004 Verzoekster in zaak T-213/98 betoogt nog, dat de partijen bij de TACA niet bij machte zijn de mededinging uit te schakelen.

1005 Uit de bepalingen van verordening nr. 4056/86 (zie achtste overweging van de considerans) volgt, dat mits er een zekere feitelijke of potentiële mededinging blijft bestaan, de voordelen die een conference voor verladers en gebruikers heeft, de aan de conference-overeenkomsten verbonden beperkingen rechtvaardigen en dat elke excessieve marktmacht door de bij artikel 7, lid 2, sub b-i, aan de Commissie verleende bevoegdheden kan worden beheerst. Zo gezien is het onlogisch dat de Commissie de enkele uitbreiding van een bestaande conference met nieuwe leden als misbruik kan kwalificeren, zolang de mededinging op de relevante markt niet wordt uitgeschakeld. De Commissie verwacht uitschakeling van de mededinging met uitschakeling van een bron van potentiële mededinging (Hanjin en Hyundai). In werkelijkheid blijkt, dat na de toetreding van Hanjin en Hyundai de mededinging op de markt de TACA heeft verhinderd enige marktmacht uit te oefenen.

1006 Verzoekster betoogt ook, dat maatschappijen die in andere vaargebieden actief zijn, door het betreden van de transatlantische markt schaalvoordelen kunnen behalen. Zij kunnen gebruik maken van hun operationele en administratieve structuren in andere vaargebieden en maatschappijen die in het transatlantische vaargebied actief zijn, overnemen of er een fusie mee aangaan. De meeste van de grootste lijnvaartmaatschappijen zijn bezig hun lijnennet uit te breiden met noord-zuidroutes ter aanvulling van hun voornaamste oost-westroutes.

1007 In deze omstandigheden, aldus verzoekster, zijn de partijen bij de TACA niet in staat de mededinging uit te schakelen. Zij licht dit toe door erop te wijzen, dat de marktaandeelen van de leden en de niet-leden van de TACA in het relevante vaargebied tussen 1996 en 1998 voortdurend schommelingen te zien hebben gegeven en dat onafhankelijke maatschappijen op die markt zijn verschenen (Cosco, Yangming en K Line). Ook is er de mededinging door de Middellandse-Zeehavens voor het goederenvervoer vanuit en naar Spanje, Italië, Zuid- en Midden-Frankrijk en andere gebieden in Zuid-Europa (Zwitserland, Oostenrijk, Tsjechische Republiek enz.). In die gevallen wordt het langere zeetraject door een korter inlandtraject gecompenseerd. Verzoekster beklemtoont tevens de mededinging door de Canadese havens. Anders dan in punt 269 van de considerans van de beschikking wordt gezegd, is het niet ongevoerd dat ondernemingen zich zo op een markt positioneren, dat hun producten met elkaar concurreren. De procedure van de Canadese autoriteiten in verband met de verwerving van Cast (punt 268 van de considerans van de beschikking) zegt niets over de mededinging door CP Ships, Cast en OOCL op de Amerikaanse markt. Ten slotte, om de transatlantische markt te betreden, zijn niet per se schepen van 4 000 TEU nodig, zoals in punt 287 van de considerans wordt gezegd, daar de afstanden in dit vaargebied betrekkelijk kort zijn.

1008 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt dit middel voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 1009 Verzoeksters stellen, dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat de partijen bij de TACA de potentiële concurrentie hebben uitgeschakeld. In de eerste plaats betogen zij, dat de kosten van toetreding tot het transatlantische vaargebied niet zo hoog zijn als de Commissie beweert; in de tweede plaats, dat verscheidene lijnvaartmaatschappijen de laatste tijd het relevante vaargebied als onafhankelijke maatschappijen hebben betreden; in de derde plaats, dat dienstencontracten de toegang tot de markt niet belemmeren; in de vierde plaats, dat verscheidene van hen na 1997 uit de TACA zijn uitgetreden. Op een desbetreffende vraag van het Gerecht ter terechtzitting hebben verzoeksters echter verklaard, dat zij niet stellen dat die uittredingen het bewijs vormen van een aanzienlijke potentiële mededingingsdruk op de partijen bij de TACA. Dit argument behoeft dus niet te worden onderzocht.
- 1010 Vooraf zij opgemerkt dat, anders dan verzoeksters stellen, de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft vastgesteld dat de potentiële concurrentie ten aanzien van de TACA is uitgeschakeld, doch enkel dat zij beperkt is. In punt 538 van de considerans van de beschikking zegt de Commissie immers, dat een van de elementen van het bewijs van de machtspositie van de TACA is, dat de cliënten slechts een „beperkte” mogelijkheid hebben zich tot andere dienstverrichters te wenden, hetgeen de TACA zelfs voor ontevreden cliënten tot een onontkoombare handelspartner maakt. Daarbij vermeldt de Commissie met betrekking tot de potentiële concurrentie, dat de drempel voor het betreden van de markt zeer hoog ligt wegens de hoge kosten die dat met zich meebrengt (punt 545 van de considerans), de geringe mobiliteit van de vloten in het relevante vaargebied — dat wil zeggen de kleine kans dat daadwerkelijke concurrenten hun capaciteit uitbreiden of dat potentiële concurrenten de markt betreden (punt 546 van de considerans) — en de specialisatie van de schepen (punt 547 van de considerans).
- 1011 Het was dus niet het volstrekte ontbreken van potentiële concurrentie op grond waarvan de Commissie tot het bestaan van een machtspositie heeft geconcludeerd, maar de geringe intensiteit ervan.

¹⁰¹² Tegen deze achtergrond moet derhalve worden onderzocht, of de middelen en argumenten van verzoeksters betreffende de analyse van de potentiële concurrentie in de bestreden beschikking, niet slechts aannemelijk maken dat potentiële concurrentie bestond, maar ook dat zij aanzienlijk was.

i) De kosten van toetreding tot de markt

¹⁰¹³ In punt 545 van de considerans van de bestreden beschikking zegt de Commissie, dat om tot de markt toe te treden, een investering nodig is tussen 400 miljoen en 2 miljard USD. Zo verklaart zij in punt 288 van de considerans van de beschikking, dat een wekelijkse dienst op een vaste dag, waarbij drie of vier havens in, respectievelijk, Noord-Europa en de Verenigde Staten worden aangedaan, een vloot vergt van vijf vaartuigen met gelijke snelheid en capaciteit en een aantal containers overeenkomend met driemaal de capaciteit van de vloot, waarvoor een investering van ongeveer 500 miljoen USD vereist is.

¹⁰¹⁴ Geen van de argumenten die verzoeksters in deze beroepen hebben aangevoerd, kan twijfel aan deze vaststellingen van de bestreden beschikking wekken.

¹⁰¹⁵ Waar verzoeksters betogen, dat volgens het rapport-Dynamar de inrichting van een operationele dienst door een exploitant/scheepseigenaar een aanvankelijke investering van ongeveer 355 miljoen USD vergt, kan worden vastgesteld dat dit bedrag, hoewel lager dan in de beschikking geraamd, nog steeds aanzienlijk is. Bovendien heeft de Commissie door verzoeksters onweersproken verklaard, dat de schattingen van het rapport-Dynamar geen rekening houden met niet terug te verdienen investeringen die pas vanaf het tweede jaar moeten worden verricht.

- 1016 Voorts zij opgemerkt dat, anders dan verzoekster in zaak T-213/98 betoogt, de Commissie nergens stelt dat voor het betreden van de transatlantische markt schepen van 4000 TEU nodig zijn. In punt 287 van de considerans van de beschikking merkt zij enkel op, dat „een schip van 4000 TEU [...] in vergelijking met een schip van 2 500 TEU naar schatting per slot een kostenbesparing van 30 à 40 % [oplevert]”.
- 1017 De andere schattingen, alle lager dan 355 miljoen USD, die verzoeksters op basis van hetzelfde rapport-Dynamar aanvoeren, hebben betrekking op de instelling van nichediensten met gebruikmaking van chartering-overeenkomsten. Om te kunnen beoordelen hoe hoog de drempel voor toetreding tot de relevante markt is, dient men echter uit te gaan van de kosten van het instellen van een dienst van vergelijkbaar niveau als die van de partijen bij de TACA. Slechts in een dergelijke geval immers zal een nieuwkomer op de markt eventueel in staat zijn aanzienlijke mededingingsdruk op de partijen bij de TACA uit te oefenen. Waar vaststaat dat de partijen bij de TACA hun activiteit niet tot niches beperken, maar in het gehele relevante vaargebied als algemene vervoerders werkzaam zijn, moet worden vastgesteld dat de door verzoeksters voorgelegde gegevens irrelevant zijn. Verder moge het juist zijn dat, zoals verzoeksters opmerken, sommige partijen bij de TACA voor hun zeevervoeractiviteiten in het relevante vaargebied gebruikmaken van slot chartering op schepen van andere partijen bij de TACA, gezien de beperkte externe concurrentie bij de TACA bestaat deze mogelijkheid niet in gelijke mate voor onafhankelijke nieuwkomers die zich niet bij de TACA willen aansluiten. In elk geval hebben verzoeksters ter terechtzitting verklaard, dat de kosten van toetreding tot de markt door middel van slot chartering niet kunnen worden bepaald, aangezien zij afhangen van de met de reder overeengekomen condities.
- 1018 Wat ten slotte het argument betreft, dat een nieuwkomer de noodzakelijke investeringen zou kunnen beperken door schepen uit andere vaargebieden in te zetten, heeft de Commissie in de bestreden beschikking vastgesteld, dat de door verordening nr. 4056/86 erkende mobiliteit van de vloten in het relevante

vaargebied beperkt is. Om te beginnen merkt de Commissie op (punt 287 van de considerans), dat de kenmerken van het transatlantische verkeer de waarschijnlijkheid van potentiële concurrentie aanzienlijk doen afnemen, waarbij zij beklemtoont, dat het transatlantische verkeer zeer dicht is en regelmatige diensten met grote capaciteit vergt, zodat de lijnvaartmaatschappijen over voldoende grote, moderne vaartuigen moeten beschikken en een wekelijkse dienst moeten onderhouden waarbij een voldoende aantal havens wordt aangedaan. Vervolgens stelt de Commissie vast (punt 290 van de considerans), dat bijna alle grote lijnvaartmaatschappijen al in het transatlantische vaargebied aanwezig zijn. Daarbij wijst zij erop (punten 291-298 van de considerans), dat tussen 1993 en 1995 elke belangrijke potentiële concurrent dat vaargebied als lid van de TACA is binnengekomen. Voorts stelt zij vast (punt 299 van de considerans), dat de prikkel om tot het transatlantische vaargebied toe te treden, niet zo groot is wegens de kosten die terugtrekking uit dat vaargebied meebrengt, de daaruit voortvloeiende schade voor de reputatie en de concurrentiepositie elders, en de geringere mogelijkheden om in het vaargebied terug te keren. Ten slotte merkt zij op (punt 547 van de considerans), dat wanneer men er schepen van elders wil inzetten, deze aan vrij hoge normen moeten voldoen en speciaal voor containervervoer moeten zijn ingericht.

- 1019 Aangezien verzoeksters deze beoordelingen van de bestreden beschikking niet betwisten, moet als vaststaand worden aangenomen dat de mobiliteit van de vloten in het relevante vaargebied beperkt is.
- 1020 Het argument dat een nieuwkomer de kosten van toetreding tot de markt door het inzetten van schepen uit andere vaargebieden zou kunnen verminderen, moet derhalve van de hand worden gewezen.
- 1021 Om deze redenen moeten alle argumenten van verzoeksters met betrekking tot de kosten van toetreding tot de markt worden afgewezen.

ii) Recente toetredingen tot de relevante markt buiten de TACA om

- 1022 Verzoeksters stellen, dat in 1997 en 1998 verscheidene lijnvaartmaatschappijen zonder lid van de TACA te worden, het transatlantische vaargebied hebben betreden.
- 1023 Tussen partijen staat vast, dat K Line, Yangming en Cosco op 16 februari 1997 het relevante vaargebied in het kader van consortiumovereenkomsten hebben betreden. Evenzo staat vast, dat APL en Mitsui dat vaargebied in maart 1998 hebben betreden op basis van slot chartering-overeenkomsten met Lykes, terwijl Compagnie Générale Maritime op 2 december 1997 een nieuwe dienst vanuit Philadelphia heeft ingesteld.
- 1024 Deze toetredingen tot de markt zijn rechtstreeks in tegenspraak met de vaststelling van de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar — dus tijdens de periode waarin de partijen bij de TACA volgens de bestreden beschikking een machtspositie op de relevante markt innamen —, dat genoemde lijnvaartmaatschappijen, gezien de banden die in andere vaargebieden tussen hen en de partijen bij de TACA bestaan, indien zij het transatlantische vaargebied zouden betreden, dat waarschijnlijk als lid van de TACA zullen doen.
- 1025 Anders dan de Commissie betoogt, is het irrelevant dat die toetredingen na de door de bestreden beschikking bestreken periode hebben plaatsgehad. Potentiële concurrentie moet wel worden onderscheiden van daadwerkelijke externe concurrentie. Potentiële concurrentie betreft per definitie een mededingingsdruk die op het moment van de relevante feiten nog geen werkelijkheid is, maar waarvan het ontstaan op korte of middellange termijn op grond van nauwkeurige en overeenstemmende aanwijzingen op het moment van diezelfde feiten met meer of minder zekerheid voorzienbaar is. Tijdens de administratieve procedure nu hebben verzoeksters diverse artikelen uit de vakpers overgelegd waarin werd bericht over de plannen van APL en Cosco om binnenkort op de markt actief te worden.

- 1026 Opgemerkt zij evenwel, dat de omstandigheid dat verscheidene lijnvaartmaatschappijen, ondanks hun banden met de partijen bij de TACA in andere vaargebieden, in 1997 en 1998 het transatlantische vaargebied buiten de TACA om hebben betreden, niet noodzakelijkerwijs aantoon, dat die maatschappijen tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode een bron van aanzienlijke potentiële concurrentie vormden.
- 1027 In punt 264 van de considerans van de bestreden beschikking heeft de Commissie door verzoeksters onweersproken dienaangaande vastgesteld, dat uitgaande van de capaciteit in het vaargebied medio 1995, de door het consortium Cosco-K Line-Yangming ingebrachte nieuwe capaciteit Cosco een aandeel van 2,8 % in oostelijke richting en van 2,7 % in westelijke richting op de rechtstreekse routes heeft opgeleverd, en van respectievelijk 2,3 % en 2,2 % op de rechtstreekse en Canadese routes tezamen, terwijl de andere maatschappijen elk juist de helft van die aandelen hebben. Met betrekking tot Mitsui en APL beklemtoont de Commissie in punt 244 van de considerans, ook hier zonder op tegenspraak van verzoeksters te stuiten, dat deze twee maatschappijen bij hun komst in het transatlantische vaargebied in het geheel geen nieuwe capaciteit hebben ingebracht.
- 1028 Verder heeft de Commissie in punt 249 van de considerans van de beschikking door verzoeksters onweersproken vastgesteld, dat het waarschijnlijk is dat onafhankelijke concurrenten de TACA als marktleider op het gebied van de prijzen te volgen. In haar memories heeft verzoekster in zaak T-213/98 er overigens zelf op gewezen, dat die neiging om de door de TACA bepaalde prijzen te volgen, een van de aspecten is van de door verordening nr. 4056/86 erkende stabiliteit waartoe de lijnvaartconferenties in het zeevervoer bijdragen.
- 1029 De Commissie heeft dus met recht kunnen oordelen, dat K Line, Yangming, Cosco, APL en Mitsui geen bron van aanzienlijke potentiële mededingingsdruk op de partijen bij de TACA konden zijn.

1030 De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve worden afgewezen.

iii) De dienstencontracten

1031 Verzoeksters betwisten, dat de dienstencontracten een belemmering voor de toegang tot de markt zijn. Zij betogen, dat de meeste verladers niet al hun behoeften met één dienstencontract dekken, en wijzen erop, dat de verladers de in de dienstencontracten vastgelegde minimumhoeveelheden vaak met meer dan 60 % overschrijden, waaruit blijkt dat zij de mogelijkheid behouden om vracht tegen concurrerende prijzen met andere vervoerders te verschepen.

1032 Een dienstencontract is een — individuele dan wel gemeenschappelijke — overeenkomst waarbij de ene partij, de verlader, zich verbindt een bepaalde minimumhoeveelheid vracht gedurende een bepaalde periode voor vervoer aan te bieden, en de andere partij, de conference of de vervoerder, zich verbindt een bepaald tarief toe te passen en bepaalde diensten te verrichten. In punt 135 van de considerans van de beschikking stelt de Commissie vast, dat een verlader normalerwijze zal trachten een dienstencontract te sluiten voor het grootste mogelijke volume dat volgens redelijke verwachtingen met zijn behoefte aan vervoer overeenkomt, omdat hij zo een grotere korting op het normale tarief kan krijgen. In punt 540 van de considerans meent zij daarom, dat verladers die gedurende een jaar of langer van geregelde zeevervoersdiensten gebruik moeten maken, niet snel een deel van hun opdrachten aan kleinere vervoerders zullen gunnen, aangezien zij dan minder gemakkelijk het in het raam van een conference-dienstencontract toegezegde minimumvolume zouden halen en dus een lagere korting zouden krijgen.

1033 De door verzoeksters in de onderhavige beroepen overgelegde gegevens ontcrachten deze vaststellingen niet, doch bevestigen ze juist op alle punten. Er blijkt immers uit, dat tijdens de door de bestreden beschikking bestreken drie jaar

de vrachtvolumes waarop de minimumverplichtingen van de gesloten dienstencontracten betrekking hadden, overeenkwamen met respectievelijk 59,2 % (1994), 60,6 % (1995) en 61,2 % (1996) van de totale vracht welke de door verzoeksters genoemde verladers hadden verzonden. Ook al betreffen deze gegevens niet alle verladers en schijnen zij niet uitsluitend op de relevante markt betrekking te hebben, aangezien zij volgens verzoeksters representatief zijn voor het gedrag van alle verladers, valt eruit af te leiden, dat ongeveer 60 % van de op de relevante markt vervoerde vracht onder een minimumvervoersverplichting in het kader van een dienstencontract viel. Aangezien de partijen bij de TACA tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode een marktaandeel van ongeveer 60 % in het relevante vaargebied bezaten, betekent dat, dat ongeveer 36 % van die vracht aan de partijen bij de TACA gebonden was.

¹⁰³⁴ Een dergelijke mate van afhankelijkheid kan de toegang van concurrenten tot de relevante markt op merkelijke wijze beperken (in die zin arrest Gerecht van 8 juni 1995, Schöller/Commissie, T-9/93, Jurispr. blz. II-1611, punt 81). Weliswaar legt een dienstencontract juridisch gezien geen exclusieve aankoopverplichting op en staat het de verlader in beginsel vrij de contractueel overeengekomen hoeveelheden met een andere vervoerder te verzenden, maar waar de nakoming van de minimumvervoersverplichting door middel van hoge boetebedingen wordt afgedwongen, is het duidelijk dat de dienstencontracten voor de verladers een aansporing zijn om de overeengekomen hoeveelheden bij voorkeur te verzenden met de vervoerder met wie zij het contract hebben gesloten.

¹⁰³⁵ Op deze gronden heeft de Commissie terecht geoordeeld, dat de dienstencontracten een aanzienlijke toegangsbelemmering voor potentiële concurrenten zijn.

¹⁰³⁶ De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve van de hand worden gewezen.

iv) Conclusie betreffende de potentiële concurrentie

1037 Uit al het voorgaande volgt, dat de middelen en argumenten van verzoeksters betreffende de potentiële concurrentie moeten worden afgewezen.

4. De interne concurrentie binnen de TACA

a) Argumenten van partijen

1038 Verzoeksters verwijten de Commissie, bij de analyse van hun collectieve macht op de relevante markt geen rekening te hebben gehouden met de interne concurrentie tussen de leden van de TACA.

1039 Zelfs indien men aanneemt dat de betrokken ondernemingen collectief kunnen worden beoordeeld, zijn de bewijzen van interne concurrentie op het gebied van de prijzen of op andere gebieden volgens verzoeksters relevant voor de bepaling van hun vermogen om gezamenlijk onafhankelijk van zowel interne als externe concurrenten, cliënten en gebruikers te handelen. De interne concurrentie beperkt de mogelijkheid van de betrokken ondernemingen om collectief te handelen. Zo belet de interne prijsconcurrentie de gezamenlijke bepaling van excessief hoge prijzen. De Commissie heeft echter erkend, dat het collectieve karakter van de machtspositie van de TACA-leden de mogelijkheid van individuele afwijkingen van de gemeenschappelijke commerciële strategie niet uitsluit. Om te beoordelen of de betrokken ondernemingen een machtspositie bezitten, moet met die afwijkingen dus rekening worden gehouden. Verzoeksters verwijzen in dit verband naar de bewijselementen die zij hiervóór bij het onderzoek van de collectieve aard van de machtspositie hebben voorgedragen.

1040 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, concludeert tot afwijzing van dit middel.

b) Beoordeling door het Gerecht

1041 In punt 735 supra is vastgesteld, dat de mate van interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA geen reden is om een collectieve beoordeling van hun positie op de relevante markt uit te sluiten. In het onderhavige middel betogen verzoeksters niettemin, dat er voldoende interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA bestond om hun machtspositie op die markt te ontkennen.

1042 Er zij aan herinnerd, dat de vraag of de partijen bij de TACA tezamen een machtspositie in het transatlantische vaargebied bezitten, volgens de rechtspraak (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 38) uitsluitend afhangt van het vermogen van die partijen om zich onafhankelijk op te stellen tegenover de externe mededingingsdruk die van de activiteit van niet bij de conference aangesloten concurrenten en van verladers uitgaat. Ofschoon de mate van interne concurrentie tussen de betrokken ondernemingen in voorkomend geval dus reden kan zijn om een collectieve beoordeling van hun positie op de betrokken markt uit te sluiten (arrest Kali & Salz, reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 233), is zij daarentegen niet relevant voor de vraag of die collectieve positie een machtspositie is.

1043 Stellig valt het niet uit te sluiten dat, zoals verzoeksters betogen, de interne concurrentie tussen ondernemingen wier positie collectief wordt beoordeeld, tot gevolg kan hebben dat de prijsstijgingen waartoe die ondernemingen besluiten, van beperkte omvang zijn. Dit neemt echter niet weg dat, zo die ondernemingen in volle onafhankelijkheid tot dergelijke prijsstijgingen kunnen besluiten, zonder rekening te moeten houden met de externe mededingingsdruk, die prijsstijgingen moeten worden geacht te zijn vastgesteld door ondernemingen die tezamen een

machtspositie bezitten. Indien de betrokken interne concurrentie geringe prijsstijgingen tot gevolg heeft, zou dat hoogstens kunnen betekenen dat de aldus bepaalde prijzen niet excessief zijn en derhalve geen misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag opleveren. Verzoeksters verwarren dus het bestaan van een machtspositie met het misbruik ervan.

1044 De argumenten van verzoeksters betreffende de interne concurrentie tussen de partijen bij de TACA moeten derhalve worden afgewezen.

5. De tariefontwikkeling in het relevante vaargebied

a) Argumenten van partijen

1045 Verzoeksters stellen, dat de ontwikkeling van de tarieven in het trans-Atlantische vaargebied niet valt te rijmen met de vaststelling van een machtspositie.

1046 In de eerste plaats betogen verzoeksters, dat indien zij niet met externe concurrentie te kampen hadden gehad, er voor hen geen reden zou zijn geweest om vracht buiten de „normale tarieven” om in het kader van TVR's of dienstencontracten te vervoeren. Zij merken op, dat het volume en het relatieve aandeel van de door de TACA tegen het normale tarief vervoerde vracht tussen 1994 en 1997 gestaag zijn afgenomen. Andersom zijn het volume en het relatieve aandeel van de onder TVR's en dienstencontracten (individuele en gemeenschappelijke zowel als conference-dienstencontracten) vervoerde vracht in dezelfde periode gestegen. Verder zijn het volume en het relatieve aandeel van de onder conference-dienstencontracten vervoerde vracht in 1996 en 1997 in vergelijking

met 1994 kleiner geworden, terwijl het volume van de onder individuele en gemeenschappelijke dienstencontracten vervoerde vracht is toegenomen. Verzoeksters wijzen er ook op, dat de tarieven van de dienstencontracten in 1996 en 1997 een grotere korting op de normale conference-tarieven te zien gaven dan in 1994. Volgens hen blijkt hieruit, dat de tarieven van de conference-dienstencontracten in de periode van 1994 tot 1997 lager zijn geworden.

1047 De Commissie, aldus verzoeksters, zegt slechts dat TVR's en dienstencontracten op zich het bestaan van externe concurrentie niet bewijzen, maar zij legt niet uit, waarom het volume en het relatieve aandeel van de tegen „normale tarieven” vervoerde vracht zijn verminderd, en waarom het volume en het relatieve aandeel van onder TVRIA's en individuele dienstencontracten vervoerde vracht in de relevante periode zijn gegroeid.

1048 In haar verweerschrift beperkt de Commissie zich tot kritiek op het rapport-Mercer, waar dit concludeert dat op een concurrerende zeevervoermarkt tariefsverlagingen aan reële kostenverlagingen vooraf kunnen gaan. Ofschoon de Commissie het bestaan van anticiperende tariefsverlagingen niet betwist, verwerpt zij wel de conclusie die zich opdringt, te weten dat er op de markt een intense prijsconcurrentie heerst. De afwijzing van deze conclusie berust op een volstrekt ongegronde premisse, namelijk dat de tarieven van verzoeksters excessief waren.

1049 Waar de Commissie vaststelt, dat in het eerste halfjaar van 1995 40 % van alle vracht van de TACA tegen het lijsttarief werd vervoerd, maakt zij geen onderscheid tussen de conferencetarieven „per klasse” en de andere tarieven die deel uitmaken van het lijsttarief, te weten de TVR's en de onafhankelijke acties.

- 1050 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat uit de tariefontwikkeling in 75 % van hun dienstencontracten blijkt dat in de periode van 1993 tot 1998 de tarieven op de westwaartse routes in Europese valuta met gemiddeld meer dan 15 % zijn gedaald (gecorrigeerd voor inflatie).
- 1051 Wat de door hen gebruikte methode betreft, preciseren verzoeksters dat, anders dan de Commissie beweert, hun analyse de resultaten niet uitsluitend in nationale valuta, maar ook in USD geeft. De resultaten van die analyse zijn gewogen aan de hand van de minimumhoeveelheidsverplichting in elk contract, teneinde het relatieve belang van elk dienstencontract in de totale beoordeling te doen uitkomen. In tegenstelling tot de kritiek van de Commissie, maskeert deze weging geenszins het effect van hun marktmacht op de kleine verladers. Ten slotte, aldus verzoeksters, hebben zij de gegevens betreffende de tarieven terecht aangepast aan het algemene niveau van de inflatie en de ontwaarding van de betrokken valuta's, waarmee zijzelf en de verladers tijdens de relevante periode te kampen hadden.
- 1052 De in hun analyse geconstateerde neerwaartse trend bevestigt de druk op de tarieven die zich in de periode van 1983 tot 1993 voordeed. Het rapport van Drewry Shipping Consultants (*Global Container Markets, Prospects and Profitability in a High Growth Era*, Londen 1996) stelde in dit verband vast, dat de transatlantische tarieven in reële termen waren gedaald.
- 1053 Verzoeksters merken op, dat de Commissie in de bestreden beschikking (punt 324 van de considerans en tabel 11) aan het eind van haar eigen analyse van de tariefontwikkeling concludeert, dat de tarieven in het zeevervoer over een periode van vijf jaar (1993-1998) met 8 % zijn gestegen, terwijl die in het inlandvervoer in de Gemeenschap met 4 % zijn gedaald. De Commissie geeft echter geen verklaring voor de discrepantie tussen deze conclusie en de in de punten 118 en 119 van de mededeling van punten van bezwaar weergegeven verklaring van de klagers (de ESC), dat de in 1995 opgelegde tariefverhogingen leidden tot een totale stijging van 80 % over een periode van drie jaar. Verder wijzen

verzoeksters op de tegenstelling tussen, enerzijds, de conclusies van punt 324 van de considerans en tabel 11 en, anderzijds, de vaststellingen in de punten 325 en 328 van de considerans, waar sprake is van „de meeste macht op de markt [van zeevervoer]” en „aanzienlijke tariefverhogingen voor [beide] routes”.

- 1054 In haar verweerschrift vraagt de Commissie zich thans af, of prijsvergelijkingen wel nuttig zijn in het geval van ondernemingen die een monopoliepositie innemen, tenzij werd aangetoond dat op een concurrerende markt de tarieven lager zouden zijn dan die van de betrokken ondernemingen. In de bestreden beschikking daarentegen baseert de Commissie zich enerzijds op een analyse van de tariefontwikkeling voor haar vaststelling van het bestaan van een machtspositie, maar toont zij anderzijds niet aan, dat de prijzen op een concurrerende markt lager zouden zijn geweest.
- 1055 Bovendien, zo menen verzoeksters, gaat de prijsanalyse in de punten 320 tot en met 328 van de considerans uit van een om verschillende redenen verkeerde methode. In de eerste plaats is de steekproef van dienstencontracten te klein: de onderzochte dienstencontracten betreffen tien verladers op een totaal van 500 en het grootste aantal van de voor een gegeven periode onderzochte verladers was acht. De Commissie zegt overigens niet, waarom zij juist deze verladers heeft gekozen en niet andere verladers die mogelijk anderszins aan de selectiecriteria van de Commissie hadden voldaan. In de tweede plaats is het onder de geanalyseerde dienstencontracten vervoerde vrachtvolume maar een relatief klein gedeelte van de totale door verzoeksters vervoerde vracht (het vrachtvolume van de tien geselecteerde verladers bedraagt 6,4 % van het totaal van de vracht die verzoeksters in 1993 onder dienstencontracten hebben vervoerd; voor 1994 is dat 5,1 % en voor 1995 7 %). In de derde plaats worden de stijgingspercentages op geen enkele manier gewogen om rekening te houden met het relatieve belang (in volume) van de onderzochte dienstencontracten. In de vierde plaats is de keuze van 1992 als referentiejaar subjectief, omdat in dat jaar de tarieven op de transatlantische routes zeer sterk zijn gedaald. In de vijfde plaats wordt in de analyse geen rekening gehouden met de bijkomende lasten van de vracht.

- 1056 Maar ook indien zij betrouwbaar was, zou de studie van de Commissie in geen geval het bestaan van een machtspositie aantonen. Als voorbeeld noemen verzoeksters de vaststelling van de Commissie, dat in de periode van 1993 tot 1997 de maritieme tarieven met 8 % zijn gestegen (tabel 11 van de bestreden beschikking) en de inlandtarieven met 4 % zijn gedaald, maar zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de inflatie.
- 1057 Ook de analyse van de tariefontwikkeling, die de Commissie maakt aan de hand van de gegevens die verzoeksters in het kader van hun studie van 75 dienstencontracten van TACA-leden hebben verschaft, is volgens verzoeksters onjuist. De gegevens zijn niet voor inflatie gecorrigeerd, niet naar volume gewogen en zijn exclusief toeslagen en kosten van behandeling op de terminal. In strijd met de methode die zij zegt te volgen, laat de Commissie verladers weg die in 1993 dienstencontracten en in 1996 dienstencontracten of TVR's hadden gesloten.
- 1058 Verzoeksters verwijten de Commissie ook, geen openheid te hebben gegeven over de rekenmethode en de basisgegevens waarmee zij in de punten 320 tot en met 328 van de considerans de tariefstijgingen van de dienstencontracten heeft berekend (bijlage VI bij de beschikking vermeldt slechts de uitkomst van die berekeningen). Tevens verwijten zij haar, in punt 320 van de considerans haar analyse met betrekking tot de prijsvariëaties in de TAA/TACA-dienstencontracten te hebben gebaseerd op een miniem gedeelte van de conference-dienstencontracten en daarbij de inflatie buiten beschouwing te hebben gelaten.
- 1059 Verzoekster in zaak T-213/98 voert nog een aantal middelen aan die aan een onjuiste beoordeling en/of motivering zijn ontleend.
- 1060 In de eerste plaats stelt verzoekster, dat de Commissie in de toepassing van verschillende prijzen naargelang de waarde van de goederen geen bevestiging van het vermoeden van het bestaan van een machtspositie mag zien (punt 534 van de

considerans van de beschikking). Tariefdifferentiatie naar de waarde van goederen is immers een gevestigde praktijk in de lijnvaart en wordt uitdrukkelijk voorgeschreven door de Unctad-codex (artikel 12, sub b). Ook de bewering van de Commissie, dat in een markt met minder concentratie van marktmacht de vervoerprijs wordt bepaald „op basis van de werkelijke kosten zoals die volgens de marktwetten tot stand zijn gekomen” (punt 535 van de considerans), is onjuist, daar gedifferentieerde prijzen hun rechtvaardiging kunnen vinden in de koopkracht van de cliënt, zoals in het luchtvervoer vaak het geval is. Hoe dan ook, dat er geen verband bestaat tussen gedifferentieerde prijzen en het bezit van een machtspositie, blijkt uit het feit dat bijna alle maatschappijen in alle vaargebieden tarieven aanbieden die op de waarde van de goederen zijn gebaseerd.

1061 In de tweede plaats verwijt verzoekster de Commissie, zich te hebben gebaseerd op het feit dat de door de TACA bepaalde valuta-aanpassingsfactoren („currency adjustment factors”, hierna „CAF’s”) discrimineerden naar de haven van laden of lossen (punt 536 van de considerans van de beschikking). De redenering van de Commissie in dit verband is verward en tegenstrijdig, want na te hebben aangeduid dat de verschillen in de CAF’s niet economische gerechtvaardigd konden zijn, zegt zij niettemin dat de bestreden beschikking niet ingaat op de vraag, of de TACA-regeling inzake de CAF’s voldoet aan de voorwaarden van artikel 4 van verordening nr. 4056/86, dat juist de economische rechtvaardiging van verschillende CAF’s betreft. Verder heeft de Commissie niet uitgelegd, waarom een discriminatie die zich in 1997 zou hebben voorgedaan, relevant is voor de beoordeling van het bestaan van een machtspositie in de jaren 1994 tot en met 1996.

1062 In de derde plaats verwijt verzoekster de Commissie, zich te hebben gebaseerd op de omstandigheid dat de TACA prijsleider is (punten 541 en 542 van de considerans van de beschikking). Zoals de Commissie in punt 329 van de considerans zelf erkent, is de geneigdheid van de niet bij een conference aangesloten maatschappijen om de conference te volgen door het eenvormige tarief als „referentiepunt voor de markt” te nemen, een van de factoren van de stabiliteit waartoe de conferenties in het zeevervoer bijdragen. Dat de TACA „een van de beperkendste overeenkomsten” is en „een reputatie als prijsleider” heeft

verworven, kan dan ook niet relevant zijn voor de vraag of zij een machtspositie inneemt. Hetzelfde geldt voor de bewering in punt 548 van de considerans, dat de positie van de TACA als prijsleider het onwaarschijnlijk maakt dat een concurrent het risico wil lopen de markt door een agressieve prijsconcurrentie tegen de TACA te destabiliseren.

1063 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt deze middelen voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

1064 Met de hier besproken middelen betogen verzoeksters, dat de tariefontwikkeling in het transatlantische vaargebied niet met het bestaan van een machtspositie valt te rijmen. Zij wijzen erop, dat de tegen de normale tarieven van de tarieflijst vervoerde hoeveelheid vracht gestaag kleiner is geworden ten gunste van TVR's en dienstencontracten en dat de door de TACA toegepaste tarieven in de loop van de relevante periode zijn verlaagd.

i) De verhouding tussen de tegen de normale tarieven vervoerde vracht en de vracht vervoerd onder TVR's en dienstencontracten

1065 Tussen partijen is onbetwist, dat tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode ongeveer 60 % van de door de TACA vervoerde vracht onder TVR's en dienstencontracten is verzonden. In zijn memories voor het Gerecht erkent de Commissie zelf, dat dit een „aanzienlijk” gedeelte is. Vaststaat, dat de leden van een lijnvaartconferentie hun cliënten in het kader van TVR's en dienstencontracten korting op de normale tarieven van de tarieflijst kunnen

bieden. Naar uit de punten 457 en 459 van de considerans van de beschikking blijkt, wordt onder een TVR aan alle verladers op gemeenschappelijke en uniforme grondslag een korting verleend, die afhangt van het binnen een bepaalde tijd vervoerde volume; bij dienstencontracten kan een dergelijke korting op individuele basis worden toegekend, op voorwaarden die tussen de conference en de individuele verlader worden overeengekomen.

1066 Als vaststaand kan derhalve worden aangenomen, dat tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode voor meer dan de helft van de door de partijen bij de TACA vervoerde vracht tarieven zijn berekend die beneden de hoogste tarieven van de TACA-tarieflijst lagen.

1067 Anders dan verzoeksters stellen, bewijst dat op zich echter niet, dat de partijen bij de TACA in de relevante periode geen machtspositie bezaten. Dat een onderneming haar afnemers kortingen verleent, vormt immers geen aanwijzing, dat die onderneming geen machtspositie op de betrokken markt bezit. Zoals de Commissie ter terechtzitting op een desbetreffende vraag van het Gerecht heeft opgemerkt, komt het vaak voor dat een onderneming met een machtspositie op een markt haar afnemers kortingen verleent, bijvoorbeeld om hen te laten delen in de efficiëntiewinst en de schaalvoordelen of om hen sterker aan zich te binden (zie, onder meer, arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punten 90 en 91, en Michelin/Commissie, reeds aangehaald in punt 337 supra, punt 71). Het bestaan van een machtspositie hangt immers meer samen met het vermogen van een onderneming volledig onafhankelijk en ongeacht externe mededingingsdruk haar prijzen te bepalen, dan met haar vermogen de hoogste prijzen te bepalen.

1068 Zonder dat een uitspraak nodig is over de juiste aard van de door de partijen bij de TACA verleende kortingen, moet in het onderhavige geval dus worden geoordeeld, dat verzoeksters de vaststelling dat hun positie op de markt een machtspositie is, niet kunnen betwisten met het argument, dat bedoelde partijen de verladers in het kader van TVR's of dienstencontracten kortingen verlenen.

1069 In de bestreden beschikking heeft de Commissie juist vastgesteld, dat de in het kader van TVR's en dienstencontracten verleende kortingen een bevestiging vormden van de machtspositie van de partijen bij de TACA, omdat eruit bleek van het vermogen van die partijen om de verladers met betrekking tot de prijzen te discrimineren.

1070 Zo merkt de Commissie in de punten 203 tot en met 213 van de considerans van de beschikking op, dat de partijen bij de TACA ernaar streven de prijs te vragen die elke verlader maximaal bereid is te betalen, om aldus de opbrengsten te vergroten zonder de kosten te verhogen. Volgens de Commissie praktiseerden de partijen bij de TACA prijsdiscriminatie in drie graden. Bij prijsdiscriminatie van de eerste graad betaalt een klant een bepaalde prijs voor een eenheid of dienst en een andere prijs voor daaropvolgende eenheden of diensten (punt 206 van de considerans). Tweedegraadsprijsdiscriminatie, toegepast in de vorm van TVR's en dienstencontracten, omvat de vaststelling van de prijs op basis van de gekochte hoeveelheid (punt 207 van de considerans). De derde graad van prijsdiscriminatie wordt zichtbaar in de verdeling van het tarief in codes en in onafhankelijke acties; zij bestaat erin, de cliënten in verschillende klassen onder te verdelen en aan elke klasse een andere prijs te vragen (punten 208-213 van de considerans).

1071 In punt 534 van de considerans van de beschikking oordeelt de Commissie, dat dit vermogen om te discrimineren, een bevestiging vormt van de — uit hun marktaandeelen afgeleide — machtspositie van de partijen bij de TACA. Dienaangaande merkt de Commissie op: „De TACA-tarieflijst voor zeevervoersdiensten stelt voor verschillende producten verschillende vrachtprijzen vast naargelang van de waarde ervan. De variatie in de tarieven is weliswaar aanzienlijk minder groot dan het verschil in waarde van de goederen, maar de prijzen kunnen toch voor een zelfde hoeveelheid goederen van één tot vijf variëren. Met andere woorden, hoewel de kosten van het vervoer van een container vrijwel geen enkel verband houden met de aard van de vervoerde goederen, liggen de vrachtprijzen tot vijf maal hoger voor goederen met een grote waarde dan voor die van geringe waarde.” De Commissie vervolgt (punt 535 van de considerans):

„Dit systeem van gedifferentieerde prijzen, dat tot doel heeft de inkomsten te optimaliseren, komt normalerwijze alleen voor op markten waarop een of meer

ondernemingen een aanzienlijke graad van marktsterkte hebben. Op vervoermarkten waar er geen beduidende concentratie van marktsterkte bestond, zou de vrachtprijs waarschijnlijk bepaald worden zijn naargelang van de aard van de aangeboden dienst en niet naargelang van de vervoerde goederen, op basis van de werkelijke kosten zoals die volgens de marktwetten tot stand zijn gekomen.”

- 1072 In de punten 536 en 537 van de considerans stelt de Commissie vervolgens vast, dat een ander voorbeeld van de door de TACA toegepaste discriminatie de CAF's zijn, waarvan de hoogte naargelang van de havens van laden en lossen aanzienlijk verschilt.
- 1073 Aan deze vaststellingen wordt niet afgedaan door het door verzoekster in zaak T-213/98 gesignaleerde feit dat bijna alle maatschappijen in alle vaargebieden tarieven aanbieden die op de waarde van de goederen zijn gebaseerd. Verzoekster zelf wijst er immers op, dat een van de factoren van de door verordening nr. 4056/86 beoogde stabiliteit waartoe de conferences in het zeevervoer bijdragen, de geneigdheid van de niet bij een conference aangesloten maatschappijen is om de conference te volgen door het eenvormige tarief als „referentiepunt voor de markt” te nemen. Zo stelt de Commissie, door verzoeksters onweersproken, in punt 548 van de considerans van de beschikking met betrekking tot het relevante vaargebied vast, dat de positie van de TACA als prijsleider het onwaarschijnlijk maakt dat een concurrent het risico wil lopen de markt door een agressieve prijsconcurrentie tegen de TACA te destabiliseren.
- 1074 Dat in andere vaargebieden lijnvaartmaatschappijen zonder machtspositie het voorbeeld van maatschappijen met machtspositie volgen door ten aanzien van de verladers een discriminerend tariefbeleid te voeren, bewijst dus niet, dat prijsdiscriminatie geen relevant criterium is om het bestaan van een machtspositie op een bepaalde markt vast te stellen, maar toont hoogstens aan, dat maatschappijen zonder machtspositie geneigd zijn het tariefbeleid van maatschappijen met machtspositie na te volgen.

1075 De bewering van dezelfde verzoekster, dat waar de beschikking in punt 536 van de considerans het discriminerende karakter van de CAF's beklemt, dit op gegevens betreffende 1997 berust, dus een jaar na de door de bestreden beschikking bestreken periode, is irrelevant. Aangezien de Commissie in het dispositief van de bestreden beschikking niet vaststelt, dat die discriminatie verboden is, doch ze enkel noemt als voorbeeld voor het vermogen van de partijen bij de TACA om prijsdiscriminatie toe te passen — wat verzoeksters niet ontkennen —, stond het haar vrij om haar stelling met gegevens van na de door de bestreden beschikking bestreken periode toe te lichten.

1076 Waar verzoekster voorts stelt, dat de motivering van de bestreden beschikking niet deugt, kan worden volstaan met op te merken dat de grieven op dit punt samenvallen met de middelen die aan verkeerde beoordeling zijn ontleend, en dat zij bijgevolg de juistheid van de beoordeling in de beschikking beogen te betwisten (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald in punt 746 supra, punt 67). Voor de controle op de eerbiediging van de motiveringsverplichting zijn zij derhalve irrelevant (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punten 425 en 431).

1077 Geen van de door verzoeksters op het bestaan van kortingen op de hoogste tarieven van de tarieflijst gebaseerde argumenten kan derhalve afdoen aan de vaststelling van de Commissie, dat de positie van de partijen bij de TACA op de relevante markt een machtspositie is.

ii) De stijging van de door de partijen bij de TACA toegepaste tarieven

1078 Met deze middelen betwisten verzoeksters de resultaten van een analyse van de prijsschommelingen voor het maritieme traject en het inlandtraject binnen de Gemeenschap in de TAA/TACA-dienstencontracten tussen 1992 en 1997, die in

de punten 320 tot en met 328 van de considerans van de bestreden beschikking zijn weergegeven (hierna „tariefanalyse dienstencontracten”). In de punten 324 van de considerans stelt de Commissie vast, dat „de duidelijkste conclusie die uit het onderzoek kan worden getrokken, is dat de prijsverhogingen tussen 1993 en 1996 voor het maritieme gedeelte van de reis 10,4 procentpunten meer bedroegen dan de verhogingen voor het inlandvervoer binnen de Gemeenschap”.

1079 Naar uit de beschikking blijkt, heeft de Commissie zich op deze resultaten gebaseerd voor haar vaststelling in punt 543 van de considerans, dat de beperkte mogelijkheden van de verladers om zich tot concurrenten van de TACA te wenden, bleken uit het feit dat de TACA-partijen in de periode van 1994 tot 1996 „regelmatige, zij het geringe, prijsstijgingen” konden doorvoeren, in schril contrast met de twee andere grote vaargebieden.

1080 Aan verzoeksters moet worden toegegeven, dat de resultaten van de tariefanalyse dienstencontracten weinig concludent zijn. Weliswaar was er volgens die analyse in de periode van 1993 tot 1996 een stijging van het maritieme tarief met 15,5 procentpunten tegenover een stijging met slechts 5,1 punten bij het inlandtarief, maar de bestreden beschikking maakt niet duidelijk, of de analyse specifiek betrekking had op de prijsontwikkeling in de door de beschikking bestreken periode (1994-1996). Uit de andere resultaten van de analyse kan echter niet worden afgeleid, dat de prijsontwikkeling in die periode identiek was aan die tussen 1993 en 1996. Zo vindt dezelfde analyse voor de periode van 1992 tot 1996 een geringere stijging bij het maritieme tarief dan bij het inlandtarief, en voor de periode van 1992 tot 1997 een iets sterkere stijging bij het maritieme tarief dan bij het inlandtarief. Deze uiteenlopende resultaten laten geen conclusies toe met het oog op de vaststelling van het bestaan van een machtspositie.

1081 Maar welke de gebreken van die analyse ook mogen zijn, voor haar vaststelling, in punt 543 van de considerans, dat de partijen bij de TACA regelmatige prijsverhogingen hebben doorgevoerd, baseert de Commissie zich ook op de

resultaten van een ander onderzoek, die in de punten 307 tot en met 319 van de considerans van de beschikking, voorafgaande aan die van de tariefanalyse dienstencontracten, zijn weergegeven. In dat andere onderzoek, dat de ontwikkeling van de gemiddelde opbrengsten per TEU van de TACA tussen 1992 en 1996 betreft (hierna „onderzoek gemiddelde opbrengst”), komt de Commissie, zoals in de punten 318 en 319 van de considerans aangegeven, tot de conclusie, dat „[...] de opbrengsten per TEU voor de TACA-partijen (de gemiddelde prijs die verladers betalen voor het vervoer van één TEU over zee) tussen 1992 en 1996 [gemiddeld stegen] met 8 % in oostwaartse en 18 % in westwaartse richting”, en dat „een aantal TACA-partijen de gemiddelde opbrengsten per TEU aanzienlijk konden verhogen zonder enig verlies van marktaandelen te lijden”. Verder blijkt uit de punten 314, 315 en 317 van de considerans, dat de stijging van de gemiddelde opbrengst nog groter zou zijn geweest, indien de FMC de partijen bij de TACA niet had gedwongen de tarieven van de tarieflijst en de dienstencontracten van 1995 tot het niveau van 1994 terug te brengen.

1082 Nu verzoeksters de resultaten van het onderzoek gemiddelde opbrengst niet betwisten, kan het ervoor worden gehouden, dat de vaststelling in punt 543 van de considerans van de beschikking, dat de partijen bij de TACA regelmatige prijsverhogingen hebben doorgevoerd, voldoende wordt geschraagd door het onderzoek gemiddelde opbrengst.

1083 Zo al werd aangetoond, dat de resultaten van de tariefanalyse dienstencontracten geen bewijs leveren voor de vaststelling in punt 543 van de considerans, kan dat hier dus geen gevolg hebben.

1084 Hoe dan ook moet worden beklemtoond, dat de vaststelling in punt 543 van de considerans, dat de partijen bij de TACA regelmatige prijsverhogingen hebben doorgevoerd, slechts een van de vele in de punten 532 tot en met 549 van de considerans genoemde elementen is waarop het bewijs van het bestaan van een machtspositie is gebaseerd. Ofschoon immers het vermogen om regelmatige prijsverhogingen door te voeren, ontegenzeggelijk een element is dat op het bestaan van een machtspositie kan wijzen, is het daarvoor geenszins onontbeerlijk, want

de onafhankelijkheid op prijsgebied, die een onderneming met een machtspositie bezit, komt veel meer tot uiting in het vermogen de prijzen te bepalen zonder rekening te moeten houden met de reactie van concurrenten, afnemers en leveranciers, dan in het vermogen de prijzen te verhogen (in die zin arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald in punt 95 supra, punten 70-72).

1085 Uit het voorgaande onderzoek van de middelen en argumenten volgt, dat de machtspositie van de partijen bij de TACA reeds voldoende wordt aangetoond door de andere in de bestreden beschikking genoemde elementen, die niet slechts betrekking hebben op hun uiterst omvangrijke marktaandeel, maar ook op hun vermogen om prijsdiscriminatie toe te passen, en op het ontbreken van daadwerkelijke externe concurrentie, blijkende uit hun aandeel in de beschikbare capaciteiten in het relevante vaargebied, de marktafsluitende werking van de dienstencontracten, het prijsleiderschap van de TACA en de rol van de concurrenten als prijsnemers.

1086 Om deze reden moeten de middelen en argumenten van verzoeksters betreffende de tariefontwikkeling in het relevante vaargebied, van de hand worden gewezen.

6. Conclusie betreffende de middelen inzake het bestaan van een machtspositie op de relevante markt

1087 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen van verzoeksters inzake het bestaan van een machtspositie van de partijen bij de TACA, in hun geheel moeten worden afgewezen.

C — Conclusie betreffende het tweede onderdeel

- 1088 Gelet op het hiervóór overwogene moeten alle middelen en argumenten die zijn aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel, betreffende de positie van de partijen bij de TACA als machtspositie, worden afgewezen.

Derde onderdeel: geen misbruik van machtspositie

- 1089 Met de in het kader van dit onderdeel voorgedragen middelen betwisten verzoeksters de twee misbruiken die de Commissie in de bestreden beschikking heeft vastgesteld, te weten het onrechtmatig stellen van beperkingen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten en het onrechtmatig wijzigen van de mededingingsstructuur van de markt.

A — Eerste misbruik: onrechtmatige beperking van de toegang tot dienstencontracten

- 1090 De middelen en argumenten die verzoeksters in verband met het eerste misbruik tegen de beschikking aanvoeren, zijn van tweeeërlei aard. In de eerste plaats stellen zij, dat de praktijken waarin dat misbruik bestaat, alle objectief gerechtvaardigd zijn, en in de tweede plaats, dat de bestreden beschikking op diverse punten onvoldoende met redenen is omkleed.

1. Het objectief gerechtvaardigd zijn van de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat

a) Argumenten van partijen

- ¹⁰⁹¹ Wat in de eerste plaats de conference-dienstencontracten betreft, stellen verzoeksters, dat de door de TACA gestelde voorwaarden met betrekking tot voorwaardelijke bedingen, de looptijd van dienstencontracten, het verbod van meervoudige contracten en de hoogte van strafbedingen, waarnaar punt 556 van de considerans van de bestreden beschikking verwijst, objectief gerechtvaardigd zijn. Zij ontkennen, dat die voorwaarden enkel maar gerechtvaardigd zijn omdat zij hun eigen belangen dienen. Het objectieve karakter ervan blijkt uit de vele verwijzingen naar de situatie in het Amerikaanse recht. Wanneer de partijen bij de TACA een nieuwe versie van hun overeenkomst hebben aangemeld, waaruit de onbillijke bedingen en andere mededingingsbeperkingen die volgens de bestreden beschikking in de dienstencontracten voorkwamen, zijn geschrapt, dan is dat niet omdat verzoeksters niet overtuigd waren van de geldigheid van hun overeenkomst, maar omdat zij een punt achter hun geschil met de Commissie wilden zetten.
- ¹⁰⁹² Met betrekking tot voorwaardelijke bedingen preciseren verzoeksters, dat dit soort bedingen veelal inhoudt, dat als het lijsttarief tot beneden het tarief van de door de verlader gesloten dienstencontracten daalt of als de conference een ander dienstencontract sluit dat voorziet in een kleiner verplicht volume en een lager tarief, de verlader die het eerste contract heeft gesloten, automatisch aanspraak heeft op het laagste tarief.
- ¹⁰⁹³ Het verbod van voorwaardelijke bedingen is volgens verzoeksters gerechtvaardigd door de noodzaak de stabiliteit van de tarieven en diensten te verzekeren. Voorwaardelijke bedingen kunnen immers de stabiliserende rol van de lijnvaartconferenties verzwakken, die nu juist met de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 wordt nagestreefd. Zo hebben de Amerikaanse autoriteiten in samenhang met een conflict tussen Lykes en een

verladersorganisatie in 1995 erkend, dat voorwaardelijke bedingen een mededingingsbeperkend effect konden hebben, in zoverre Lykes ze als aanleiding kon nemen om de concurrenten van de betrokken verladersorganisatie geen gunstige tarieven te bieden. Volgens vaste rechtspraak van de Amerikaanse autoriteiten wordt de mededinging ook door „meest begunstigde natie“-clausules beperkt. Het is dus onjuist te stellen, dat dit soort bedingen slechts in uitzonderlijke gevallen als een beperking van de mededinging is beschouwd.

1094 Wat vervolgens de looptijd van de contracten betreft, preciseren verzoeksters om te beginnen, dat de TACA met deze bepaling beoogt te bereiken, dat haar leden zich gedurende ten minste een kalenderjaar aan een vaste prijs houden, zodat de vervoerder en de verlader hun opbrengsten en kosten kunnen plannen en budgetteren. Dit voordeel ligt in de lijn van die waarover in punt 473 van de considerans van de beschikking wordt gesproken. Tevens levert de bepaling meer administratieve efficiency op voor de vervoerders en draagt zij bij tot een gelijke behandeling van verladers die zich in een zelfde situatie bevinden. De door de TACA voorgeschreven looptijd van één jaar sluit bovendien aan bij de normale praktijk op het gebied van dienstencontracten. Dat komt volgens verzoeksters, doordat de verladers wegens de schommelingen op de internationale lijnvaartmarkt en de dalende prijzen er niet voor voelen, zich voor langer dan een jaar vast te leggen op een bepaald minimumvolume tegen een vastgestelde prijs. Ten slotte merken verzoeksters op, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat looptijden van één, twee of drie jaar, waarin de TACA-overeenkomst voorziet, een merkelijk beperkend effect op de mededinging hebben. De door de Commissie gestelde mededingingsbeperkende werking van dienstencontracten (punten 225 en 564 van de considerans) zou veel sterker zijn, indien vervoerders en verladers dienstencontracten mochten sluiten met een langere dan de door de TACA toegestane looptijd.

1095 Met betrekking tot meervoudige contracten herinneren verzoeksters eraan, dat de TACA een vervoerder het sluiten van meer dienstencontracten met een zelfde verlader slechts verbiedt, voorzover die contracten geheel of gedeeltelijk betrekking hebben op het vervoer van een zelfde vracht op dezelfde route of een gedeelte daarvan. Dat verbod komt volgens verzoeksters overeen met een courante handelspraktijk. Als dergelijke contracten waren toegestaan, zou dat in

feite betekenen, dat de partijen bij de TACA de conference-dienstencontracten eenzijdig konden wijzigen. Verder zou er een belangenconflict ontstaan, indien een partij over een conference-contract zou mogen onderhandelen en stemmen om dat contract vervolgens te ondergraven door op persoonlijke titel een contract met dezelfde verlader voor dezelfde vracht tegen afwijkende condities te sluiten. Vervoerders die bij een conference zijn aangesloten, moeten kiezen tussen het deelnemen aan een conference-contract, het instellen van een TVR, het ondernemen van onafhankelijke actie of (vanaf 1996) het sluiten van een individueel (al dan niet gemeenschappelijk aangegaan) dienstencontract. Ten slotte merken verzoeksters op, dat conference- en individuele dienstencontracten gewijzigd kunnen worden en dat het door de TACA opgelegde beding de partijen dus niet onherroepelijk bindt. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld besluiten er nog andere goederen of bestemmingen in op te nemen.

¹⁰⁹⁶ Aangaande de strafbedingen menen verzoeksters, dat het recht om de juridische consequenties te regelen van de niet-nakoming van in een conference-dienstencontract neergelegde verbintenissen, onafscheidelijk is van het recht om dergelijke contracten te sluiten. Het bedrag van een contractuele boete komt overeen met de geschatte schade die een vervoerder zal lijden in het geval dat een verlader zich niet houdt aan de bij het dienstencontract overeengekomen minimumhoeveelheidsverplichting. Dat een dergelijk beding redelijk is, volgt ook uit de tiende overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86, volgens welke de leden van een conference overeen kunnen komen „sancties te nemen tegen [verladers] die op onrechtmatige wijze de getrouwheidsverplichting zouden schenden welke de tegenprestatie vormt voor de kortingen, gereduceerde vervoertarieven of commissielonen die hun door de conferences worden verleend”. Verzoeksters betogen voorts, dat strafbedingen naar Amerikaans recht wettig zijn. Meer in het bijzonder heeft de FMC in zijn circulaire 1-89 verklaard, dat boetes substantieel moeten zijn om te voorkomen dat dienstencontracten worden gebruikt om het tarief te ontduiken. Ten slotte, wanneer een contract geen strafbedingen bevatte, zou de vervoerder bij wanprestatie van de verlader geen andere keus hebben dan de vracht waarop het contract betrekking heeft, opnieuw te tarifieren tegen het conferencetarief, wat de verlader meer dan de in de TACA-regeling voorziene boete zou kosten.

¹⁰⁹⁷ Wat in de tweede plaats de individuele dienstencontracten betreft, betogen verzoeksters, dat het verbod ervan een objectief gerechtvaardigde conference-praktijk is.

- 1098 Waar verordening nr. 4056/86 de lijnvaartconferenties verplicht op basis van uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven te opereren (artikel 1, lid 3, sub b) en de vervoertarieven en -voorwaarden vast te stellen (artikel 3), geeft zij de leden van de conference het recht (maar verplicht zij hen niet) het sluiten van individuele dienstencontracten te verbieden. Het verbod van individuele dienstencontracten is volgens verzoeksters een normale praktijk van conferenties ter verzekering van de volledige toepassing en uniformiteit van het tarief. Zo zijn na de invoering van vrouwelijke individuele dienstencontracten door de leden van de TACA op 1 januari 1999 de tarieven op de trans-Atlantische routes aanzienlijk gedaald (namelijk met 21 % ten opzichte van het voorgaande jaar in het oostwaartse verkeer en met 14 % in het westwaartse verkeer). De Commissie legt niet uit, hoe het recht om onbeperkt individuele dienstencontracten te sluiten, rijmt met de verplichting om uniforme of gemeenschappelijke tarieven toe te passen.
- 1099 Vervolgens wijzen verzoeksters erop, dat de conferenties in het transatlantische vaargebied hun leden het sluiten van individuele dienstencontracten altijd hebben verboden. Zo wordt in punt 126 van de considerans van de bestreden beschikking erkend, dat die conferenties „nooit openlijk individuele dienstencontracten [hadden] toegestaan totdat deze door de partijen bij de TACA in 1996 werden ingevoerd”. Op de andere routes zijn beperkingen op het sluiten van individuele dienstencontracten eerder regel dan uitzondering.
- 1100 Het verbod van individuele dienstencontracten is bovendien verenigbaar met het recht van de Verenigde Staten. Verzoeksters wijzen op section 4 (a) (7) van de US Shipping Act, dat een verbod op het gebruik van individuele dienstencontracten door leden van een conference toelaat. Daarin is geen verandering gekomen door de schikkingsovereenkomst van 1995. De FMC heeft in die overeenkomst niet bepaald dat de conferenties naar Amerikaans recht verplicht zijn het sluiten van individuele dienstencontracten toe te staan, zij heeft de partijen bij de TACA slechts verplicht dergelijke dienstencontracten in 1996 toe te staan. Zij heeft dat daarentegen niet verlangd voor 1997 en volgende jaren, zodat de partijen bij de TACA ingevolge de schikkingsovereenkomst gerechtigd waren individuele dienstencontracten te verbieden.

- 1101 Met betrekking tot de toepassing van de conferenceregeling inzake dienstencontracten op individuele dienstencontracten betogen verzoeksters vervolgens, dat toen zij individuele dienstencontracten in 1996 toestonden, zij krachtens de US Shipping Act [section 4 (a) (7)] het gebruik ervan mochten reglementeren en verbieden. De toepassing van de TACA-regeling inzake dienstencontracten op individuele dienstencontracten is dus naar Amerikaans recht wettig. Die toepassing wordt volgens verzoeksters bovendien vereist door de overeenkomst met de FMC van 1995. De beschikking van de FMC verplichtte de TACA immers individuele dienstencontracten in 1996 toe te staan, en bepaalde dat die contracten aan de TACA-regeling (te weten artikel 14, lid 2, van de TACA) moesten voldoen.
- 1102 Wat ten slotte de vertrouwelijkheid van individuele dienstencontracten betreft, betogen verzoeksters, dat openbaarmaking van de voornaamste gegevens van individuele dienstencontracten (ook die welke gemeenschappelijk zijn aangegaan) door het Amerikaanse recht wordt voorgeschreven [section 8 (c) van de US Shipping Act]. Hoewel onder de in de Amerikaanse wet opgesomde voornaamste gegevens de naam van de verlader niet voorkomt, kan iedereen die bekend is met de wereld van het zeevervoer, die informatie afleiden uit de gepubliceerde gegevens (te weten, afgelegde afstand, soorten goederen, minimumhoeveelheid, vervoerprijs van terminal tot terminal, looptijd, overeengekomen dienstverrichtingen, strafbedingen bij wanprestatie). Verzoeksters menen dan ook dat, gelet op de door de US Shipping Act vereiste transparantie, de onderlinge uitwisseling van informatie betreffende individuele dienstencontracten als redelijk is te beschouwen.
- 1103 Verzoekster in zaak T-213/98 betoogt dat, behoudens in het geval van bijkomende omstandigheden, een onderneming met een machtspositie zich niet aan misbruik schuldig maakt wanneer zij handelspraktijken toepast die ook door een onderneming zonder machtspositie toegepast zouden kunnen worden (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra), tenzij die praktijken haar machtspositie versterken of de nog bestaande

mededinging op de markt verzwakken. In de eerste plaats nu zijn de in geding zijnde praktijken op het gebied van dienstencontracten ook bij onafhankelijke maatschappijen aan te treffen, en in de tweede plaats heeft de Commissie niet aangetoond, dat zij de pretense machtspositie van de partijen bij de TACA hebben versterkt. Met betrekking tot het verbod van individuele dienstencontracten wijst verzoekster voorts op de initiatieven op tariefgebied die zij tijdens de relevante periode heeft genomen, in de vorm van zelfstandige acties, degressieve tarieven of vrachtvervoer via de Canadese havens.

1104 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, houdt deze middelen en argumenten voor ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

1105 Met het oog op het onderzoek van deze middelen en argumenten, waarmee verzoeksters betogen dat de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, objectief gerechtvaardigd zijn, zij eraan herinnerd, dat de Commissie in artikel 6 van het dispositief van de bestreden beschikking heeft vastgesteld, dat de partijen bij de TACA hun collectieve machtspositie hebben misbruikt door een overeenkomst te sluiten waarbij beperkingen werden gesteld aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten.

1106 Volgens de punten 551 tot en met 558 van de considerans van de beschikking, en zoals door de Commissie na vragen van het Gerecht ter terechtzitting bevestigd, omvat dat eerste misbruik de volgende praktijken:

- met betrekking tot individuele dienstencontracten: het volstreekte verbod ervan in 1994 en 1996 (punten 554 en 557 van de considerans) en, na hun

toelating in 1996, het toepassen van bepaalde, door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden (punten 554-556 van de considerans) en het uitwisselen van informatie over de condities van die contracten (punt 552 van de considerans);

— met betrekking tot conference-dienstencontracten: het toepassen van bepaalde, door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden (punten 554-556 van de considerans).

1107 Blijkens punt 556 van de considerans van de beschikking gaat het bij bedoelde door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden om het verbod van voorwaardelijke bedingen, de looptijd van dienstencontracten, het verbod van meervoudige contracten en de hoogte van strafbedingen. Deze voorwaarden zijn opgenomen in artikel 14, lid 2, van de TACA-overeenkomst.

1108 Verzoeksters zijn van oordeel, dat elk van deze praktijken objectief gerechtvaardigd is ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag. Zij voeren in dit verband drie verschillende rechtvaardigingsgronden aan, te weten, dat de praktijken noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van bepaalde doelstellingen, dat zij overeenstemmen met wat in het zeevervoer gebruikelijk is, en dat zij in overeenstemming zijn met het recht van de Verenigde Staten.

1109 Alvorens deze rechtvaardigingsgronden te onderzoeken, moet al meteen worden beklemtoond, dat het communautaire mededingingsrecht geen enkele uitzondering op het principiële verbod van misbruik van machtspositie kent. Anders dan artikel 85 van het Verdrag, laat artikel 86 immers niet toe, dat ondernemingen met een machtspositie om een ontheffing voor hun onrechtmatige praktijken verzoeken (arrest Hof van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, 66/86, Jurispr. blz. 803, punt 32; arrest van 8 oktober

1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 152). Bovendien hebben ondernemingen met een machtspositie volgens de rechtspraak een bijzondere verantwoordelijkheid om zich zo te gedragen, dat zij geen afbreuk doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging in de gemeenschappelijke markt (arresten Michelin/Commissie, reeds aangehaald in punt 337 supra, punt 57, en Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 112). Onrechtmatige praktijken van ondernemingen met een machtspositie zijn dus zonder uitzondering verboden.

1110 Het is in het licht van deze beginselen dat de door verzoeksters in de onderhavige beroepen aangevoerde rechtvaardigingsgronden moeten worden beoordeeld.

i) De noodzaak van sommige van de gewraakte praktijken

1111 Verzoeksters betogen, dat het verbod van individuele dienstencontracten, de beperking van de looptijd en het verbod van voorwaardelijke bedingen noodzakelijk zijn voor de stabiliteit van de uniforme of gemeenschappelijke tarieven die onder de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallen. De beperking van de looptijd is noodzakelijk om de gelijkheid van de verladers te waarborgen, en met het oog op een grotere administratieve efficiency. Het verbod van meervoudige contracten en de clause over de hoogte van strafbedingen ten slotte zijn vooral noodzakelijk om de volledige toepassing van de conference-dienstencontracten te waarborgen.

1112 Waar evenwel artikel 86 van het Verdrag niet in de mogelijkheid van vrijstelling voorziet, moet worden beklemtoond, dat onrechtmatige praktijken verboden zijn ongeacht de voordelen die zij eventueel voor de auteurs van die praktijken of voor derden kunnen opleveren.

- 1113 Het is vaste rechtspraak, dat een onderneming met een machtspositie om die reden niet het recht verliest zich tegen aanvallen op haar eigen commerciële belangen te verdedigen, zodat zij in de mate van het redelijke de mogelijkheid dient te hebben om te handelen zoals zij ter verdediging van haar belangen wenselijk acht, zolang die handelingen maar niet ertoe dienen die machtspositie te versterken of er misbruik van te maken (zie, bijvoorbeeld, arresten *United Brands/Commissie*, reeds aangehaald in punt 853 supra, punt 189; 8 oktober 1996, *CEWAL*, reeds aangehaald in punt 568 supra, punten 107 en 146, en *Irish Sugar/Commissie*, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 112). Een onderneming met een machtspositie moet zich derhalve op rechtvaardigingsgronden voor haar praktijken kunnen beroepen.
- 1114 De in het kader van artikel 86 van het Verdrag door de rechtspraak toegelaten rechtvaardigingsgronden kunnen bij de toepassing van deze bepaling echter niet worden behandeld alsof het om gronden voor een ontheffing gaat. Doel van die rechtvaardigingsgronden is immers niet, dat de onderneming met een machtspositie kan aantonen dat de in geding zijnde praktijken bepaalde voordelen hebben die rechtvaardigen dat zij worden toegestaan, maar uitsluitend dat die praktijken haar commerciële belangen een redelijke bescherming tegen handelingen van sommige derden bieden en dat zij in werkelijkheid dus niet onrechtmatig zijn.
- 1115 In casu nu beogen de door verzoeksters aangevoerde rechtvaardigingsgronden niet aan te tonen dat de gewraakte praktijken op het gebied van dienstencontracten niet onrechtmatig zijn, maar enkel dat zij noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van bepaalde voordelen, te weten, stabiliteit van de uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven en volledige toepassing van de conference-dienstencontracten, eerbiediging van de gelijkheid van de verladers en een grotere administratieve efficiency. De redenen waarom de gewraakte praktijken volgens verzoeksters noodzakelijk zijn, houden dus geen verband met een optreden van derden dat bedreigend is voor de commerciële belangen van de TACA, maar met het risico dat de leden van de TACA zelf door hun gedraging de door de conference vastgestelde regelingen, zoals die inzake de collectieve bepaling van uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven en de conference-dienstencontracten, of de goede werking ervan ondermijnen.

- 1116 Met die rechtvaardigingsgronden streven verzoeksters er in werkelijkheid dus naar, een vrijstelling voor de gewraakte onrechtmatige praktijken te verkrijgen, op grond dat deze noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van bepaalde voordelen van het conferencesysteem.
- 1117 Hoewel dit al voldoende reden is om alle aan het noodzakelijke karakter van de gewraakte voorschriften ontleende rechtvaardigingsgronden af te wijzen, moet daarnaast worden vastgesteld, dat zelfs indien dergelijke gronden in het kader van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag aanvaardbaar waren, verzoeksters geenszins hebben aangetoond, in hoeverre de gewraakte praktijken voor de gestelde voordelen noodzakelijk zijn.
- 1118 Voorzover het de gestelde noodzaak betreft om de stabiliteit van de uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven te handhaven, is in het enkele feit dat de collectieve bepaling van die tarieven onder de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 valt, op zichzelf geen rechtvaardiging voor de gewraakte praktijken ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag te vinden. Enerzijds bepaalt artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4056/86 immers uitdrukkelijk, dat artikel 86 van het Verdrag van toepassing is op gedragingen van lijnvaartconferenties die de in artikel 3 van die verordening bedoelde groepsvrijstelling genieten (arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 64), anderzijds kan die groepsvrijstelling wegens haar uitzonderlijk karakter geen gevolgen hebben buiten het toepassingsgebied ervan (in die zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 254).
- 1119 En zeker kunnen verzoeksters zich niet beroepen op de beweerde noodzaak geen inbreuk op de conference-dienstencontracten te maken, om de gewraakte restrictieve praktijken ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag te rechtvaardigen, aangezien de conference-dienstencontracten om de hierna in de punten 1381 tot en met 1385 genoemde redenen niet onder de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallen. Wat voorts de clause inzake de strafbedingen betreft, kunnen de leden van een conference, zoals verzoeksters opmerken, overeenkomstig de tiende overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 weliswaar overeenkomen „sancties te

nemen tegen [verladers] die op onrechtmatige wijze de getrouwheidsverplichting zouden schenden welke de tegenprestatie vormt voor de kortingen, gereduceerde vervoertarieven of commissielonen die hun door de conferences worden verleend”, maar die verordening schrijft de conference niet voor, hoe hoog de boetes moeten zijn. Blijkens punt 556 van de considerans van de bestreden beschikking wordt in de beschikking evenwel enkel de hoogte van de boetes, door de partijen bij de TACA op 250 USD per TEU bepaald, als misbruik beschouwd.

- 1120 Met betrekking tot de beweerde noodzaak de gelijkheid van de verladers te waarborgen en de administratieve efficiency te verbeteren, kan worden volstaan met op te merken, dat ondernemingen met een machtspositie, gezien hun bijzondere verantwoordelijkheid om geen afbreuk aan de mededinging te doen, erop moeten toezien dat hun gedragingen evenredig zijn aan de nagestreefde doelen. Het is zonneklaar, dat geen enkele met de interne administratieve organisatie van de TACA verband houdende reden een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag kan rechtvaardigen. En wat de noodzaak betreft de gelijkheid van de verladers te waarborgen, kunnen verzoeksters zich evenmin beroepen op hun bedoeling geen inbreuk te maken op artikel 86 van het Verdrag, dat in zijn punt c) ondernemingen met een machtspositie verbiedt hun handelspartners discriminerende voorwaarden op te leggen, om een andere inbreuk op hetzelfde artikel 86 te rechtvaardigen.
- 1121 Ten slotte kunnen verzoeksters zich hoe dan ook niet beroepen op de mogelijkheid dat sommige partijen bij de TACA zich onttrekken aan de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst inzake vaststelling van de uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven of van de conference-dienstencontracten, om de praktijken die dat moeten verhinderen, ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag te rechtvaardigen. Het enkele feit dat eerbiediging van de overeenkomst inzake bepaling van de tarieven en de conference-dienstencontracten de omstreden praktijken op het gebied van dienstencontracten ieder nut ontnemt, volstaat als bewijs dat er geen enkele noodzaak voor die praktijken bestaat (in die zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 389).
- 1122 De rechtvaardigingsgronden die ontleend zijn aan de voordelen die de gewraakte praktijken op het gebied van dienstencontracten zouden hebben, moeten derhalve worden verworpen.

ii) Overeenstemming van sommige van de gewraakte praktijken met wat in het zeevervoer gebruikelijk is

1123 Verzoeksters stellen, dat het verbod van individuele dienstencontracten en de beperking van de looptijd van dergelijke contracten in overeenstemming is met wat in de sector van het zeevervoer gebruikelijk is.

1124 Er zij evenwel op gewezen, dat een gedraging haar misbruikarakter niet verliest enkel omdat zij een algemeen gevolgde praktijk in een bepaalde sector is; anders zou artikel 86 van het Verdrag volledig worden uitgehold. Ondernemingen met een machtspositie in de zin van artikel 86 hebben immers een bijzondere verantwoordelijkheid om door hun gedraging geen afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging in de gemeenschappelijke markt (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald in punt 337 supra, punt 57). Anders dan verzoekster in zaak T-213/98 betoogt, bestaat die verantwoordelijkheid geenszins uitsluitend voor gedragingen die de machtspositie van de betrokken onderneming kunnen versterken of de nog op de markt bestaande mededinging verder kunnen verzwakken, want artikel 86 van het Verdrag heeft niet slechts het oog op praktijken die een daadwerkelijke mededinging aantasten, maar ook op die welke, zoals in casu, de gebruikers rechtstreeks kunnen schaden (arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald in punt 779 supra, punt 26).

1125 Dus ook indien de gewraakte praktijken op het gebied van dienstencontracten in het zeevervoer normaal zouden zijn, verbiedt artikel 86 van het Verdrag de partijen bij de TACA, gezien hun bijzondere verantwoordelijkheid als overheersende collectiviteit in het transatlantische vaargebied, toch de toepassing van dergelijke praktijken, zelfs wanneer zij door de meeste, ja door al hun concurrenten werden gevolgd.

1126 Aan deze conclusie doet niet af, dat het volgens artikel 86, sub d, van het Verdrag slechts verboden is het sluiten van overeenkomsten afhankelijk te stellen van bijkomende prestaties, wanneer deze prestaties „naar hun aard of volgens het

handelsgebruik” geen verband houden met het onderwerp van die overeenkomsten. De noodzaak om in die context het handelsgebruik in aanmerking te nemen, komt voort uit de analyse van de elementen van gebonden verkoop, want de vaststelling dat gebonden verkoop bestaat, maakt het noodzakelijk te bepalen onder welke omstandigheden handelsverkopen niet gebonden zijn. Om de bovenvermelde redenen kan het in aanmerking nemen van het handelsgebruik echter niet tot andere onrechtmatige praktijken worden uitgebreid teneinde deze te rechtvaardigen, in het bijzonder wanneer die praktijken juist tot doel hebben een machtspositie te versterken of er misbruik van te maken (arrest *United Brands/Commissie*, reeds aangehaald in punt 853 supra, punt 189).

1127 De aan het handelsgebruik ontleende rechtvaardigingsgronden moeten derhalve worden verworpen.

iii) Overeenstemming van sommige van de gewraakte praktijken met het recht van de Verenigde Staten

1128 Verzoeksters stellen dat de clausule inzake de hoogte van strafbedingen, het verbod van voorwaardelijke bedingen, het verbod van individuele dienstencontracten, de toepassing van door de conference collectief bepaalde voorwaarden op individuele dienstencontracten en het uitwisselen van informatie over de condities van dienstencontracten in overeenstemming zijn met het recht van de Verenigde Staten.

1129 Als in het transatlantische vaargebied werkzame lijnvaartconferentie valt de TACA zowel onder het communautaire mededingingsrecht, zoals neergelegd in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, als onder het recht van de Verenigde Staten, in het bijzonder de US Shipping Act. Dit betekent, dat de partijen bij de TACA ervoor moeten zorgen, dat hun gedraging op de relevante markt niet slechts aan het communautaire mededingingsrecht voldoet, maar tevens aan het recht van de Verenigde Staten.

- 1130 Volgens vaste rechtspraak hebben de artikelen 85 en 86 van het Verdrag slechts betrekking op mededingingsverstorende gedragingen waartoe ondernemingen uit eigen beweging overgaan. Indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit, zijn de artikelen 85 en 86 van het Verdrag niet van toepassing. In een dergelijke situatie vindt de beperking van de mededinging niet, zoals in deze bepalingen besloten ligt, haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen. De artikelen 85 en 86 van het Verdrag kunnen echter wel van toepassing zijn wanneer de nationale wettelijke regeling nog ruimte blijkt te laten voor een mededinging die door autonome gedragingen van ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst (arresten Hof van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punt 33; 9 september 2003, Consorzia Industrie Fiammiferi, C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punten 52-55, en Altair Chimica SpA, C-207/01, Jurispr. blz. I-8875, punten 30, 35 en 36; arresten Gerecht van 17 juli 1998, ITT Promédia/Commissie, T-111/96, Jurispr. blz. II-2937, punt 96; Irish Sugar/Commissie, reeds aangehaald in punt 152 supra, punt 130; 30 maart 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie, T-513/93, Jurispr. blz. II-1807, punten 58 en 59, en 26 oktober 2000, Asia Motor France e.a./Commissie, T-154/98, Jurispr. blz. II-3453, punten 78-91). Wanneer een nationale wet autonome mededingingsverstorende gedragingen van ondernemingen dus enkel maar toelaat, aanmoedigt of vergemakkelijkt, blijven die ondernemingen onderworpen aan de mededingingsvoorschriften van het Verdrag (zie, onder meer, arresten Hof van 27 september 1988, Ahlström/Commissie, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85, Jurispr. blz. 5193, punt 20, en Consorzia Industrie Fiammiferi, hierboven aangehaald, punt 56).
- 1131 Voorzover verzoeksters hier betogen, dat sommige van de genoemde praktijken door het Amerikaanse recht worden toegelaten of zelfs begunstigd, moet derhalve worden vastgesteld, dat dat op zich volstrekt irrelevant is voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op die praktijken, omdat het in een dergelijk geval voor de partijen bij de TACA mogelijk blijft hun gedraging zo aan te passen, dat zij zowel aan het communautaire mededingingsrecht als aan het recht van de Verenigde Staten voldoen.
- 1132 Dat bijvoorbeeld de clause inzake boetebedingen naar Amerikaans recht wettig is, kan niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van die clause ten aanzien

van artikel 86 van het Verdrag, temeer waar uit punt 556 van de considerans van de bestreden beschikking blijkt, dat enkel de hoogte van de strafbedingen zoals die door de partijen bij de TACA is bepaald, in de beschikking als misbruik wordt aangemerkt en niet het bestaan van de clause op zich.

1133 Zo kan ook de grief van verzoeksters met betrekking tot de voorwaardelijke bedingen eenvoudig van de hand worden gewezen door erop te wijzen, dat zij slechts stellen dat voorwaardelijke bedingen volgens de Amerikaanse rechtspraak mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben, zodat een verbod ervan mogelijk, maar niet onontkoombaar is.

1134 Wat ten slotte de praktijken op het gebied van individuele dienstencontracten betreft, staat tussen partijen vast, dat het verbod van die contracten in 1996 is opgeheven na de beschikking van de FMC van 4 april 1996, waarmee een einde kwam aan de in de Verenigde Staten ingeleide procedure tegen de praktijken van de TACA, in het bijzonder de zeer hoge tarieven van haar tarieflijst, nadat de partijen bij de TACA zich bereid hadden verklaard de tarieven van 1995 terug te brengen tot het niveau van 1994. Die beschikking bepaalde onder meer:

„[...] de aangeboden schikking [...] wordt goedgekeurd op voorwaarde dat in de TACA-overeenkomst een nieuw artikel 14.4 wordt opgenomen, luidend als volgt:

[...]

Behoudens het bepaalde in artikel 14.3 kan elke partij, afzonderlijk dan wel tezamen met een of meer andere partijen, een individueel contract sluiten met elke verlader of verladersorganisatie voor het vervoer van vracht in het vaargebied, op voorwaarde dat een dergelijk contract

(i) niet vóór 1 januari 1996 aanvangt en vóór of op 31 december 1996 eindigt;

[...]

(ii) voldoet aan de richtsnoeren van artikel 14.2 (a)-(h).”

1135 Verzoeksters betogen, dat uit de beschikking van de FMC niet blijkt dat het verbod van individuele dienstencontracten in 1994 en 1995 in strijd was met het Amerikaanse recht, want de beschikking verbiedt de partijen bij de TACA niet, dat verbod in 1997 weer in te voeren.

1136 Het is juist dat, zoals verzoeksters betogen, de beschikking van de FMC volgens haar bewoordingen enkel voor het jaar 1996 voorziet in de opheffing van het verbod van individuele dienstencontracten.

1137 In het kader van het hier besproken middel is dit echter irrelevant. Hoogstens blijkt er immers uit, dat het recht van de Verenigde Staten de partijen bij de TACA toestond individuele dienstencontracten in 1994 en 1995 te verbieden of het verbod in 1997 weer in te voeren. Overeenkomstig de in punt 1130 supra aangehaalde rechtspraak is dat echter geen rechtvaardiging van de legaliteit van de gewraakte praktijk ten aanzien van artikel 86 van het Verdrag, want niets belette de partijen bij de TACA dat verbod in 1994 en 1995 te handhaven of het in 1997 niet opnieuw in te voeren.

1138 Bovendien staat vast, dat de partijen bij de TACA het verbod van individuele dienstencontracten na 1996 niet opnieuw hebben ingevoerd, wat voldoende bewijst dat dat verbod niet noodzakelijk was om aan het recht van de Verenigde Staten te voldoen.

- 1139 Verzoeksters kunnen zich dus niet op de beschikking van de FMC beroepen om het verbod van individuele dienstencontracten na 1996 objectief te rechtvaardigen.
- 1140 Voorzover verzoeksters stellen, dat sommige van de gewraakte praktijken door het recht van de Verenigde Staten werden voorgeschreven, moet erop worden gewezen dat, waar de partijen bij de TACA zoals hiervóór opgemerkt, voor hun activiteiten in het transatlantische vaargebied zowel onder het communautaire mededingingsrecht als onder het Amerikaanse recht vallen, het niet valt uit te sluiten dat een gedraging die door het gemeenschapsrecht wordt verboden, door het Amerikaanse recht wordt voorgeschreven, zodat de partijen bij de TACA, als zij het gemeenschapsrecht willen naleven, geen andere keus hebben dan het Amerikaanse recht te overtreden. Dergelijke conflicten met de wetgeving van een derde land zijn in artikel 9 van verordening nr. 4056/86 overigens uitdrukkelijk voorzien. Volgens deze bepaling dient de Commissie in een dergelijk geval overleg te plegen met het betrokken derde land, teneinde de betrokken belangen zoveel mogelijk met elkaar overeen te brengen.
- 1141 In casu moet echter eerst worden nagegaan, in hoeverre de gewraakte praktijken daadwerkelijk uit wettelijke verplichtingen van de TACA voortkomen.
- 1142 Met betrekking tot de toepassing van de door de conference collectief bepaalde regels op individuele dienstencontracten moet aan verzoeksters worden toegegeven, dat de in punt 1134 supra geciteerde beschikking van de FMC met zoveel woorden bepaalde, dat de partijen bij de TACA individuele dienstencontracten konden sluiten „op voorwaarde” dat die contracten voldeden aan het bepaalde in artikel 14, lid 2, van de TACA-overeenkomst. De toepassing van deze regels op individuele dienstencontracten werd door de FMC dus niet slechts toegestaan, maar voorgeschreven.

- 1143 Om de draagwijdte van de beschikking van de FMC op dit punt te begrijpen, moeten de aard ervan en het ermee beoogde doel in aanmerking worden genomen.
- 1144 Met betrekking tot de aard van de beschikking van de FMC moet worden beklemtoond, dat zij geen abstracte regelgevende handeling van algemene strekking is, maar een gerechtelijke handeling ter goedkeuring van een ontwerp-overeenkomst tussen de partijen bij de TACA en de diensten van de FMC, met het doel een door de FMC aanhangig gemaakt geding te beëindigen.
- 1145 De bij deze beschikking opgelegde verplichtingen vloeien dus niet volledig voort uit omstandigheden waar verzoeksters buiten staan. In de eerste plaats immers is de aanleiding tot die beschikking te zoeken in een gedraging van de partijen bij de TACA zelf, te weten het feit dat zij tot schade van de verladers excessieve prijzen toepasten, en in de tweede plaats is blijkens stukken die verzoeksters in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht hebben overgelegd, de tekst van de beschikking het resultaat van overleg met de FMC, waarbij de partijen bij de TACA betrokken waren.
- 1146 Uit het dossier voor het Gerecht blijkt, dat de clause inzake de toepassing van artikel 14, lid 2, van de TACA-overeenkomst op individuele dienstencontracten in de eindfase van de procedure door de FMC is toegevoegd als voorwaarde voor haar goedkeuring van de haar voorgelegde ontwerp-schikkingsovereenkomst. Het is dus niet juist wat de Commissie ter terechtzitting heeft gesteld, namelijk dat de toepassing van de door de TACA collectief bepaalde regels op individuele dienstencontracten het resultaat is van onderhandelingen van de partijen bij de TACA met de FMC.
- 1147 Niettemin blijkt uit de motivering van de beschikking, dat die goedkeuringsvoorwaarde, ook al is zij dus niet het resultaat van onderhandelingen tussen de partijen bij de TACA en de FMC, door deze laatste toch niet eenzijdig is opgelegd. De FMC heeft de partijen bij de TACA immers uitdrukkelijk om hun

instemming gevraagd en die instemming is op 9 maart 1995 gegeven bij wege van aanmelding van een gewijzigde versie van de TACA-overeenkomst bij de FMC. Hoewel volgens de beschikking de afwijzing van de goedkeuringsvoorwaarde binnen de gestelde termijn het verval van de ontwerp-schikkingsovereenkomst tot gevolg zou hebben gehad, moet ervan worden uitgegaan, dat de partijen bij de TACA, rekening houdend met de diverse op het spel staande belangen, die voorwaarde eigener beweging hebben aanvaard. Hierbij moet overigens worden aangetekend, dat in het geval dat de ontwerp-schikkingsovereenkomst was vervallen, dit hoe dan ook geen invloed zou hebben gehad op de afloop van de door de FMC gevoerde procedure ten gronde over de wettigheid van de praktijken van de TACA.

- 1148 Wat vervolgens het met de FMC-beschikking beoogde doel betreft, moet worden opgemerkt, dat het de FMC met de door haar gestelde goedkeuringsvoorwaarde in wezen niet ging om de toepassing van de TACA-regels op individuele dienstencontracten, maar om de opheffing van het verbod van dergelijke contracten. Zij kwam daarmee tegemoet aan de door de verladers na de bekendmaking van de ontwerp-schikkingsovereenkomst uitgesproken vrees, dat de partijen bij de TACA de verlaging van de tarieven van de tarieflijst van 1995 zouden compenseren door extra verhogingen van de tarieven in 1996. Volgens de FMC zou de toegenomen concurrentie als gevolg van de invoering van individuele dienstencontracten in het vaargebied de partijen bij de TACA die mogelijkheid ontnemen.
- 1149 Toepassing van de regels van de TACA op de individuele dienstencontracten lijkt dan ook geen vooropgezet doel te zijn geweest, maar door de FMC in de tekst te zijn opgenomen om het voor de cliënten van de TACA mogelijk te maken individuele dienstencontracten op dezelfde basis te sluiten als conference-dienstencontracten. Niets in de motivering van de beschikking maakt het bovendien aannemelijk, dat naar het oordeel van de FMC de toepassing van de door de TACA collectief bepaalde regels op individuele dienstencontracten onmisbaar was om het beoogde doel te bereiken, en dat de partijen bij de TACA dus automatisch inbreuk op de beschikking zouden maken indien zij die regels niet toepasten. Ter terechtzitting heeft interveniënte er overigens terecht op gewezen, dat blijkens beschikking 2003/68, in het bijzonder de punten 24, sub 2, en 64, de herziene TACA de leden van de conference volledig vrij laat om individuele dienstencontracten met verladers te sluiten op tussen de partijen vrij overeengekomen voorwaarden.

- 1150 Om al deze redenen moet worden geconcludeerd, dat de beschikking van de FMC verzoeksters geenszins verplichtte de regels van de TACA vanaf 1996 op individuele dienstencontracten toe te passen. Het betoog van verzoeksters op dit punt, dat op een verkeerde premisse berust, moet derhalve worden afgewezen.
- 1151 Wat de uitwisseling van informatie over de condities van individuele dienstencontracten betreft, blijkt uit punt 498 van de considerans van de bestreden beschikking, waarnaar punt 551 van de considerans verwijst, alsmede uit punt 552 van de considerans, dat het door de Commissie gewraakte misbruik erin bestaat, dat de partijen bij de TACA het bestaan van individuele dienstencontracten en de inhoud ervan mededeelden aan de lijnvaartmaatschappijen die geen partij bij die contracten waren.
- 1152 Tussen partijen staat echter vast, dat de partijen bij de TACA ingevolge de US Shipping Act verplicht zijn hun individuele dienstencontracten bij de FMC aan te melden, tezamen met een samenvatting van de „belangrijkste clausules”, te weten, volgens de op het moment van de feiten geldende regeling, de bepalingen betreffende de havens of het geografische gebied van oorsprong en bestemming, de betrokken soort goederen, het minimumvolume, het tarief voor het eigenlijke vervoer, de looptijd, de verbintenissen inzake dienstverlening, en de eventuele strafbedingen bij niet-nakoming. Deze samenvatting wordt vervolgens door de FMC gepubliceerd. De Commissie betwist niet, dat de samenvatting alle relevante gegevens van de „belangrijkste clausules” bevat, zodat het publiek, en niet alleen de verladers, maar ook alle partijen bij de TACA na de publicatie kennis kunnen nemen van de inhoud ervan. Gelijk de Commissie in punt 112 van de considerans van de bestreden beschikking opmerkt, zijn de partijen bij de TACA ingevolge de Amerikaanse wetgeving verplicht dezelfde condities aan te bieden aan alle verladers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.
- 1153 Mitsdien moet worden vastgesteld dat, anders dan verzoeksters stellen, de in geding zijnde praktijk niet door het Amerikaanse recht wordt opgelegd. De Amerikaanse wetgeving verplicht de partijen bij de TACA immers niet, elkaar van het bestaan en de inhoud van hun individuele dienstencontracten op de

hoogte te stellen; zij verplicht hen slechts die contracten bij de FMC aan te melden, die vervolgens een samenvatting van de „belangrijkste clausules” publiceert.

- 1154 Opgemerkt zij evenwel, dat als gevolg van de publicatie van die samenvatting in de Verenigde Staten de inhoud van de belangrijkste clausules van individuele dienstencontracten een openbaar gegeven is. Dit in aanmerking genomen, kan de Commissie de partijen bij de TACA er geen verwijt van maken, te hebben afgesproken elkaar van de condities van deze contracten op de hoogte te stellen. Immers, is de inhoud van de „belangrijkste clausules” eenmaal gepubliceerd, dan gaat het bij de informatie-uitwisseling door de partijen bij de TACA over het bestaan en de inhoud van hun individuele dienstencontracten om de uitwisseling van openbare informatie. Volgens de rechtspraak nu kan een dergelijk stelsel van informatie-uitwisseling geen inbreuk maken op de mededingingsregels van het Verdrag (zie, onder meer, arrest Gerecht van 27 oktober 1994, Deere/Commissie, T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punt 81, bevestigd bij arrest Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 89 en 90).
- 1155 In antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht desbetreffend heeft de Commissie echter betoogd, dat de partijen bij de TACA elkaar nog andere gegevens verstrekten dan die welke op grond van de US Shipping Act openbaar waren gemaakt. Ter terechtzitting heeft de Commissie evenwel toegegeven, dat het enige element van individuele dienstencontracten dat naar Amerikaans recht niet als „belangrijkste clausule” gepubliceerd hoeft te worden, de identiteit van de betrokken verlader of verladers betreft.
- 1156 Zoals verzoeksters in hun memories voor het Gerecht terecht hebben opgemerkt, kan de identiteit van de betrokken verlader of verladers door de partijen bij de TACA echter gemakkelijk uit de ingevolge de Amerikaanse wetgeving gepubliceerde „belangrijkste clausules” worden afgeleid. Aangezien immers de partijen bij de TACA voor elk door een hunner gesloten individueel dienstencontract toegang hebben tot informatie inzake, onder meer, de betrokken havens of geografische gebieden, de betrokken producten en de overeengekomen dienst-

verrichtingen, kan redelijkerwijs worden aangenomen dat zij door de vele banden die in het kader van de conference tussen hen bestaan, in staat zijn de identiteit van de bij het dienstencontract betrokken verlader of verladers te achterhalen. De Commissie betwist dit niet, maar betoogt enkel, dat de partijen bij de TACA de identiteit van de verlader of verladers al vóór de publicatie van de „belangrijkste clausules” aan elkaar doorgeven. Deze bewering, die voor het eerst ter terechtzitting is gedaan, vindt echter geen enkele steun in het dossier, zodat zij niet als bewezen kan worden beschouwd

- 1157 Uit het voorgaande volgt, dat tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode de partijen bij de TACA dankzij de door het recht van de Verenigde Staten voorgeschreven publicatie van de „belangrijkste clausules” van individuele dienstencontracten kennis konden nemen van het bestaan van door een hunner gesloten individuele dienstencontracten en van alle relevante condities van die contracten.
- 1158 Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat in de bestreden beschikking ten onrechte wordt vastgesteld, dat verzoeksters hadden afgesproken elkaar van het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten op de hoogte te stellen.
- 1159 De middelen van verzoeksters op dit punt moeten derhalve gegrond worden verklaard.

2. De motivering van de beschikking met betrekking tot het eerste misbruik

a) Argumenten van partijen

- 1160 De motivering van de bestreden beschikking, voorzover betrekking hebbend op de conference-dienstencontracten, wordt door verzoeksters op vier punten gekritiseerd.

- 1161 Het eerste punt van kritiek is, dat in de beschikking niet wordt uitgelegd, waarom de leden van een conference niet de voorwaarden zouden mogen bepalen waaronder zij de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten („Conference service contract authority”) uitoefenen, terwijl de uitoefening van die bevoegdheid op zich met het gemeenschapsrecht verenigbaar is.
- 1162 Verzoeksters wijzen erop, dat terwijl de Commissie concludeert dat de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten niet binnen de werkings-sfeer van verordening nr. 4056/86 valt, zij niet uitsluit dat die bevoegdheid voor een individuele vrijstelling in aanmerking komt. Zij verwijzen daarvoor naar punt 582 van de considerans van de beschikking, waar wordt gezegd dat „deze beschikking [...] verladert niet de verplichting [oplegt] om over hun gezamenlijke dienstencontracten nieuwe onderhandelingen te voeren en [...] geen termijn [stelt] waarbinnen een nieuwe onderhandeling moet gebeuren”. Aangezien de leden van een conference overeen kunnen komen conference-dienstencontracten te sluiten, dient het hun ook te zijn toegestaan de voorwaarden te bepalen waaronder zij die contracten kunnen sluiten. Wanneer de Commissie deze opvatting niet deelt, moet zij motiveren waarom de overeenkomst tussen verzoeksters met betrekking tot die voorwaarden misbruik van machtspositie oplevert.
- 1163 In repliek zeggen verzoeksters nota te nemen van de verklaring van de Commissie in haar verweerschrift, dat het in de beschikking bedoelde eerste misbruik niet te maken heeft met de overeenkomst betreffende de voorwaarden waaronder de bevoegdheid van de conference ter zake van dienstencontracten werd uitgeoefend, maar met de beperkingen waaraan het sluiten van individuele dienstencontracten (of gemeenschappelijke individuele dienstencontracten) onderworpen was, in absolute zin dan wel behoudens collectief overeengekomen voorwaarden.
- 1164 Het tweede punt van kritiek is, dat in de beschikking niet wordt uitgelegd, waarom de voorwaarden van artikel 14, lid 2, van de TACA-overeenkomst, waarnaar punt 556 van de considerans van de beschikking verwijst (te weten, voorwaardelijke bedingen, looptijd van dienstencontracten, verbod van meer-

voudige contracten en hoogte van strafbedingen), onbillijk zijn in de zin van artikel 86, sub a, van het Verdrag. De Commissie verklaart niet, waarom de overeenkomst betreffende de inhoud van conference-dienstencontracten misbruik van machtspositie oplevert. Die voorwaarden worden bovendien niet geanalyseerd en er wordt geen rekening gehouden met de commerciële en economische context waarin die voorwaarden overeen zijn gekomen. Verder maakt de Commissie niet duidelijk, waarom de beoordeling in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, waarnaar in punt 551 van de considerans van de beschikking wordt verwezen, relevant is.

1165 Het derde punt van kritiek is, dat in de beschikking niet wordt uitgelegd, waarom de voorwaarden waaronder verzoeksters diensten verleenden, onredelijk waren. Volgens de rechtspraak is een weigering om te leveren slechts onrechtmatig wanneer er geen objectieve rechtvaardiging voor bestaat. De beschikking bevat geen analyse in die zin; in de punten 553 en 554 van de considerans wordt enkel vastgesteld, dat wegens de regeling van artikel 14 van de TACA-overeenkomst er geen enkel dienstencontract beschikbaar was dat niet aan die regeling voldeed.

1166 Het vierde punt van kritiek is, dat de Commissie, in strijd met de leer van het arrest Vlakglas (reeds aangehaald in punt 594 supra, punt 360), haar vaststellingen in het kader van artikel 85 van het Verdrag opnieuw heeft gebruikt voor haar conclusie inzake het bestaan van een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Het in de beschikking bedoelde eerste misbruik bestaat immers, zoals in punt 551 van de considerans wordt erkend, in dezelfde gedraging als onder het hoofd inbreuk op artikel 85 is onderzocht en die in de punten 487 tot en met 502 van de considerans reeds nader is omschreven. In de ogen van de Commissie, zo blijkt uit deze verwijzing, zijn de clausules van dienstencontracten die onvoldoende voordelen opleveren in termen van verbetering van de productie of verdeling van diensten dan wel in termen van bevordering van de technische of economische vooruitgang en die om die reden niet voldoen aan de in de punten 487 tot en met 502 van de considerans genoemde voorwaarden voor individuele vrijstelling, tevens onrechtmatig en onredelijk in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

- 1167 In repliek betogen verzoeksters, dat deze redenering een rechtsdwaling is. Een beoordeling van een praktijk in het licht van de voorwaarden voor individuele vrijstelling, zoals omschreven in artikel 85, lid 3, van het Verdrag, kan niet zonder meer voldoende grond opleveren voor de conclusie, dat die praktijk tevens misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag vormt. Aangezien de juridische toepassingscriteria van de artikelen 85 en 86 anders zijn en andere economische doelstellingen hebben, kan de simpele verwijzing naar de in het kader van artikel 85 gevolgde redenering niet volstaan als motivering voor de vaststelling van een misbruik in de zin van artikel 86. Evenmin als het verweerschrift bevat de beschikking een gemotiveerde uiteenzetting van de redenen waarom die mededingingsbeperkingen misbruiken in de zin van artikel 86, sub a en b, van het Verdrag vormen.
- 1168 Volgens verzoeksters is de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van 16 maart 2000, CEWAL (reeds aangehaald in punt 595 supra), voor deze problematiek niet relevant. In die conclusie (punten 28 en 35) bespreekt de advocaat-generaal immers niet de kwestie van de verwijzing naar de in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag gevolgde redenering ter motivering van de vaststelling van een misbruik in de zin van artikel 86, maar de vraag of de Commissie, om het bestaan vast te stellen van de economische banden die voor een collectieve beoordeling noodzakelijk zijn, zich kan baseren op feiten die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen opleveren.
- 1169 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, is van oordeel dat de bestreden beschikking op al die punten voldoende met redenen is omkleed, en concludeert derhalve tot afwijzing van de middelen en argumenten van verzoeksters desbetreffend.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 1170 In de hier besproken middelen en argumenten stellen verzoeksters, dat in de bestreden beschikking niet wordt aangegeven, waarom de voorwaarden voor de

uitoefening van de bevoegdheid tot het sluiten van conference-dienstencontracten in strijd zijn met artikel 86 van het Verdrag. Verder stellen zij, kort samengevat, dat de Commissie rechtens onvoldoende motiveert, waarom de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, enerzijds een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag opleveren en anderzijds niet objectief gerechtvaardigd zijn.

- 1171 Aangaande, in de eerste plaats, het argument inzake ontbreken van motivering met betrekking tot de onrechtmatigheid van de voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten, is in de punten 1106 en 1107 supra al vastgesteld, dat wat de conference-dienstencontracten betreft, het eerste misbruik volgens de bestreden beschikking hierin bestaat, dat de partijen bij de TACA op die contracten sommige van de voorwaarden van artikel 14, lid 2, van de TACA-overeenkomst hebben toegepast, te weten, volgens punt 556 van de considerans van de beschikking, die betreffende het verbod van voorwaardelijke bedingen, de looptijd van dienstencontracten, het verbod van meervoudige contracten en de hoogte van strafbedingen.
- 1172 Anders dan verzoeksters betogen, wordt in de beschikking dus niet vastgesteld, dat het enkele feit dat de voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid ter zake van conference-dienstencontracten collectief zijn bepaald, op zichzelf een misbruik is, maar uitsluitend dat de toepassing van bepaalde van die in de TACA-overeenkomst gestelde voorwaarden misbruik oplevert.
- 1173 Dit argument van verzoeksters is derhalve zonder voorwerp.
- 1174 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de Commissie niet heeft aangegeven waarom de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, onrechtmatig zijn. Zij verwijten de Commissie, in de beschikking niet de redenen te hebben vermeld waarom die praktijken onder artikel 86 van het Verdrag vallen, maar in plaats daarvan weer gebruik te hebben gemaakt van de redenen op grond waarvan zij de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op die praktijken had uitgesloten.

- 1175 Vooraf zij opgemerkt, dat verzoeksters blijkens de uitdrukkelijke bewoordingen van hun verzoekschrift enkel schending van artikel 190 van het Verdrag stellen, in die zin dat de bestreden beschikking gebrekkig is wegens ontbrekende of ontoereikende motivering. Anders dan verzoeksters ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht te verstaan hebben gegeven, is het daarom niet aanvaardbaar dat verzoeksters in het hier besproken middel de Commissie tevens een verkeerde motivering op dat punt verwijten. Een dergelijk argument, dat tegen de materiële wettigheid van de bestreden beschikking is gericht en daarmee de schending van een rechtsregel inzake de toepassing van het Verdrag betreft, mag niet worden verward met het daarvan onderscheiden middel ontleend aan ontbrekende of ontoereikende motivering, dat de schending van wezenlijke vormvoorschriften betreft (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald in punt 746 supra, punt 67). Voorzover een op verkeerde motivering gebaseerd middel eventueel uit de bewoordingen van de repliek kan worden afgeleid, moet het derhalve als nieuw middel krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 1176 Om de gegrondheid van het middel van verzoeksters te beoordelen, behoeft in casu dus enkel te worden onderzocht of de bestreden beschikking op het punt van de onrechtmatigheid van de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, toereikend met redenen is omkleed.
- 1177 Volgens artikel 6 van het dispositief van de bestreden beschikking is het eerste misbruik hierin gelegen, dat de partijen bij de TACA overeen zijn gekomen beperkingen op te leggen met betrekking tot het aangaan en de inhoud van dienstencontracten. Zoals in de punten 1106 en 1107 supra aangeduid, komt dit misbruik volgens de punten 551 tot en met 558 van de considerans van de beschikking met betrekking tot individuele dienstencontracten tot uiting in het absolute verbod van dergelijke contracten in 1994 en 1995 en, nadat zij vanaf 1996 waren toegestaan, de toepassing van door de TACA collectief bepaalde voorwaarden en het aan elkaar bekendmaken van de condities, en met betrekking tot conference-dienstencontracten in de toepassing van door de TACA collectief bepaalde voorwaarden.

1178 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat, anders dan verzoeksters betogen, de Commissie voor de motivering van de onrechtmatigheid van die praktijken niet teruggrijpt op de motivering, in de punten 487 tot en met 502 van de considerans, van haar weigering om voor dezelfde praktijken een individuele ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen. In punt 551 van de considerans van de beschikking, waarop verzoeksters hun bewering van „hergebruik” baseren, verklaart de Commissie enkel het volgende:

„Het belang van dienstencontracten voor de verladers is in overwegingen 122 tot en met 126 en 472 tot en met 476 reeds nader beschreven. De TACA-partijen hebben onderling afgesproken een aantal beperkingen op de inhoud van dienstencontracten in te voeren en zijn in het verleden overeengekomen dat zij geen individuele dienstencontracten zullen sluiten. Deze beperkingen hadden onder meer tot doel de prijsconcurrentie uit te schakelen (zie overweging 479). Deze beperkingen worden uitvoeriger beschreven in overwegingen 487 tot en met 502.”

1179 Blijkens de bewoordingen van de laatste zin van dit punt van de considerans heeft de verwijzing naar de punten 487 tot en met 502 van de considerans geen betrekking op de motivering van de weigering van een individuele vrijstelling, maar op de „uitvoerige beschrijving” van de binnen de TACA afgesproken beperkingen op de inhoud van dienstencontracten. Het betoog van verzoeksters over „hergebruik” is derhalve alleen al hierom ongegrond.

1180 Evenwel moet nog worden onderzocht, of de bestreden beschikking een aparte motivering met betrekking tot de onrechtmatigheid van de omstreden praktijken bevat.

1181 Dienaangaande zij erop gewezen, dat de Commissie in punt 553 van de considerans van de beschikking overweegt, dat een overeenkomst om beperkingen inzake de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten in te voeren, neerkomt op een weigering om diensten te verlenen anders dan op onbillijke

voorwaarden, en op een beperking van het aanbod van vervoerproducten, waardoor een dergelijke overeenkomst onder de toepassing van artikel 86, sub a en b, van het Verdrag valt. Ten aanzien van het verbod van individuele dienstencontracten stelt de Commissie vervolgens in punt 554 van de considerans vast, dat dat verbod tot gevolg had, dat de partijen bij de TACA in 1995 geen diensten wilden verstrekken „die aangepast waren aan de behoeften van de individuele klanten, overeenkomstig de individuele mogelijkheden van elke zeevervoerder”, waardoor „de verladers de mogelijkheid werd ontnomen om gebruik te maken van eventuele bijkomende diensten die de afzonderlijke TACA-partijen hadden kunnen aanbieden”. Met betrekking tot de toepassing van zekere door de partijen bij de TACA collectief bepaalde voorwaarden op individuele (vanaf 1996) en conference-dienstencontracten, verklaart de Commissie in hetzelfde punt van de considerans, dat „de TACA-partijen hebben geweigerd in het kader van een dienstencontract zee- en inlandvervoerdiensten aan verladers te verstrekken, behalve onder bepaalde voorwaarden die door de TACA-partijen gezamenlijk waren vastgesteld”. Een opmerking van gelijke strekking is in punt 555 van de considerans te vinden.

- 1182 Uit een en ander blijkt dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft overwogen, dat de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, het karakter van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag hebben, omdat zij onbillijk zijn en de levering van vervoerproducten beperken, in zoverre zij om de in de punten 554 en 554 van de considerans van de beschikking uiteengezette redenen beperkingen stellen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten.
- 1183 Een dergelijke motivering, die vermeldt om welke van de door artikel 86 van het Verdrag verboden misbruiken het gaat, en preciseert om welke redenen de betrokken praktijken dat misbruik opleveren, verschaft de verzoeksters voldoende gegevens om na te gaan of de beschikking gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid ervan kan worden betwist, en stelt de gemeenschapsrechter in staat de wettigheid van de beschikking te toetsen (arrest Van Megan Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51).
- 1184 De bestreden beschikking is ter zake derhalve naar de eis van het recht met redenen omkleed.

- 1185 Bijgevolg moet het middel desbetreffend worden afgewezen.
- 1186 Wat ten slotte de motivering betreft met betrekking tot de vraag of de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, objectief te rechtvaardigen zijn, zij erop gewezen dat, wanneer de Commissie vaststelt dat een onderneming misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, het volgens de rechtspraak in voorkomend geval aan de betrokken onderneming staat het haar verweten misbruik op grond van concrete omstandigheden te rechtvaardigen (arrest Hof van 13 juli 1989, Tournier, 395/87, Jurispr. blz. 2521, punt 38).
- 1187 In casu hebben verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niets aangevoerd wat kon dienen ter rechtvaardiging van het misbruik met betrekking tot de dienstencontracten, dat de Commissie hun in de mededeling van punten van bezwaar had verweten.
- 1188 In samenhang met de eerbiediging van de motiveringsverplichting kan de Commissie er thans uiteraard geen verwijt van worden gemaakt, dat zij in de bestreden beschikking geen standpunt heeft bepaald ten aanzien van elementen die niet vóór de vaststelling van die beschikking, doch eerst in het kader van de onderhavige beroepen naar voren zijn gebracht (in die zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punten 426 en 427).
- 1189 Het middel van verzoeksters desbetreffend moet derhalve worden afgewezen.

3. Conclusie betreffende het eerste misbruik

¹¹⁹⁰ Uit het voorgaande volgt, dat de middelen en argumenten van verzoeksters ter zake van het eerste misbruik slechts kunnen worden aanvaard in zoverre zij betrekking hebben op het feit, dat de partijen bij de TACA elkaar op de hoogte hebben gesteld van het bestaan van dienstencontracten en van de inhoud ervan. Voor het overige dienen deze middelen en argumenten te worden afgewezen.

¹¹⁹¹ Mitsdien moet artikel 6 van het dispositief van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, voorzover het van toepassing is op de praktijk van de partijen bij de TACA om elkaar op de hoogte te houden van het bestaan en de inhoud van dienstencontracten, en bijgevolg ook artikel 7 van dat dispositief, voorzover het verzoeksters gelast die praktijk onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan te onthouden van elke gedraging die hetzelfde of een gelijkaardig doel of gevolg heeft.

B — Tweede misbruik: onrechtmatige wijziging van de mededingingsstructuur van de markt

¹¹⁹² Tegen de beoordelingen in de bestreden beschikking met betrekking tot het tweede misbruik voeren verzoeksters vier groepen middelen en argumenten aan. De eerste groep betreft het bewijs van de praktijken waarin het tweede misbruik bestaat; de tweede groep betreft het merkelijke gevolg van die praktijken, de derde groep betreft de duur ervan, en de vierde groep, ten slotte, betreft de vraag of zij aan Hanjin en Hyundai kunnen worden toegerekend.

1. Het bewijs van de praktijken waarin het tweede misbruik bestaat

a) Argumenten van partijen

i) Inleidende opmerkingen

1193 Verzoeksters merken op dat het tweede misbruik in de bestreden beschikking volledig is gebaseerd op de vaststelling, dat de TACA twee maatschappijen, Hanjin en Hyundai, actief heeft gestimuleerd zich bij de conference aan te sluiten.

1194 In haar verweerschrift komt de Commissie echter met een nieuw argument, te weten, dat naast de gebeurtenissen rond de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de TACA (die slechts illustratief zouden zijn), verzoeksters een „beleid” hebben gevoerd dat erop gericht was de mededinging te neutraliseren, en blijkt hebben gegeven van hun „wil” stimulansen te verschaffen om de marktstructuur te veranderen.

1195 Verzoeksters betogen dat artikel 86 van het Verdrag niet op dergelijke situaties van toepassing is en dat het arrest Europemballage en Continental Can/Commissie (reeds aangehaald in punt 779 supra), waarop de Commissie zich in de punten 559 en 560 van de considerans van de beschikking baseert, geen precedent is voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op het beleid of de wil van de leden van de TACA. Zolang er geen bewijs is dat er op een nieuwkomer ongeoorloofde druk is uitgeoefend om lid van de conference te worden, moet men aannemen dat de betrokkene op grond van zijn eigen beoordeling van zijn commerciële belangen besloten heeft zich erbij aan te sluiten. Anders dan het geval is bij een fusie, waarop bovengenoemd arrest betrekking heeft, behouden de partijen bij een lijnvaartconference hun vrijheid om elkaar te

beconcurreren (op het gebied van de prijzen of anderszins) en om de conference met inachtneming van de contractuele opzegtermijn te verlaten. Indien de toetreding van nieuwe leden tot de conference de mededingingsstructuur ernstig zou aantasten, heeft de Commissie de bevoegdheid de groepsvrijstelling met toepassing van artikel 7 en/of artikel 8 van verordening nr. 4056/86 in te trekken.

- 1196 Verzoeksters wijzen er nog op, dat de Commissie niet uitlegt, hoe het „beleid” om de mededinging te neutraliseren, en de „wil” om de vervoerders met allerlei prikkels te stimuleren het transatlantische vaargebied als lid van de TACA te betreden, negatieve gevolgen voor de markt heeft gehad. Volgens de rechtspraak van het Hof is misbruik een objectief begrip, dat betrekking heeft op praktijken die schadelijk kunnen zijn voor de consument of die de mededingingsstructuur van de markt kunnen aantasten (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 91; Europemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald in punt 779 supra, punt 26, en 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald in punt 346 supra, punt 70). In ieder geval, aldus verzoeksters, heeft de Commissie niet aangetoond, dat het beleid van de TACA om de mededinging te neutraliseren, enige invloed op de mededingingsstructuur heeft gehad.
- 1197 Verzoekster in zaak T-213/98 merkt op, dat toetredingen tot en uittredingen uit lijnvaartconferenties niets bijzonders zijn. De analyse van de Commissie op dit punt kan tot gevolg hebben dat, in strijd met de doelstellingen van verordening nr. 4056/86, het aantal leden van conferenties op het huidige niveau wordt „bevroren”. De door het Amerikaanse recht geregelde open conferenties zijn echter verplicht iedereen als lid aan te nemen, terwijl ook gesloten conferenties volgens artikel 1, lid 1, van de Unctad-codex open moeten staan voor nieuwe leden die aan bepaalde objectieve voorwaarden voldoen.
- 1198 Verzoekster verwijt de Commissie in wezen, dat zij in de bestreden beschikking niet duidelijk heeft aangegeven, welke gedraging precies misbruik oplevert.

Artikel 5 van de beschikking kan men zo lezen, dat het misbruik bestaat in de toelating van Hanjin en Hyundai als lid van de TACA, ofwel in de maatregelen van verzoeksters om die twee maatschappijen te stimuleren lid van de TACA te worden, ofwel in het een én het ander.

1199 In het eerste geval is er volgens verzoekster sprake van een principiële fout van de Commissie, omdat het niet zo kan zijn, dat een conference enerzijds wettelijk verplicht is elk nieuw lid te accepteren, en anderzijds, wanneer zij dat doet, zich schuldig maakt aan misbruik. Verzoekster herinnert eraan dat conferences, om hun stabiliserende rol overeenkomstig verordening nr. 4056/86 te kunnen vervullen, over een marktaandeel van voldoende omvang van moeten beschikken. Wat de feiten betreft, betoogt verzoekster, dat de toetreding van maatschappijen als Hanjin en Hyundai de mededinging niet merkbaar heeft kunnen aantasten, daar hun gezamenlijk marktaandeel nauwelijks meer dan 1 % bedroeg. Uit het feit dat door de toetreding van die twee maatschappijen een „bron van mededinging” was weggenomen (punt 566 van de considerans), kan de Commissie bovendien niet de conclusie trekken, dat de TACA erop uit was de prijsconcurrentie uit te schakelen. Verzoekster wijst er nog op, dat nadien onafhankelijke maatschappijen op de markt zijn verschenen.

1200 Met betrekking tot het tweede geval preciseert verzoekster om te beginnen, dat dit logischerwijs onderstelt, dat de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de TACA op zich geen voorwaarde voor de vaststelling van misbruik is. In dit geval, zo meent verzoekster, heeft de Commissie verzuimd uit te leggen, hoe de marktstructuur door de gestelde stimulansen is aangetast. De Commissie hecht overigens geen enkel belang aan de vorm waarin die stimulansen zijn gegoten. In elk geval, zo de maatregelen van lijnvaartconferences om nieuwkomers te stimuleren lid te worden, misbruiken zouden zijn, dan vraagt verzoekster zich af, hoe conferences het aantal van hun leden kunnen vergroten, terwijl zij toch hun leden en de sector in het algemeen de in verordening nr. 4056/86 bedoelde voordelen opleveren.

1201 In het derde geval, aldus verzoekster, zijn zowel de met betrekking tot het eerste als met betrekking tot het tweede geval gemaakte opmerkingen van toepassing.

- 1202 In repliek herhaalt verzoekster de argumenten van de andere verzoeksters betreffende de wijziging door de Commissie van de aard van het tweede misbruik. Zij betoogt, dat de Commissie geen enkel detail vermeldt ter zake van het beleid of de wil van de partijen bij de TACA om de mededinging uit te schakelen, en geen enkel stuk overlegt waarmee zij haar stelling zou kunnen staven. Verzoekster verklaart dat zij nooit een dergelijk beleid of een dergelijke wil heeft gehad en dat zij iets eerder tot de TACA is toetreden dan Hanjin. De nieuwe stelling van de Commissie, zo besluit verzoekster, moet hoe dan ook worden verworpen, om de eenvoudige reden dat het niet om het in artikel 5 van de bestreden beschikking bedoelde misbruik gaat.
- 1203 De Commissie beklemtoont dat het aan verzoeksters verweten tweede misbruik zeer ernstig is, want wat ermee werd beoogd, was de uitschakeling van de potentiële concurrentie door de potentiële concurrenten te stimuleren als lid van de TACA tot de markt toe te treden. De Commissie preciseert, dat de gebeurtenissen rond de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de conference slechts een illustratie zijn van het beleid van de partijen van de TACA. In de bestreden beschikking worden andere voorbeelden genoemd van stimulering van potentiële concurrenten, en niet alleen Hanjin en Hyundai, door de TACA, te weten contracten met een tweeledige tariefstructuur en het feit dat de vroegere structurele TAA-leden niet concurreerden om dienstencontracten met NVOCC's (punt 565 van de considerans). Dus ook indien verzoeksters wisten aan te tonen dat de conference Hanjin en Hyundai niet heeft gestimuleerd om zich bij de TACA aan te sluiten, zou dat niet volstaan om de vaststelling in de beschikking van het tweede misbruik te weerleggen.
- 1204 De Commissie betoogt dat de open-conferencedoctrine de leden van een conference niet belet de FMC te vragen om een ontheffing van de verplichting iedereen als lid te accepteren, wanneer het nieuwe lid niet van plan is eigen schepen in het vaargebied te exploiteren. Bovendien, in het licht van de Unctad-codex inzake lijnvaartconferenties legt de Commissie verordening nr. 4056/86 aldus uit, dat zij gesloten lijnvaartconferenties toelaat (zonder ze verplicht te stellen). Een van de gronden nu waarop volgens de codex een nieuw lid kan worden geweigerd, is dat het geen eigen schepen inzet. Aangezien artikel 7, lid 1, van de TACA-overeenkomst de tekst van de Unctad-codex letterlijk overneemt om de toelatingsvoorwaarden voor nieuwe leden te omschrijven, acht de Commissie het relevant erop te wijzen, dat de nieuwe partijen bij de TACA, zoals Hyundai en Hanjin, het vaargebied zonder het inzetten van eigen tonnage hebben betreden.

- 1205 In elk geval meent de Commissie, dat de open-conferencedoctrine in casu niet relevant is, omdat in de bestreden beschikking niet wordt vastgesteld, dat de partijen bij de TACA zich aan misbruik schuldig hebben gemaakt door nieuwe leden toe te laten. Men kan zich gevallen voorstellen waarin een conference een zo sterke positie inneemt, dat elke vergroting van haar ledental een misbruik kan vormen, maar zo'n geval doet zich hier niet voor. In de beschikking wordt immers uitsluitend vastgesteld, dat de gedraging van de partijen bij de TACA er specifiek op gericht was, potentiële concurrentie af te wenden door lijnvaartmaatschappijen die anders zelfstandig geopereerd zouden hebben, te verlokken om lid van de TACA te worden. Deze strategie doet denken aan die van de tweeledige tariefstructuur die in de zaak TAA in het geding was.
- 1206 De ECTU betoogt, dat het verhinderen of vertragen van de toegang van onafhankelijke concurrenten een van de ergste vormen van misbruik van een machtspositie is, aangezien de mededingingsstructuur hierdoor wordt aangetast en het ontstaan van een effectieve mededinging wordt belet.
- 1207 De benadering van de Commissie komt volgens de ECTU overeen met de rechtspraak van de communautaire rechterlijke instanties. In het arrest Euro-pemballage en Continental Can/Commissie (reeds aangehaald in punt 779 supra) overwoog het Hof, dat een gedraging die tot een versterking van een machtspositie leidt, onder het verbod van artikel 86 van het Verdrag valt, omdat zij de structuur van een daadwerkelijke mededinging kan aantasten. Volgens het Hof is het niet van belang, welke middelen en procedures de heersende onderneming daartoe aanwendt. In de arresten CEWAL hebben het Hof en het Gerecht die beginselen ook bevestigd bij de toepassing van de mededingingsvoorschriften op het zeevervoer (arresten van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 595 supra, punten 112-114, en 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punten 106 en 107).
- 1208 Dat de betrokken gedraging niet tot een extra vergroting of zelfs tot een verkleining van het marktaandeel van de overheersende onderneming leidt, is zonder belang (arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568

supra, punt 77). Zonder de onrechtmatige gedraging van de TACA zou de mededinging immers effectiever zijn geweest en zou de positie van de TACA zijn verzwakt. Evenmin is van belang, dat de verladers om sommige van de onrechtmatige praktijken zouden hebben gevraagd (te weten, contracten met een tweeledige tariefstructuur). Nog ervan afgezien dat deze bewering geen feitelijke grondslag heeft, staat het vast dat de omstandigheid dat mededingingsversturende prijzen het resultaat zijn van onderhandelingen die de onderneming met een machtspositie op verzoek van de gebruikers heeft gevoerd, niet als verweer kan gelden wanneer de opzet van misbruik is bewezen [beschikking 91/300/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-D: Natriumcarbonaat — ICI) (PB 1991, L 152, blz. 40)].

- 1209 Interveniente beklemt, dat de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bedoelde vrijstelling een ruime strekking heeft, doordat zij collectieve vaststelling van prijzen voor onbepaalde tijd toelaat. Daarom dient de Commissie de gedragingen van de partijen bij dergelijke gelegaliseerde kartels zorgvuldig te onderzoeken, om zeker te stellen dat te allen tijde aan de voorwaarden voor die vrijstelling wordt voldaan en de partijen hun machtspositie niet misbruiken.

ii) De specifiek op Hanjin en Hyundai gerichte maatregelen

- 1210 Het eerste middel van verzoeksters houdt in, dat in tegenstelling tot wat in de punten 563 en 564 van de considerans van de beschikking wordt vastgesteld, de feiten rond de toetreding van Hanjin en Hyundai tot het transatlantische vaargebied en de contacten tussen de TACA en andere vervoerders over de mogelijke toetreding van die vervoerders tot het vaargebied, niet verenigbaar zijn met de vaststelling van een misbruik, omdat eruit blijkt, dat de leden van de TACA potentiële concurrenten niet hebben gestimuleerd het trans-Atlantische vaargebied als lid van de TACA te betreden.

- 1211 Verzoeksters wijzen erop, dat de leden van de TACA, door Hanjin en Hyundai tot de conference toe te laten, strikt volgens hun verplichtingen krachtens het Amerikaanse recht handelden. Volgens section 5 (b) van de US Shipping Act is de TACA een open conference, die voor nieuwe leden openstaat op basis van de redelijke en niet-discriminerende criteria van artikel 7, lid 1, van de TACA. Tot staving hiervan leggen verzoeksters een verklaring over van een voormalige algemeen adviseur van de FMC, Benner, inhoudende dat deze geen enkel gegeven of precedent kent dat steun biedt aan de verklaring van de Commissie in haar verweerschrift, dat verzoeksters de FMC om toestemming hadden kunnen vragen om een zeevervoerder die in het door de conference bestreken vaargebied geen eigen schepen beoogde te exploiteren, als lid van de conference te weigeren.
- 1212 Met betrekking tot de toetreding van Hanjin betwisten verzoeksters de vaststellingen in de punten 563 en 564 van de considerans van de beschikking, dat Hanjin, „voordat zij partij bij de TACA werd, details heeft gevraagd van „alle relevante documenten en statistieken van de TACA (waaronder tarieven, dienstencontracten, aanloophavens, ladingen en prestaties)’ (brief van Hanjin aan de TACA van 19 augustus 1994)”, en dat „uit de [...] verklaring van het TACA-secretariaat met betrekking tot Hanjin [blijkt] dat er een collectieve bereidheid bestond om Hanjin ‚in staat te stellen’ een marktaandeel op te bouwen dat overeenstemt met haar slot-capaciteit in het vervoer (memo van de TACA van 15 februari 1996)”.
- 1213 Volgens verzoeksters dateren de eerste contacten tussen Hanjin en de TACA van 23 augustus 1994, toen die maatschappij een verzoek om toelating tot de conference indiende. Uit dat stuk blijkt, dat (i) Hanjin’s verzoek om toelating het resultaat was van gesprekken niet met de leden van de TACA, maar met haar partners in het Tricon-consortium (DSR-Senator en Cho Yang Shipping), (ii) in dat verzoek werd uitgegaan van de open-conferencedoctrine overeenkomstig het Amerikaanse recht, (iii) Hanjin’s verzoek om inlichtingen was ingegeven door de noodzaak haar commerciële activiteit voor te bereiden, en (iv) de meeste van de gevraagde inlichtingen openbaar waren. In haar antwoord van 24 augustus 1994 preciseerde het TACA-secretariaat, dat de door Hanjin gevraagde informatie haar

eerst na haar toetreding op 31 augustus 1994 zou worden medegedeeld. Uit dat schrijven blijkt tevens, dat de TACA zich bewust was van haar verplichtingen ingevolge de open-conferencedoctrine overeenkomstig het Amerikaanse recht. Na deze briefwisseling trad Hanjin per 31 augustus 1994 toe tot de TACA, waarna deze haar op 1 september 1994 een exemplaar van het eastbound-tarief toezond, alsook andere informatie in de daaraanvolgende dagen.

- 1214 Op basis van deze gegevens betogen verzoeksters, dat de Commissie in punt 563 van de considerans van de beschikking ten onrechte heeft geconcludeerd, dat het verstrekken van die informatie „een krachtige stimulans voor Hanjin [zal] zijn geweest om [...] tot het transatlantische vaargebied toe te treden”. Uit Hanjin’s brief van 23 augustus 1994 blijkt immers duidelijk, dat haar besluit om lid van de conference te worden, al vaststond. Het is bovendien onlogisch om te oordelen dat een verzoek om inlichtingen van Hanjin een stimulans was om lid van de TACA te worden, zonder na te gaan wanneer en hoe de TACA op dat verzoek heeft gereageerd.
- 1215 Overeenkomstig de open-conferencedoctrine, zo vervolgen verzoeksters, vereiste het Amerikaanse recht trouwens, dat de conference Hanjin over het tarief en de dienstencontracten informeerde. Zij leggen een verklaring van de heer Benner over, volgens welke er naar Amerikaans recht geen rechtsgrond bestaat om een nieuw lid van de conference de deelneming aan bestaande conference-dienstencontracten te ontzeggen. Het is dus volstrekt legitiem, dat een nieuw conferencelid om het soort informatie vraagt waarom Hanjin in haar toelatingsverzoek vroeg.
- 1216 Verzoeksters nemen ter kennis, dat de Commissie lijkt toe te geven dat de conference Hanjin de gevraagde informatie niet vóór haar toetreding tot de conference heeft verstrekt, wanneer zij in haar verweerschrift zegt, dat luidens het schrijven van 24 augustus 1994 de door Hanjin gewenste inlichtingen niet zouden worden verstrekt zolang Hanjin geen partij bij de TACA was.

- 1217 Met betrekking tot de brief van de voorzitter van de TACA aan Hanjin van 30 januari 1996, waarvan een gedeelte in punt 561 van de considerans van de beschikking is weergegeven, beklemtonen verzoeksters, dat waar deze brief 17 maanden na de toetreding van Hanjin tot de conference in augustus 1994 is geschreven, zij logischerwijs geen betrekking kan hebben op de problematiek van Hanjin's komst in het transatlantische vaargebied. In werkelijkheid gaat het in deze brief om acties die Hanjin als lid van de TACA en reeds actief in het transatlantische vaargebied had voorgesteld en die als een bedreiging voor de stabiliserende rol van de conference werden gezien. Genoemde brief betreft dus eerder de expansieplannen van Hanjin als vervoerder in genoemd vaargebied.
- 1218 Tegen die achtergrond moet ook het memo van 15 februari 1996 worden gelezen, dat een vervolg was op de brief van de voorzitter van de TACA van 30 januari 1996. Het memo was door het Britse secretariaat opgesteld met het oog op een bijeenkomst, op 29 februari 1996, van de voorzitter en de directeur van de TACA met bestuurders van Hanjin. In de nota werd gereageerd op het prijsbeleid van Hanjin en werd gewezen op mogelijkheden om in conferenceverband concurrerende prijzen vast te stellen zonder de stabiliserende rol van de conference te ondermijnen. In elk geval zien verzoeksters niet, hoe deze verklaring van het TACA-secretariaat, die ongeveer 17 maanden na de toetreding van Hanjin tot de TACA is geredigeerd, Hanjin gestimuleerd kan hebben die stap te zetten.
- 1219 Wat in de tweede plaats de toetreding van Hyundai betreft, betwisten verzoeksters de vaststelling in punt 564 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de mogelijkheid om onmiddellijk aan de conference-dienstencontracten deel te nemen, „waarschijnlijk een krachtige stimulans [zal] zijn geweest voor Hyundai om als partij bij de TACA tot het transatlantische vaargebied toe te treden”.
- 1220 Verzoeksters betogen, dat Hyundai in verband met haar plannen om haar activiteit tot het transatlantische vaargebied uit te breiden, eerst contact heeft gezocht met een van de TACA onafhankelijke maatschappij en met deze heeft

gesproken over een „slot chartering”-overeenkomst tezamen met een derde, eveneens onafhankelijke maatschappij. Deze onderhandelingen waren op niets uitgelopen, maar kort vóór het afbreken ervan had Hyundai in mei 1995 ook met MSC contact over een charteringovereenkomst opgenomen. Tijdens de onderhandelingen daarover was in juni 1995 de mogelijkheid van Hyundai's toetreding tot de conference ter sprake gekomen (brief van 19 juni 1995). Volgens verzoeksters hadden de eerste contacten van Hyundai met de conference eind juli 1995 telefonisch plaatsgehad. Op 30 augustus 1995 had Hyundai bij de conference geïnformeerd naar de mogelijkheid om tot eind 1995 aan de bestaande conference-dienstencontracten deel te nemen, waarna zij per 11 september 1995 tot de conference was toegetreden. Uit een interne nota van de TACA blijkt, dat Hyundai voor deelneming aan alle conference-dienstencontracten van 1995 had gekozen.

1221 Volgens verzoeksters blijkt uit die stukken, dat (i) Hyundai oorspronkelijk aan het transatlantische verkeer had willen deelnemen via een overeenkomst niet met de TACA, maar met een onafhankelijke maatschappij, (ii) de onderhandelingen daarover zijn mislukt om redenen die niets met de conference van doen hadden, (iii) Hyundai na die mislukking besprekingen met MSC, een lid van de TACA, over een slot-charteringovereenkomst heeft gevoerd, (iv) nadat duidelijkheid over die overeenkomst was verkregen, Hyundai eind juli 1995 contact met de TACA over een eventueel lidmaatschap heeft opgenomen, (v) de overeenkomst met MSC een maand vóór Hyundai's toetreding tot de conference is getekend, (vi) hoewel het toetredingsverzoek van juli 1995 dateerde, Hyundai pas op 30 augustus 1995 voor het eerst de kwestie van haar deelneming aan de conference-dienstencontracten van 1995 te berde heeft gebracht, en (vii) haar toen is geantwoord dat zij gerechtigd was aan die contracten deel te nemen.

1222 Er is dus geen enkel bewijs, dat de conference Hyundai zou hebben aangemoedigd lid van de TACA te worden, of dat zij haar daartoe zou hebben gestimuleerd door haar toegang tot de conference-dienstencontracten te geven. Uit het voorgaande blijkt integendeel, dat de eerste stappen die tot het lidmaatschap hebben geleid, door Hyundai zijn gezet en dat op aanwijzing van Hyundai zelf de TACA haar in de conference-dienstencontracten heeft opgenomen.

- 1223 Bovendien, zo betogen verzoeksters, waren de partijen bij de TACA op grond van het Amerikaanse recht verplicht Hyundai toegang tot de bestaande conference-dienstencontracten te geven. Volgens de open-conferencedoctrine kon de TACA zich op geen enkele grond verzetten tegen de beslissing van Hyundai om vanaf de dag van haar toetreding op gelijke voet met de andere conferenceleden aan de dienstencontracten deel te nemen. Verzoeksters verwijzen hiervoor naar de eerder genoemde verklaring van de heer Benner.
- 1224 Wat in de derde plaats de toetreding van andere potentiële concurrenten betreft, zetten verzoeksters uiteen, dat de United Arab Shipping Company (hierna „UASC”) in juni 1996 wel contact met de TACA heeft gehad met het oog op een eventueel lidmaatschap, maar geen lid van de TACA is geworden en het transatlantische vaargebied niet heeft betreden, terwijl APL nooit contact met de TACA in verband met mogelijke aansluiting heeft opgenomen. In dit verband preciseren zij, dat NOL in 1998 haar lidmaatschap van de conference heeft opgezegd en APL heeft overgenomen. NOL opereert thans onder de naam APL als onafhankelijke maatschappij in het transatlantische vaargebied. Ten slotte herinneren verzoeksters eraan, dat Cosco, Yangming en K Line in februari 1997 het transatlantische vaargebied niet als partij bij de TACA, maar als onafhankelijke maatschappij hebben betreden.
- 1225 Verzoekster in zaak T-213/98 ten slotte ontkent, ooit te hebben meegewerkt aan of kennis te hebben gehad van maatregelen om Hanjin en Hyundai te stimuleren lid van de TACA te worden. Verzoekster herinnert eraan, dat zij zich pas in 1993 bij de TACA heeft aangesloten, dus kort voor de toetreding van Hanjin in 1994. Meer in het bijzonder betwist zij de vaststelling in punt 293 van de considerans van de bestreden beschikking, dat „verschillende regelingen met partijen bij de TACA het [voor haar] mogelijk [hadden] gemaakt tot de markt toe te treden en daar vaste voet te krijgen zonder te worden geconfronteerd met de concurrentie die onder dergelijke omstandigheden normaal te verwachten viel”.
- 1226 Verzoekster betoogt voorts, dat de stelling die de Commissie in haar verweerschrift verdedigt, onaanvaardbaar is, want die stelling zou het in de praktijk onmogelijk maken, dat een conference haar ledenaantal vergroot zonder zich aan

een misbruik schuldig te maken. Zij wijst er daarbij op, dat het bij toetredingsonderhandelingen een normale commerciële praktijk is, dat de partners lokkertjes aanbieden. Verzoekster begrijpt niet, waarom de Commissie, ofschoon verordening nr. 4056/86 de voordelen van lijnvaartconferenties erkent, de conferenties thans verbiedt niet-aangesloten maatschappijen over te halen lid te worden. Het marktaandeel van de TACA is kleiner dan dat van verscheidene andere conferenties en door de toetreding van Hanjin en Hyundai is het maar weinig groter geworden. Met betrekking tot de bewering dat de TACA een marktaandeel voor Hanjin opzij had gezet (punten 533 en 535 van de considerans van de beschikking), merkt verzoekster nog op, dat ook indien dat juist was, het niet als misbruik kan worden aangemerkt, aangezien verordening nr. 4056/86 vrachtverdelingsregelingen toelaat. Er is geen enkele reden waarom een dergelijk voordeel een kandidaat-lid niet vóór zijn toetreding zou mogen worden aangeboden, terwijl het ná zijn toetreding wel mag. Een dergelijke benadering, zo meent verzoekster, zou het onderhandelingsproces enorm bemoeilijken.

- 1227 Antwoordend op de beweringen van de ECTU herhalen verzoeksters, dat er geen enkel bewijs voor is, dat de TACA onafhankelijke maatschappijen zou hebben proberen over te halen zich bij de conference aan te sluiten. Zij merken voorts op, dat de ECTU naar een stuk uit 1992 verwijst voor haar bewering, dat de TACA de bedoeling had onafhankelijke concurrenten uit te schakelen. Zij menen, dat de bestreden beschikking geen vaststelling bevat met de strekking dat de TACA haar machtspositie heeft gehandhaafd.
- 1228 Wat in de eerste plaats de toetreding van Hanjin betreft, houdt de Commissie staande, dat deze maatschappij, die bij geen enkele conference was aangesloten, de relevante markt uiteraard als onafhankelijk vervoerder had kunnen betreden. Anders dan verzoeksters betogen, gaf Hanjin in haar brief van 19 augustus 1994 niet aan, dat zij had besloten lid van de TACA te worden, maar uitsluitend dat zij het relevante vaargebied zou betreden.
- 1229 De brief van de TACA van 24 augustus 1994 bevestigt volgens de Commissie, dat Hanjin op het moment waarop zij om inlichtingen vroeg, haar besluit nog niet

had genomen en dat „andere punten betreffende de toetreding [van Hanjin] besproken moesten worden”. In die brief wordt voorts verklaard, dat de gewenste inlichtingen niet verstrekt zouden worden zolang Hanjin niet tot de TACA was toegetreten. Volgens de Commissie ging het daarbij deels om informatie over de inhoud van bestaande dienstencontracten, de transportvolumes en de prestaties van de partijen bij de TACA, alles vertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie, die Hanjin in staat zou hebben gesteld de meeste cliënten van de TACA te identificeren. Die informatie omvatte meer dan wat een maatschappij die lid van een conference wenst te worden, nodig heeft. De Commissie blijft erbij, dat de wetenschap dat de partijen bij de TACA bereid waren deze gegevens onmiddellijk na haar toetreding mee te delen, voor Hanjin een extra stimulans was om zich bij de conference aan te sluiten.

1230 Uit het memo van 15 februari 1996 blijkt volgens de Commissie van een gezamenlijke bereidheid van de leden van de TACA om marktaandeelen aan Hanjin af te staan. Die gezamenlijke bereidheid was voor Hanjin een stimulans om lid van de TACA te worden. Dezelfde houding valt af te lezen uit de brief van de voorzitter van de TACA van 30 januari 1996. Hoewel die brief van 1996 is, blijft zij relevant doordat er een situatie uit het verleden in wordt beschreven. Anders dan verzoeksters willen, kan de verklaring van de voorzitter van de TACA, dat de conference haar hulp aanbood aan iedere maatschappij die op de markt trachtte door te dringen, moeilijk zo worden begrepen, dat zij niet gold voor maatschappijen die het vaargebied wensten te betreden.

1231 De Commissie is van mening, dat het zelfs voor een lijnvaartconference met groepsvrijstelling geen normale commerciële gedraging is om nieuwkomers zo goed mogelijk in staat te stellen om op kosten van de leden van de conference een marktaandeel te verwerven dat groot genoeg is om hun activiteiten voort te zetten. Voor de TACA had een dergelijke gedraging slechts zin, indien het aan de uitschakeling van potentiële concurrentie verbonden voordeel belangrijker was dan het verlies van marktaandeel.

1232 Wat in de tweede plaats de toetreding van Hyundai betreft, meent de Commissie, dat de omstandigheid dat Hyundai oorspronkelijk een partnerschap met een onafhankelijke maatschappij wilde aangaan, niet afdoet aan het argument, dat de bereidheid van de partijen bij de TACA om dienstencontracten met Hyundai te sluiten, voor deze een sterke stimulans was op het moment waarop zij haar keuze bepaalde. Met betrekking tot de contacten met MSC herinnert de Commissie eraan, dat verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben erkend, dat Hyundai's beslissing om slots van MSC te charteren, samenhang met haar besluit lid van de TACA te worden. De Commissie betwist overigens, dat volgens het Amerikaanse recht alle nieuwe leden van een conference onmiddellijk tot de dienstencontracten moeten worden toegelaten.

1233 Wat in de derde plaats de toetreding van andere maatschappijen betreft, meent de Commissie, dat UASC en APL als potentiële concurrenten hoegenaamd niet met Hanjin en Hyundai vergelijkbaar zijn. Het zou wel verbazingwekkend zijn geweest als UASC en APL na de mededeling van punten van bezwaar in mei 1996 tot de TACA waren toegetreden. De bewijzen die verzoeksters leveren voor de contacten van UASC en APL met de conference, lijken overigens in zoverre onvolledig te zijn als gegevens over het overleg binnen het TACA-secretariaat en tussen het secretariaat en de partijen bij de TACA ontbreken.

iii) De op potentiële concurrenten in het algemeen gerichte maatregelen

— De dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur

1234 Het tweede middel van verzoeksters houdt in, dat de vaststelling van de Commissie in punt 565 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur voor nieuwkomers een stimulans vormden om zich bij de conference aan te sluiten, mank gaat aan feitelijke fouten en beoordelingsfouten.

1235 Verzoeksters betogen, dat het initiatief tot een dienstencontract met twee tariefniveaus in alle gevallen uitging van de verlader die partij was bij het contract, omdat deze verschillen zag in de kwaliteit van dienstverlening van de betrokken vervoerders. Uit punt 450 van de considerans van de beschikking blijkt, dat de Commissie zelf accepteerde dat de verladers verschillende tarieven kregen aangeboden wanneer de kwaliteit van dienstverlening varieerde. Anders dan de Commissie in punt 154 van de considerans van de beschikking verklaart, menen verzoeksters, dat een en ander wordt aangetoond door de briefwisseling tussen verladers en vervoerders tijdens de onderhandelingen over dienstencontracten. De Commissie heeft verzoeksters echter niet om die bewijzen gevraagd en men kan hun niet verwijten dat zij ze niet uit eigen beweging hebben overgelegd, aangezien zij geen enkele reden hadden om te veronderstellen dat de Commissie bezwaren had tegen de wijze waarop de onderhandelingen over de dienstencontracten verliepen. Verzoeksters beklemtonen dat dit punt is besproken tijdens een bijeenkomst met de Commissie op 3 mei 1995 (zes maanden voor de toetreding van Hyundai), zonder dat de Commissie toen kritiek heeft geuit.

1236 In elk geval betwisten verzoeksters, dat de contracten met tweeledige tariefstructuur voor potentiële concurrenten een stimulans zijn geweest om zich bij de conference aan te sluiten. Slechts een minderheid van de conference-dienstencontracten bevatte dubbele tarieven, tussen verzoeksters bestonden geen voorafgaande afspraken over de partijen aan wie de verladers de lagere tarieven zouden betalen, en er bestond geen voorafgaande afspraak over de omvang van het verschil tussen de tarieven.

1237 Verzoeksters merken op, dat tijdens de inbreukperiode enkel Hanjin en Hyundai tot de TACA zijn toetreden. De bestreden beschikking bevat echter geen enkel bewijs, dat de conference-dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur voor deze twee maatschappijen een stimulans zijn geweest om lid van de TACA te worden.

1238 Wat Hanjin betreft, bevat bovenbedoelde briefwisseling niet de minste aanwijzing in die zin. Bovendien vertegenwoordigt de vracht die door Hanjin op basis van

dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur is vervoerd, slechts 5,5 % respectievelijk 6,9 % van het totaal van de door haar in 1995 en 1996 op basis van dienstencontracten vervoerde vracht.

- 1239 Met betrekking tot Hyundai blijkt uit het bewijsmateriaal dat, toen deze maatschappij vóór haar toetreding naar het bestaan van dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur informeerde, haar duidelijk te verstaan is gegeven, dat binnen de TACA alle vervoerders gelijk zijn en gelijke rechten en verplichtingen hebben (brief van 8 september 1995). Verder volgt uit een e-mail van 2 oktober 1996 van het TACA- secretariaat, op het moment van Hyundai's toetreding, dat in het geval dat de dienstencontracten dubbele tarieven bevatten, Hyundai het hoogste tarief zou toepassen. Ten slotte wijzen verzoeksters erop, dat de vracht die door Hyundai op basis van dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur is vervoerd, slechts 7 % respectievelijk 14,7 % vertegenwoordigt van het totaal van de door haar in 1995 en 1996 op basis van dienstencontracten vervoerde vracht.
- 1240 Overigens verbazen verzoeksters zich erover, dat de ECTU zich in het geheel niet uitlaat over het bewijsmateriaal dat verzoeksters hebben overgelegd om aan te tonen, dat het de verladers waren die om contracten met tweeledige tariefstructuur vroegen.
- 1241 De Commissie blijft bij wat zij in de punten 565 en 152 van de considerans van de bestreden beschikking heeft vastgesteld, te weten dat in 1995 bijna een derde van alle conference-dienstencontracten dubbele tarieven bevatte.
- 1242 Volgens de Commissie trachten verzoeksters het belang van de dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur te minimaliseren door de dienstencontracten met de NVOCC's in hun berekeningen op te nemen. De traditionele leden van de conference waren echter maar zelden partij bij dienstencontracten met

NVOCC's in 1996 (en in het geheel niet in 1995). Het was dus niet nodig er een dubbel tarief in op te nemen. Het feit dat een minderheid van de conference-dienstencontracten dubbele tarieven bevatte, is hoe dan ook irrelevant. Verladers konden een dienstencontract met enkel tarief met een of meer leden hebben, en een ander contract met een ander tarief met een of meer andere leden. Een contract met dubbel tarief was dan niet nodig.

1243 Uit haar analyse van de dienstencontracten van 1995 blijkt volgens de Commissie, dat het verschil tussen de twee tarieven in de meeste gevallen 50 of 100 USD bedroeg. Aangezien de contracten door de conference werden goedgekeurd, is het argument van verzoeksters, dat er geen voorafgaande afspraak over de grootte van het verschil bestond, irrelevant.

1244 De Commissie herhaalt, dat er geen enkel bewijs is voor de bewering dat het initiatief tot contracten met dubbel tarief van de verladers uitging. Het voortgezette gebruik van dubbele tarieven was haar pas duidelijk geworden toen zij om een afschrift van de dienstencontracten had gevraagd. In elk geval schijnen de meeste van de door verzoeksters genoemde verzoeken betrekking te hebben op de verlenging van contracten met dubbele tarieven van het voorgaande jaar en niet op de opneming van die clause in een nieuw contract. Volgens de Commissie zou het wel iets buitengewoons zijn, als de contracten met tweeledige tariefstructuur uitsluitend de overhand hadden omdat in de ogen van de verladers de kwaliteit van de dienstverlening door de partijen bij de TACA uiteenloopt.

1245 Waar verzoeksters stellen, dat die contracten voor Hyundai en Hanjin geen stimulans waren om lid van de TACA te worden, wijst de Commissie erop, dat bedoelde contracten maar één aspect van de door de TACA geboden stimulansen waren. In 1995 werd 68,5 % van de totale door Hanjin op basis van dienstencontracten vervoerde vracht onder een contract met dubbel tarief of een contract met een NVOCC vervoerd. Het overeenkomstige cijfer voor Hyundai in dat jaar was 73 %.

— De dienstencontracten met NVOCC's

- 1246 Het derde middel van verzoeksters houdt in, dat de vaststelling van de Commissie in de punten 150 en 565 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de vroegere structurele leden van de TAA niet concurreerden om dienstencontracten met NVOCC's, niet door de feiten wordt gestaafd.
- 1247 Vooraf merken verzoeksters op, dat de Commissie niet duidelijk maakt op basis waarvan zij in voetnoot 53 van de beschikking Cho Yang, DSR-Senator, MSC, Hanjin, POL, Tecomar en TMM als vroegere niet-structurele leden van de TAA beschouwt.
- 1248 Voor het overige betogen verzoeksters, dat de bestreden beschikking niet het minste bewijs bevat van het bestaan van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de traditionele leden van de conference om de dienstencontracten met NVOCC's aan de vroegere onafhankelijke maatschappijen over te laten. De Commissie baseert zich uitsluitend op een vergelijking tussen het door de vroeger onafhankelijke leden van de TACA in het kader van dienstencontracten met NVOCC's verrichte vervoer en het vervoer door de traditionele leden van de TACA. De brief van 28 december 1995 van POL aan Hanjin kan volgens verzoeksters niet dienen tot het bewijs, dat de dienstencontracten met NVOCC's door de traditionele leden van de conference aan nieuwkomers en de vroegere onafhankelijke maatschappijen werden overgelaten, aangezien het een brief van een vroeger onafhankelijke maatschappij aan een nieuwkomer betreft.
- 1249 Het besluit om NVOCC-vracht te vervoeren, is een eenzijdig besluit van elk van de verzoeksters afzonderlijk. Verzoeksters verwijzen hiervoor naar de uitleg die zij de Commissie tijdens de administratieve procedure hebben verschaft en die in voetnoot 55 van de beschikking wordt weergegeven.

- 1250 Terwijl in 1994 en 1995 de traditionele conferenceleden (met uitzondering van Hapag-Lloyd) hun vervoersactiviteit op de vracht van eigenaren/verladers concentreerden, zijn vanaf 1996 bijna alle verzoeksters NVOCC-vracht gaan vervoeren. Zo hebben de traditionele conferenceleden in 1996 en 1997 respectievelijk 22 % en 29 % van de totale NVOCC-vracht vervoerd. Volgens verzoeksters heeft de Commissie geen geheel van serieuze, nauwkeurige en overeenstemmende aanwijzingen voor het bestaan van voorafgaande onderlinge afstemming weten aan te voeren en heeft zij niet aangetoond dat onderlinge afstemming de enige plausibele verklaring is voor hun vrachtvervoer voor de NVOCC's.
- 1251 De Commissie, hierin ondersteund door de ECTU, merkt op, dat verzoeksters in hun verzoekschrift impliciet hebben erkend dat de traditionele leden van de conference in 1994 en 1995 niet om dienstencontracten met de NVOCC's concurreerden.
- 1252 De Commissie voegt hieraan toe, dat verzoeksters de dienstencontracten met NVOCC's, waarom het in de bestreden beschikking gaat, op één hoop proberen te gooien met de NVOCC-vracht in het kader van het tarief. Uit de bewijsstukken blijkt, dat de maatschappijen die vroeger onafhankelijk van de TACA waren, in 1996 94,7 % van de totale NVOCC-vracht op basis van conference-dienstencontracten hebben vervoerd. Aangezien de waarde van de transatlantische markt van de NVOCC's in 1995 meer dan 300 miljoen USD bedroeg, is het onwaarschijnlijk dat de traditionele conferenceleden eenzijdig hadden besloten dat het niet de moeite loonde daarmee voort te gaan. Een en ander toont volgens de Commissie aan, dat de contracten met de NVOCC's aan de niet-traditionele leden en de nieuwkomers op de markt werden overgelaten.
- 1253 Wat de door verzoeksters genoemde commerciële redenen betreft, begrijpt de Commissie, dat de traditionele leden van de TACA niet om de vracht van de NVOCC's concurreerden omdat zij deze als concurrenten beschouwden. Verzoeksters maken echter niet duidelijk, waarom diezelfde leden thans een aanzienlijk gedeelte van de onder dienstencontracten met NVOCC's vallende

lading vervoeren, en hun toelichtingen zijn dan ook volstrekt ongeloofwaardig. Volgens de Commissie hebben de traditionele leden van de TACA hun commerciële beleid gewijzigd wegens de maatregelen van de Commissie om de gevolgen van de mededingingsversturende praktijken van de partijen bij de TACA tegen te gaan.

- 1254 Ten slotte herinnert de Commissie aan de brief van 28 december 1995 van POL aan Hanjin over de dienstencontracten met de NVOCC's, weergegeven in punt 180 van de considerans van de bestreden beschikking. Deze brief betrof niet een zuiver bilaterale kwestie tussen POL en Hanjin, maar maakte duidelijk dat alle de NVOCC's betreffende aangelegenheden uiterst delicaat en gevoelig waren en in harmonie binnen de TACA moesten worden behandeld, collectief en zonder enig individualisme, teneinde geen afbreuk te doen aan de in de loop van de jaren zo zorgvuldig opgebouwde positie van de groep. Volgens de Commissie kan men hier niet in lezen, dat het ging om een probleem dat niet de conference in haar geheel raakte.

b) Beoordeling door het Gerecht

- 1255 Alvorens over te gaan tot het onderzoek van de middelen betreffende het bewijs van de praktijken waarin het tweede misbruik bestaat, zij eraan herinnerd, dat de Commissie in artikel 5 van het dispositief van de bestreden beschikking vaststelt, dat de TACA haar machtspositie heeft misbruikt „door de mededingingsstructuur van de markt zodanig te wijzigen, dat de machtspositie van de TACA wordt versterkt”.
- 1256 In punt 562 van de considerans van de beschikking overweegt de Commissie, dat „de bedoeling van de partijen bij de TACA [was] ervoor te zorgen dat potentiële concurrenten die de markt wensten te betreden, dit uitsluitend zouden doen na te

zijn toegetreden tot de TACA". In punt 563 van de considerans stelt zij vervolgens vast, dat de partijen bij de TACA „maatregelen hebben genomen om deze potentiële concurrenten te helpen met succes tot de markt toe te treden als partijen bij de TACA". Punt 566 van de considerans luidt:

„Elk van deze handelingen zou een stimulans kunnen zijn geweest voor potentiële concurrenten om als partij bij de TACA, en niet als onafhankelijke vervoerder tot het transatlantische vaargebied, toe te treden. Voorzover het bestaan van potentiële concurrentie een beperking van de marktmacht van de TACA betekende (theorie van de betwistbare markt), zou het wegnemen van deze bron van concurrentie een tweeledig effect hebben gehad: verdwijning van de potentiële concurrentie en versnelde uitschakeling van de huidige concurrentie. Naar het oordeel van de Commissie heeft dit gedrag, waarvan in het verzoek om een vrijstelling geen melding was gemaakt, de mededingingsstructuur van de markt aangetast en levert het een misbruik op van de collectieve machtspositie van de TACA-partijen in 1994, 1995 en 1996.”

1257 In dit verband legt de Commissie in de punten 563 tot en met 565 van de considerans van de beschikking de vinger op specifieke stimulansen voor Hanjin en Hyundai, alsmede op algemene stimulansen voor alle potentiële concurrenten. De eerstgenoemde bestaan in de mededeling van vertrouwelijke informatie betreffende de TACA aan Hanjin, de collectieve bereidheid van de partijen bij de TACA Hanjin toe te staan een met haar slot-capaciteit overeenkomend markt-aandeel in het vaargebied te verwerven, en de onmiddellijke deelname van Hyundai aan de conference-dienstencontracten (punten 563 en 564 van de considerans). De algemene stimulansen bestaan in het afsluiten van een groot aantal dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur en in het feit dat de vroegere structurele leden van de TAA niet concurreren om bepaalde dienstencontracten met NVOCC's.

1258 In de thans te bespreken middelen betwisten verzoeksters zowel de specifieke stimulansen voor Hanjin en Hyundai als de algemene stimulansen voor alle potentiële concurrenten.

i) De specifieke stimulansen voor Hanjin en Hyundai

1259 Verzoeksters menen, kort samengevat, dat de Commissie de feiten rond de toetreding van Hanjin en Hyundai verkeerd heeft beoordeeld. In de eerste plaats stellen zij, dat de partijen bij de TACA ingevolge het Amerikaanse recht verplicht waren Hanjin en Hyundai als lid toe te laten, en in de tweede plaats, dat zij Hanjin en Hyundai niet hebben gestimuleerd zich bij de TACA aan te sluiten, maar dat die maatschappijen zelf hadden besloten om toelating te verzoeken.

— De verplichtingen ingevolge het Amerikaanse recht

1260 Verzoeksters beklemtonen dat de TACA met de opneming van Hanjin en Hyundai in de conference strikt volgens haar verplichtingen ingevolge het Amerikaanse recht heeft gehandeld. Overeenkomstig section 5 (b) van de US Shipping Act is de TACA een openconference, waarbij nieuwe leden zich kunnen aansluiten op basis van de redelijke en niet-discriminerende criteria van artikel 7, lid 1 van de TACA-overeenkomst.

1261 Dit middel is gebaseerd op de premisse, dat de partijen bij de TACA in de bestreden beschikking wordt verweten, door het toelaten van nieuwe leden tot de conference hun collectieve machtspositie te hebben misbruikt.

1262 Het is juist dat, volgens de rechtspraak, wanneer een onderneming met een machtspositie deze positie verder uitbouwt totdat zij zo sterk is, dat de mededinging substantieel wordt verhinderd, dat wil zeggen dat er nog slechts ondernemingen overblijven die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming, dit een misbruik van die machtspositie kan opleveren in de

zin van artikel 86 van het Verdrag (arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald in punt 779 supra, punt 26). Zoals de Commissie in haar memories terecht opmerkt, is het dan ook niet uitgesloten, dat het toelaten van nieuwe leden door een lijnvaartconference met een machtspositie onder omstandigheden op zichzelf een misbruik vormt.

1263 Het is echter niet dát misbruik dat in de bestreden beschikking wordt vastgesteld. Zoals eerder vermeld, blijkt uit de punten 562 tot en met 566 van de considerans van de beschikking — en dit is door de Commissie bevestigd in haar memories en in haar antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting —, dat het in die beschikking geconstateerde tweede misbruik niet bestond in de aansluiting zelf van enkele potentiële concurrenten bij de TACA tussen 1994 en 1996, maar in de maatregelen die de partijen bij de TACA hadden getroffen om die potentiële concurrenten te stimuleren tot de TACA toe te treden. De beschikking verwijt de partijen bij de TACA dus, zich te hebben gedragen op een wijze die specifiek tot doel had potentiële concurrentie af te wenden door het lidmaatschap van de TACA aantrekkelijk te maken voor lijnvaartmaatschappijen die de markt anders als met de conference concurrerende zelfstandige vervoerder zouden hebben betreden.

1264 In punt 576 van de considerans van de beschikking verklaart de Commissie bovendien uitdrukkelijk, dat „deze beschikking ziet op bepaalde stappen van de TACA-leden om potentiële concurrenten ertoe aan te zetten als TACA-lid tot de markt toe te treden [, doch zij] ziet niet op en doet derhalve geen afbreuk aan de mogelijkheid van lijnvaartconferenties, waarvan de activiteiten binnen de draagwijdte van de groepsvrijstelling op basis van artikel 3 van verordening (EEG) nr. 4056/86 vallen, om nieuwe leden toe te laten onder dezelfde voorwaarden als bestaande leden of de mogelijkheid van de leden van dergelijke lijnvaartconferenties om informatie uit te wisselen die nodig is voor [...] de activiteiten die binnen de draagwijdte van die groepsvrijstelling vallen”.

1265 Hieruit volgt, dat de partijen bij de TACA in de bestreden beschikking niet wordt verweten nieuwe leden tot de conference te hebben toegelaten, maar uitsluitend bepaalde maatregelen te hebben genomen om de betrokkenen tot aansluiting bij de conference te stimuleren.

- 1266 Terwijl verzoeksters in het hier besproken middel betogen, dat het Amerikaanse recht hen verplichtte nieuwe leden voor de conference te accepteren, betogen zij daarentegen niet, dat dat recht hen verplichtte maatregelen te nemen om de betrokkenen tot aansluiting te stimuleren.
- 1267 De argumenten die in het kader van dit middel aan het Amerikaanse recht zijn ontleend, zijn dus irrelevant en moeten derhalve worden afgewezen.

— Het bewijs van de op Hanjin en Hyundai gerichte maatregelen

- 1268 Verzoeksters betogen, dat de partijen bij de TACA Hanjin en Hyundai niet hebben gestimuleerd zich bij de conference aan te sluiten. Zij zijn van oordeel, dat wat dit punt betreft, het geconstateerde misbruik niet naar de eis van het recht is bewezen.
- 1269 Vaststaat dat Hanjin en Hyundai per 31 augustus 1994 respectievelijk 11 september 1995 tot de TACA zijn toetreden.
- 1270 Vóór hun toetreding tot de TACA waren Hanjin en Hyundai niet in het transatlantische vaargebied aanwezig. Zij waren als zeevervoerder actief in andere vaargebieden, niet als leden van een lijnvaartconference, maar als onafhankelijke maatschappijen. In punt 563 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie door verzoeksters onweersproken vast, dat verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar in de zaak TAA, naar Hanjin en Hyundai verwezen als onafhankelijke reders die op de partijen bij de TAA een „aanzienlijke concurrentiedruk” uitoefenden door te dreigen tot het vaargebied van de TAA toe te treden.

- 1271 In de beschikking kon de Commissie dus met recht vaststellen, dat Hanjin en Hyundai een bron van potentiële concurrentie voor de partijen bij de TACA waren, daar zij, als onafhankelijke maatschappijen in andere vaargebieden, het transatlantische vaargebied konden betreden zonder zich bij de TACA aan te sluiten. Nu Hanjin en Hyundai toch lid van de TACA zijn geworden, moet dus worden vastgesteld, dat de bron van potentiële concurrentie die zij vormden, daardoor is uitgeschakeld.
- 1272 Doch zoals in punt 1265 supra aangeduid, is het in de bestreden beschikking geconstateerde tweede misbruik niet gelegen in het feit dat Hanjin en Hyundai tot de TACA zijn toegetreden, maar in het feit dat de partijen bij de TACA maatregelen hebben genomen om hen te stimuleren lid van de conference te worden in plaats van het transatlantische vaargebied als onafhankelijke maatschappij te betreden.
- 1273 Om te bepalen of de Commissie met recht heeft vastgesteld, dat de uitschakeling van potentiële concurrentie als gevolg van de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de TACA door een onrechtmatige gedraging van de partijen bij de TACA teweeg is gebracht, moet derhalve worden onderzocht, of zij in de bestreden beschikking naar de eis van het recht heeft aangetoond, dat de partijen bij de TACA maatregelen hebben getroffen die erop gericht waren, Hanjin en Hyundai te stimuleren tot de conference toe te treden.

De toetreding van Hanjin tot de TACA

- 1274 In de bestreden beschikking overweegt de Commissie, dat Hanjin door de partijen bij de TACA is gestimuleerd tot de conference toe te treden, enerzijds, volgens punt 563 van de considerans, doordat haar vertrouwelijke gegevens uit documenten en statistieken van de TACA werden meegedeeld, en anderzijds, volgens punt 564 van de considerans, door de collectieve bereidheid van de partijen bij de TACA om haar in staat te stellen een marktaandeel op te bouwen dat

overeenstemde met haar slot-capaciteit in het vaargebied. Volgens dezelfde punten van de considerans wordt het bestaan van die stimulansen naar het oordeel van de Commissie aangetoond door de brief van Hanjin aan de TACA van 19 augustus 1994 en het memo van de TACA van 15 februari 1996.

- 1275 In punt 187 supra, aan het einde van het onderzoek van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, is echter al vastgesteld dat de Commissie, door de brief van Hanjin van 19 augustus 1994 en het memo van de TACA van 15 februari 1996 te gebruiken, de rechten van de verdediging heeft geschonden en dat deze belastende stukken derhalve niet als bewijsmiddel kunnen dienen.
- 1276 Aangezien het verwijt dat de TACA door middel van voornoemde maatregelen Hanjin heeft gestimuleerd tot de conference toe te treden, volledig op die twee stukken is gebaseerd, zoals de Commissie in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting heeft bevestigd, dient de bestreden beschikking, voorzover het dit verwijt betreft, derhalve te worden geacht niet door enig bewijs te worden geschraagd.
- 1277 Indien de Commissie die op Hanjin gerichte stimulansen zou willen bewijzen met de brief van de TACA van 30 januari 1996, waarnaar in punt 561 van de considerans van de beschikking in algemene termen wordt verwezen, moet wederom worden vastgesteld dat deze brief, waar het gebruik ervan om de redenen uiteengezet bij het onderzoek van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, met die rechten in strijd was, niet als bewijsmiddel kan dienen.
- 1278 In zoverre het tweede misbruik erin bestaat, dat de partijen bij de TACA specifieke maatregelen hebben genomen om Hanjin te stimuleren tot de conference toe te treden, is het bijgevolg niet naar de eis van het recht bewezen.

- 1279 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat, anders dan de Commissie betoogt, de brief van Hanjin van 19 augustus 1994 noch het memo van de TACA van 15 februari 1996 aantoont, dat de toetreding van Hanjin tot de TACA niet het resultaat was van een autonome beslissing van deze maatschappij, maar van voornoemde maatregelen van de partijen bij de TACA.
- 1280 Wat in de eerste plaats de brief van 19 augustus 1994 betreft, stelt de Commissie in punt 563 van de considerans van de beschikking vast, dat Hanjin in die brief „details heeft gevraagd van alle relevante documenten en statistieken van de TACA (waaronder tarieven, dienstencontracten, aanloophavens, ladingen en prestaties)”. De Commissie overweegt vervolgens, dat „het vrijgeven van dergelijke gegevens, waarvan een belangrijk deel waardevolle vertrouwelijke zakengeheimen (identiteit van klanten, producten, prijzen, transportschema's) zijn en die niet noodzakelijk zijn voor een lijnvaartonderneming om toe te treden tot een lijnvaartconferentie die actief is op een terrein dat binnen een groepsvrijstelling valt, [...] waarschijnlijk een krachtige stimulans voor Hanjin [zal] zijn geweest om als partij bij de TACA, en niet als onafhankelijke vervoerder tot het transatlantische vaargebied toe te treden”.
- 1281 Om de juistheid van deze beoordeling te toetsen, moet in de eerste plaats worden bedacht, dat Hanjin in de brief van 19 augustus 1994 om toelating tot de TACA verzocht. In dat verband deelde zij de TACA mee, dat zij met het oog daarop een „slot chartering”-overeenkomst met haar partners in het Tricon-consortium, DRS-Senator en Cho Yang, had gesloten, zodat zij geen eigen schepen behoefde in te zetten, maar gebruik kon maken van reeds beschikbare capaciteiten. Zij gaf de TACA daarom in overweging, de vereiste aanmelding bij de Commissie en de FMC te verrichten, en stelde tevens enkele vragen in verband met haar toetreding.
- 1282 De Commissie kan niet staande houden, dat Hanjin in die brief uitsluitend blijkt geeft van haar bedoeling om de transatlantische markt te betreden en niet om lid van de TACA te worden. Het moge juist zijn, dat de „slot chartering”-over-

eenkomst met DSR-Senator en Cho Yang de mogelijkheid niet uitsloot dat Hanjin als onafhankelijke maatschappij in het transatlantische vaargebied zou gaan opereren, maar de bewoordingen van de door verzoeksters overgelegde briefwisseling betreffende Hanjin's toetreding tot de TACA laten niet de conclusie toe, dat Hanjin op het moment dat zij de brief van 19 augustus 1994 verzond, voor dat alternatief had gekozen. In die brief verklaart Hanjin uitdrukkelijk, dat zij wenst toe te treden tot de TACA „in de vorm waarin deze bij de FMC en de Commissie is aangemeld”. Hanjin besluit haar brief met de hoop uit te spreken dat zij een gunstig antwoord zal ontvangen op de in haar „verzoek om toelating” gestelde vragen. Het is ook in deze zin dat de TACA Hanjin's brief heeft begrepen. Bij faxbericht van 24 augustus 1994 bevestigde de TACA de ontvangst van het „verzoek om toelating”, terwijl zij in een brief van dezelfde dag Hanjin in kennis stelde van de verdere procedure. In een tweede fax van 24 augustus 1994 feliciteerde de voorzitter van de TACA Hanjin met haar besluit om lid van de TACA te worden, en verzocht hij haar contact op te nemen met de juridisch adviseur van de TACA met het oog op de aanmelding van haar toetreding bij de bevoegde autoriteiten. Aangezien de brief van 19 augustus 1994 aan de TACA was geadresseerd, is het moeilijk voorstelbaar dat zij bedoeld was om de TACA ervan in kennis te stellen, dat Hanjin de markt als onafhankelijk vervoerder wilde betreden.

1283 Als vaststaand moet derhalve worden aangenomen, dat de brief van 19 augustus 1994 Hanjin's verzoek om toelating tot de TACA behelst.

1284 De Commissie nu heeft niets aangevoerd wat aannemelijk kan maken dat de TACA Hanjin vóór 19 augustus 1994 heeft benaderd. Zo bevat het dossier voor het Gerecht met betrekking tot de toetreding van Hanjin geen enkele brief van vóór die datum, terwijl in de latere briefwisseling niet de minste aanwijzing is te vinden dat Hanjin's toetreding door de TACA zou zijn uitgelokt.

1285 Uit niets blijkt dus dat de partijen bij de TACA Hanjin hebben gestimuleerd tot haar besluit om lid van de TACA te worden.

- 1286 Juist is wel wat de Commissie punt 563 van de considerans van de bestreden beschikking opmerkt, namelijk dat Hanjin in haar brief van 19 augustus 1994 heeft gevraagd om alle relevante documenten en statistieken van de TACA betreffende tarieven, dienstencontracten, aanloophavens, ladingen en prestaties.
- 1287 Dienaangaande zij echter herinnerd aan de verklaring van de Commissie in punt 576 van de considerans, dat de beschikking geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van lijnvaartconferenties waarvan de activiteiten binnen de draagwijdte van de groepsvrijstelling op basis van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallen, om nieuwe leden toe te laten onder dezelfde voorwaarden als bestaande leden of aan de mogelijkheid van de leden van dergelijke lijnvaartconferenties om informatie uit te wisselen die nodig is voor de activiteiten die binnen die groepsvrijstelling vallen. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, zijn in de beschikking immers niet de nieuwe toetredingen tot de TACA op zichzelf in het geding, maar het feit dat de partijen bij de TACA maatregelen hebben genomen om potentiële concurrenten te stimuleren lid van de conference te worden. Zou men er echter van uitgaan, dat de stimulans om tot de TACA toe te treden, juist bestaat in het mededelen van de informatie die voor de uitoefening van onder de vrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallende activiteiten nodig is, dan zou dat betekenen dat het toetreden tot de TACA zelf het misbruik vormt. Dan zou immers de aan de TACA verweten stimuleringsmaatregel hierin bestaan, dat de nieuwe leden van de TACA delen in de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86, die mededingingsbeperkingen toelaat waarvan het uitzonderlijk karakter eerder door het Gerecht is beklemtoond (arrest TAA, punt 146).
- 1288 In casu staat vast, dat Hanjin de in haar brief van 19 augustus 1994 gevraagde informatie na haar toetreding tot de conference heeft gekregen. Uit de brief van de TACA aan Hanjin van 24 augustus 1994, waarvan de inhoud door de Commissie niet wordt betwist, blijkt immers dat Hanjin tijdens een bijeenkomst die na 1 september 1994 heeft plaatsgehadt, kennis van de hier bedoelde gegevens heeft kunnen nemen.
- 1289 Ingevolge artikel 3 van verordening nr. 4056/86 nu genieten de leden van lijnvaartconferenties een groepsvrijstelling voor hun overeenkomsten inzake de bepaling van uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven, alsmede voor

regelingen inzake de coördinatie van de dienstregelingen en de afvaart- en aanloopdata van de schepen, de bepaling van de reis- of aanloopfrequentie, de coördinatie of onderlinge verdeling van de reizen en aanloophavens, de regeling van de door elk van de leden aangeboden vervoerscapaciteit, en de verdeling onder de leden van de vervoerde tonnage of de opbrengsten.

1290 De Commissie legt echter niet uit, in hoeverre de mededeling van de door Hanjin gevraagde informatie betreffende het tarief, de dienstencontracten, de aanloophavens, de ladingen en de prestaties niet noodzakelijk was voor de uitoefening van de onder artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallende activiteiten en dus niet vereist was om het voor Hanjin mogelijk te maken onder dezelfde voorwaarden als de bestaande leden tot de conference toe te treden. Zonder dat informatie betreffende het tarief wordt medegedeeld, kan echter geen overeenkomst inzake de bepaling van uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven tot stand komen. In punt 99 van de considerans van de beschikking wordt overigens vastgesteld dat het tarief wordt gepubliceerd. Evenzo onderstellen overeenkomsten inzake de coördinatie van dienstregelingen en de frequentie of verdeling van aanloophavens, dat de leden van de conference elkaar op de hoogte stellen van bepaalde gegevens inzake de aanloophavens. Het mededelen van informatie betreffende dienstencontracten, ladingen en prestaties teen slotte lijkt noodzakelijk te zijn om overeenkomsten inzake de regulering van de vervoerscapaciteit of de verdeling van vervoerde tonnage of opbrengsten te kunnen sluiten.

1291 Daarbij moet met betrekking tot dienstencontracten nog worden opgemerkt dat, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, de bestreden beschikking de partijen bij de TACA niet verbiedt conference-dienstencontracten te sluiten. Voor zijn deelneming aan dergelijke contracten dient een nieuw lid van de TACA uiteraard toegang tot de informatie desbetreffend te hebben.

1292 De Commissie heeft derhalve niet naar de eis van het recht aangetoond, dat de mededeling van vertrouwelijke informatie door de partijen bij de TACA aan Hanjin bedoeld was als stimulans om die maatschappij ertoe te bewegen zich bij

de conference aan te sluiten, door haar toegang te geven tot informatie die niet noodzakelijk is voor de uitoefening van onder de groepsvrijstelling vallende activiteiten.

1293 De middelen van verzoeksters betreffende dit punt moeten bijgevolg gegrond worden verklaard.

1294 Wat vervolgens het TACA-memo van 15 februari 1996 betreft, stelt de Commissie in punt 564 van de considerans van de beschikking vast, dat hieruit bleek van een collectieve bereidheid „om Hanjin in staat te stellen een marktaandeel op te bouwen dat overeenstemt met haar slot-capaciteit in het vervoer”. Volgens de Commissie heeft „[e]en dergelijke bereidheid van de TACA-partijen [...] het commerciële risico van de intrede op een nieuwe markt waarschijnlijk aanzienlijk vermindert en kan [zij] derhalve voor Hanjin een stimulans geweest zijn om als partij bij de TACA tot het transatlantische vaargebied toe te treden”.

1295 Opgemerkt zij evenwel, dat het TACA-memo van 15 februari 1996, dat van meer dan 17 maanden na Hanjin's toetreding tot de TACA dateert, geen betrekking heeft op die toetreding, maar op mogelijke oplossingen voor een conflict tussen de TACA en Hanjin als lid van de conference.

1296 Uit het dossier voor het Gerecht blijkt, dat dat memo volgde op een brief van de TACA van 30 januari 1996 aan Hanjin, waarin de voorzitter van de TACA, de heer Rakkenes, zich bezorgd toonde over initiatieven van die maatschappij op het gebied van de prijzen in het transatlantische vaargebied. In die brief gaf de voorzitter aan Hanjin te kennen, dat een prijzenoorlog „de grondslagen waarop de TACA is gebouwd, kan vernietigen”, en stelde hij voor, op korte termijn een

ontmoeting met de bestuurders van Hanjin te hebben. Hij besloot zijn brief met de volgende passage (zie de punten 292 en 561 van de considerans van de bestreden beschikking):

„Zoals ik aan alle betrokken rederijen die proberen tot de markt toe te treden heb gezegd: kom alstublieft met mij praten en wij zullen al het mogelijke doen om u te helpen uw doel te bereiken.”

¹²⁹⁷ Naar uit het dossier voor het Gerecht blijkt, vond een ontmoeting tussen Hanjin en de TACA op 13 februari 1996 plaats.

¹²⁹⁸ Het doel van het TACA-memo van 15 februari 1996 was blijkens de bewoordingen ervan het voorbereiden van een nieuwe bijeenkomst met Hanjin op 29 februari 1996. In dat memo stelde het Britse TACA-secretariaat vast, dat Hanjin, die in 1995 een klein marktaandeel in het transatlantische vaargebied had gehad, een groot aantal zelfstandige acties had ondernomen, waaraan paal en perk moest worden gesteld om de stabiliteit van de prijzen in het betrokken vaargebied te handhaven. Met het oog daarop doet het Britse TACA-secretariaat de conference onder meer de volgende aanbevelingen:

„1. Hanjin aanmoedigen, en haar tegelijkertijd de verzekering geven dat de andere vervoerders op dezelfde manier zullen worden aangemoedigd, om een commerciële oplossing op tafel te leggen voor gemeenschappelijke discussie en een gezamenlijk besluit. Op die manier worden [zelfstandige acties] een laatste redmiddel in plaats van een prioritair actiemiddel.

2. Alle vervoerders aanmoedigen en overtuigen om gezamenlijk een weg te vinden om Hanjin in staat te stellen een marktaandeel op te bouwen dat met haar slot-capaciteit in het vaargebied overeenkomt, zonder een schadelijke kettingreactie uit te lokken.
3. Als zelfstandige acties nog noodzakelijk zijn, moet Hanjin worden aangemoedigd middelen en methoden te vinden om ze op smallere basis op te zetten, teneinde het distorsie-effect te minimaliseren, en om de inlandtoeslagen en bijkomende kosten afzonderlijk te vermelden.
4. Hanjin te verstaan geven, dat wanneer zij met haar zelfstandige acties doorgaat, zij de druk op de andere vervoerders, die op hetzelfde dienstenniveau concurreren en dezelfde marktsegmenten bedienen, alleen maar zal opvoeren om hetzelfde te doen en hun activiteit te versterken. Dat zal tot een complete ineenstorting van het TACA-tarief leiden.”

1299 Uit het voorgaande volgt, dat de collectieve bereidheid van de partijen bij de TACA om Hanjin in staat te stellen een met haar slot-capaciteit in het vaargebied overeenkomend marktaandeel te verwerven, geen verband houdt met haar toetreding tot de conference. Op een vraag desbetreffend heeft de Commissie ter terechtzitting erkend, dat er geen verband bestaat tussen het TACA-memo van 15 februari 1996 en de toetreding van Hanjin.

1300 Bovendien vormt het TACA-memo van 15 februari 1996 geen bewijs van het bestaan van een blijvende collectieve bereidheid van de partijen bij de TACA om Hanjin al bij haar toetreding tot de conference een bepaald marktaandeel toe te wijzen. De omstandigheid dat aan de bereidheid om Hanjin in staat te stellen zich een marktaandeel te verwerven, meer dan 17 maanden na haar toetreding uitdrukking werd gegeven teneinde een conflict binnen de TACA op te lossen, toont voldoende aan, dat die bereidheid vóór dat conflict niet bestond, althans niet op het moment waarop Hanjin tot de conference toetrad. De Commissie kan

1300 dus niet staande houden, zoals zij ter terechtzitting heeft gedaan, dat het TACA-memo van 15 februari 1996 licht werpt op de algemene situatie rond de brief van Hanjin van 19 augustus 1994, waarin die maatschappij om toelating tot de conference verzocht.

- 1301 Hetzelfde geldt voor de brief van de TACA van 30 januari 1996. Zoals eerder vermeld, werd die brief immers in dezelfde context verzonden als waarin het memo van 15 februari 1996 werd opgesteld. Dus zelfs indien de algemene bewoordingen van een afzonderlijke passage van die brief eventueel zouden kunnen doen geloven, dat de voorzitter van de TACA bereid was derden te helpen tot de conference toe te treden, valt bij gebreke van elke andere concrete aanwijzing in die zin er redelijkerwijs niet uit af te leiden, dat de partijen bij de TACA hun potentiële concurrenten, zoals Hanjin, stelselmatig tot aansluiting bij de TACA hebben gestimuleerd door middel van maatregelen die hen in staat stelden lid van de conference te worden op andere voorwaarden dan aan de bestaande leden waren aangeboden. Het enkele feit dat de voorzitter van de TACA verklaarde derden te willen helpen om lid van de conference te worden, bewijst immers geenszins, dat de partijen bij de TACA daadwerkelijk collectief maatregelen als in de bestreden beschikking bedoeld hebben genomen om potentiële concurrenten te stimuleren zich bij de TACA aan te sluiten.
- 1302 In elk geval zijn in het kader van de mededingingsregeling van verordening nr. 4056/86 marktverdelingsovereenkomsten tussen de leden van een lijnvaart-conference niet per se verboden. Artikel 3 van die verordening bepaalt immers uitdrukkelijk, dat de groepsvrijstelling ook geldt voor overeenkomsten inzake de regeling van de door elk van de leden aangeboden vervoerscapaciteit en de verdeling van de vervoerde tonnage of de opbrengsten onder de leden.
- 1303 In de bestreden beschikking wordt niet uitgelegd, waarom de collectieve bereidheid van de TACA om een bepaald marktaandeel in het relevante vaargebied aan Hanjin over te laten, niet een overeenkomst is om die maatschappij in staat te stellen op dezelfde voorwaarden als de bestaande leden

tot de conference toe te treden. In punt 576 van de considerans zegt de Commissie zelf, dat de beschikking aan die mogelijkheid geen afbreuk doet, daar zij, gelijk de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, de toetreding van nieuwe leden tot de TACA niet verbiedt. Zo deelneming aan onder de groepsvrijstelling vallende overeenkomsten werd beschouwd als stimulans om tot de TACA toe te treden, dan zou dat, zoals eerder werd opgemerkt, betekenen dat het toetreden tot de TACA zelf het misbruik vormt, omdat de aan de TACA verweten stimuleringsmaatregel dan hierin zou bestaan, dat Hanjin de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 geniet, die mededingingsbeperkingen toelaat waarvan het Gerecht het uitzonderlijk karakter eerder heeft beklemtoond.

1304 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld, dat de Commissie niet naar de eis van het recht heeft aangetoond dat de collectieve bereidheid van de partijen bij de TACA om Hanjin in staat te stellen een bepaald marktaandeel in het relevante vaargebied op te bouwen, bedoeld was als stimulans om die maatschappij ertoe te bewegen, lid van de conference te worden.

1305 De middelen van verzoeksters desbetreffend moeten derhalve gegrond worden verklaard.

De toetreding van Hyundai tot de TACA

1306 In punt 564 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat Hyundai door de partijen bij de TACA is gestimuleerd lid van de conference te worden, doordat zij „als partij bij de [conference-]dienstencontracten [...] [werd] opgenomen, waaraan zij voor haar eerste reis in het vaargebied wenste deel te nemen”. In hetzelfde punt van de considerans zegt de Commissie, dat dat blijkt uit de vergaderingsnotulen PWSC 95/8.

- 1307 In punt 187 supra, aan het einde van het onderzoek van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, is echter al vastgesteld dat de Commissie, door die notulen te gebruiken, de rechten van de verdediging heeft geschonden en dat dit belastende stuk derhalve niet als bewijsmiddel kan dienen.
- 1308 Aangezien het verwijt dat de TACA Hyundai heeft gestimuleerd tot de conference toe te treden door haar onmiddellijk toegang tot de conference-dienstencontracten te geven, volledig op dat ene stuk is gebaseerd, zoals de Commissie in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting heeft bevestigd, dient de bestreden beschikking, voorzover het dit verwijt betreft, derhalve te worden geacht niet door enig bewijs te worden geschraagd.
- 1309 Indien de Commissie genoemde stimulans zou willen bewijzen met de brief van de TACA van 30 januari 1996, waarnaar in punt 561 van de considerans van de beschikking in algemene termen wordt verwezen, moet wederom worden vastgesteld dat deze brief, waar het gebruik ervan om de redenen uiteengezet bij het onderzoek van de aan schending van de rechten van de verdediging ontleende middelen, met die rechten in strijd was, niet als bewijsmiddel kan dienen.
- 1310 In zoverre het tweede misbruik erin bestaat, dat de partijen bij de TACA specifieke maatregelen hebben genomen om Hyundai te stimuleren tot de conference toe te treden, is het bijgevolg niet naar de eis van het recht bewezen.
- 1311 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat, anders dan de Commissie betoogt, de notulen PWSC 95/8 niet aantonen, dat de toetreding van Hyundai tot de TACA niet het resultaat was van een autonome beslissing van deze maatschappij, maar van voornoemde maatregelen van de partijen bij de TACA.

- 1312 Volgens die notulen, zoals weergegeven in punt 230 van de considerans van de beschikking, „[wenste] Hyundai [...] deel uit te maken van de dienstencontracten voor 1995, waaraan thans drie of meer leden deelnemen voor de oostelijke richting, drie of meer leden voor de westelijke richting en drie of meer leden in dienstencontracten voor zowel oostelijke als westelijke richting, tegen tarieven die momenteel op de meerderheid van de leden in dergelijke contracten van toepassing zijn”. Volgens de notulen was dienaangaande bevestigd, dat „stappen waren genomen om de verladers die bij deze dienstencontracten partij zijn, in kennis te stellen van de deelname van Hyundai, die gelijktijdig met de eerste transatlantische reizen van Hyundai van kracht zou worden”. In punt 564 van de considerans van de beschikking komt de Commissie tot het oordeel, dat aangezien „het wijdverbreide gebruik van dienstencontracten een belemmering [kan] vormen voor het betreden van de markt[, d]e onmiddellijke toegang tot dergelijke contracten [...] waarschijnlijk een krachtige stimulans [zal] zijn geweest voor Hyundai om als partij bij de TACA tot het transatlantische vaargebied toe te treden”.
- 1313 Uit het dossier voor het Gerecht, in het bijzonder de briefwisseling rond het tijdstip van Hyundai's toetreding tot de TACA, blijkt dat Hyundai in februari 1995 aanvankelijk het transatlantische vaargebied niet als partij bij de TACA had willen betreden, maar door middel van een „slot chartering”-overeenkomst met een onafhankelijke concurrent van de TACA. Nadat onderhandelingen daarover in mei 1995 waren mislukt, begon Hyundai besprekingen over een „slot chartering”-overeenkomst met MSC, die lid van de TACA was.
- 1314 Onderzocht moet dus worden of, zoals de Commissie beweert, de mislukking van de onderhandelingen met die onafhankelijke maatschappij verband hield met het feit dat de TACA Hyundai, zo deze lid zou worden, de onmiddellijke toegang tot de conference-dienstencontracten in het vooruitzicht had gesteld.
- 1315 Tussen partijen staat vast, dat Hyundai de TACA voor het eerst op 30 augustus 1995 gevraagd heeft naar de mogelijkheid van onmiddellijke toegang tot de conference-dienstencontracten. Blijkens de notulen van een vergadering van de

TACA op 31 augustus 1995 (PWSC 95/7) is dat voorstel, waarvan wordt gepreciseerd dat het „op verzoek van Hyundai” was besproken, op die datum door de TACA goedgekeurd. Van deze goedkeuring nam Hyundai akte bij een aan de TACA geadresseerde fax van 5 september 1995.

- 1316 Als vaststaand kan derhalve worden aangenomen, dat Hyundai, na besprekingen met de TACA voorafgaande aan haar toetreding, er door deze van in kennis is gesteld, dat zij in het geval van toetreding in de conference-dienstencontracten van 1995 zou worden opgenomen.
- 1317 Dit alleen volstaat echter niet als bewijs, dat Hyundai om deze reden tot de TACA is toegetreden.
- 1318 Hyundai had immers al op 17 augustus 1995 een „slot chartering”-overeenkomst met MSC gesloten, na onderhandelingen die zij in mei 1995 met dit TACA-lid was begonnen. Blijkens het dossier was op dezelfde dag een definitief ontwerp van aanmelding van die overeenkomst bij de FMC opgesteld. In hun antwoord op het verzoek om inlichtingen van 8 maart 1996 verklaarden de partijen bij de TACA door de Commissie onweersproken, dat het besluit van Hyundai om een „slot chartering”-overeenkomst met MSC te sluiten, samenhang met haar besluit om tot de TACA toe te treden. Anders dan de Commissie betoogt, is deze omstandigheid niet in strijd met de stelling van verzoeksters, maar bevestigt zij deze juist, want zij geeft aan, dat Hyundai al in mei 1995 had besloten zich bij de TACA aan te sluiten.
- 1319 Bovendien hebben verzoeksters door de Commissie onweersproken verklaard, dat zij met het oog daarop in juli 1995 contact met de TACA hadden opgenomen, toen er duidelijkheid bestond over de voorwaarden van de „slot chartering”-overeenkomst met MSC.

- 1320 Uit de verdere briefwisseling met MSC ten slotte blijkt, dat Hyundai haar al op 22 augustus 1995 liet weten, dat haar verzoek om toelating tegen 30 augustus 1995 aan de TACA zou worden gezonden, waarna MSC toezegde de TACA van dat besluit in kennis te stellen, zodat de voorzitter van de conference zijn juridisch adviseur in Europa opdracht kon geven voor de vereiste aanmeldingen bij de Commissie.
- 1321 Uit een en ander blijkt, dat Hyundai besloot tot de TACA toe te treden op grond van een autonome beslissing ruim voordat de vraag betreffende de onmiddellijke toegang tot de conference-dienstencontracten aan de orde kwam. Toen Hyundai om die onmiddellijke toegang verzocht, had zij immers de „slot chartering”-overeenkomst met MSC, waardoor zij het vaargebied kon betreden zonder nieuwe capaciteiten in te zetten, al ondertekend en alle voor haar toetreding tot de TACA nodige stappen ondernomen.
- 1322 Voor Hyundai's toetreding tot de TACA is derhalve de onmiddellijke toegang tot de conference-dienstencontracten kennelijk niet bepalend geweest.
- 1323 Voorts zij herinnerd aan de verklaring van de Commissie in punt 576 van de considerans van de bestreden beschikking, dat deze geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van lijnvaartconferenties waarvan de activiteiten binnen de draagwijdte van de groepsvrijstelling op basis van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 vallen, om nieuwe leden toe te laten onder dezelfde voorwaarden als bestaande leden. Terwijl de beschikking, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, de partijen bij de TACA niet verbiedt conference-dienstencontracten te sluiten, verzuimt de Commissie duidelijk te maken, waarom Hyundai's toetreding als nieuw lid op dezelfde voorwaarden als de bestaande leden niet toeliet, dat zij onmiddellijk in alle conference-dienstencontracten werd opgenomen en, in het bijzonder, dezelfde voorwaarden genoot als waren aangeboden aan MSC, waarmee zij een „slot chartering”-overeenkomst had gesloten om het vaargebied te kunnen betreden. Daarbij valt nog op te merken, dat Hanjin volgens de brief van 19 augustus 1994 een zelfde verzoek had gedaan als Hyundai, zonder dat de Commissie dat beschouwt als een maatregel om Hanjin te stimuleren lid van de TACA te worden.

- 1324 Daarover ter terechtzitting ondervraagd, betoogde de Commissie, dat Hyundai's toetreding tot de TACA ook in het licht van de brief van de TACA van 30 januari 1996 moest worden gezien. In punt 1301 supra is echter al geconstateerd, dat de Commissie, bij gebreke van elke andere concrete aanwijzing in die zin, uit de algemene bewoordingen van een afzonderlijke passage van die brief, door de voorzitter van de TACA verzonden in het kader van een conflict met Hanjin meer dan 17 maanden na haar toetreding tot de TACA, redelijkerwijs niet kon afleiden, dat de partijen bij de TACA hun potentiële concurrenten, waaronder Hyundai, stelselmatig tot aansluiting bij de TACA hebben gestimuleerd door middel van maatregelen die hen in staat stelden lid van de conference te worden op andere voorwaarden dan aan de bestaande leden waren aangeboden.
- 1325 Gelet op het voorgaande moet derhalve worden vastgesteld, dat de Commissie niet naar de eis van het recht heeft aangetoond dat de partijen bij de TACA Hyundai hebben gestimuleerd tot de conference toe te treden door haar bij haar toetreding onmiddellijk toegang tot de conference-dienstencontracten te verlenen.
- 1326 Uit al het voorgaande volgt dat het tweede misbruik, in zoverre het erin bestaat, dat de partijen bij de TACA specifieke maatregelen hebben genomen om Hanjin en Hyundai te stimuleren tot de TACA toe te treden, niet naar de eis van het recht is bewezen.

ii) De algemene stimulansen voor potentiële concurrenten

- 1327 Met deze middelen en argumenten komen verzoeksters op tegen de beoordelingen in de bestreden beschikking betreffende algemene stimuleringsmaatregelen van de partijen bij de TACA, te weten het sluiten van een groot aantal dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur en het feit dat de vroegere structurele leden van de TAA niet concurreerden om bepaalde dienstencontracten met NVOCC's.

— De dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur

- 1328 Verzoeksters betwisten, kort gezegd, dat de tweeledige tariefstructuur in de dienstencontracten voor Hanjin en Hyundai een stimulans was om tot de TACA toe te treden. Hiervoor voeren zij in de eerste plaats aan, dat die tweeledige structuur op verzoek van de verladers is ingevoerd, in de tweede plaats, dat in de beschikking elk bewijs ontbreekt, dat die maatregel Hanjin en Hyundai heeft gestimuleerd zich bij de TACA aan te sluiten, en in de derde plaats, dat Hanjin en Hyundai slechts aan een klein aantal dienstencontracten van dat type hebben deelgenomen.
- 1329 In punt 565 van de considerans van de bestreden beschikking overweegt de Commissie dat, zoals zij had vastgesteld in de zaak TAA, „het aanbieden van een tweeledige prijsstructuur ten doel en ten gevolge [had] de concurrentie van onafhankelijke reders te beperken door hen tot de conference te doen toetreden. Na het verbieden van de TAA in 1994 zagen de partijen bij de TACA af van de tweeledige prijsstructuur, maar werd wel voortgegaan met het aanbieden van dienstencontracten met hogere prijzen voor traditionele conferenceleden en lagere prijzen voor de traditioneel onafhankelijke vervoerders en voor nieuwe marktdeelnemers.” Volgens de Commissie had dit ertoe geleid, „dat potentiële concurrenten die de markt wensten te betreden, ertoe werden aangezet dit te doen als partij bij de TACA”.
- 1330 De Commissie baseert zich hiervoor op punt 152 van de considerans van de beschikking, naar luid waarvan

„uit een onderzoek van de dienstencontracten van de TACA voor 1995 [blijkt] dat een groot aantal daarvan (ongeveer een derde) een tweeledige tariefstructuur inhoudt in die zin, dat de vroegere ‚niet-structurele’ TAA-leden in hetzelfde dienstencontract lagere tarieven toepassen dan de vroegere ‚structurele’ TAA-

leden. De reductie schommelt tussen 50 en 100 USD per TEU, maar bedraagt in ten minste één geval niet minder dan 150 USD. Deze tweeledige tariefstructuur komt ook voor in de dienstencontracten van de TACA voor 1996 en 1997.”

1331 Ofschoon verzoeksters dus betwisten, dat zijzelf het initiatief tot de tweeledige tariefstructuur in de conference-dienstencontracten hebben genomen of dat die structuur voorkwam in een groot aantal van de door Hanjin en Hyundai gesloten dienstencontracten, ontkennen zij niet, dat tal van de conference-dienstencontracten die tijdens de relevante periode door de partijen bij de TACA werden gesloten, dubbele tarieven bevatten.

1332 In het arrest TAA (punt 163) stelde het Gerecht al vast, dat het werkelijke doel van de instelling van gedifferentieerde prijzen in een geval zoals dat van de TAA was om onafhankelijke vervoerders in de overeenkomst te integreren, die, indien hun niet het recht werd toegekend om lagere prijzen dan de oude conference-leden toe te passen, buiten de conference zouden blijven en concurrentie, meer bepaald prijsconcurrentie, ermee zouden blijven voeren. Volgens het Gerecht bleek dit genoegzaam uit de notulen van een vergadering van toekomstige TAA-leden te Genève (Zwitserland) op 13 januari 1992.

1333 Daarom moet worden onderzocht of, zoals de Commissie stelt, de tweeledige tariefstructuur in de conference-dienstencontracten ook tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode potentiële concurrenten heeft gestimuleerd tot de TACA toe te treden, door hen in staat te stellen de verladere lagere prijzen aan te bieden dan door de oude structurele leden van de conference werden toegepast.

1334 Daarbij moet worden opgemerkt, dat om te kunnen gelden als een maatregel om potentiële concurrenten te stimuleren tot de conference toe te treden, de tweeledige tariefstructuur in dienstencontracten noodzakelijk tot gevolg moet

hebben gehad dat potentiële concurrenten ertoe zijn bewogen, lid van de TACA te worden. Immers, het feit dat een als toetredingsstimulans aangemerkte maatregel geen enkel gevolg in de vorm van toetredingen tot de TACA heeft gehad, zou aantonen dat die maatregel in werkelijkheid geen stimulans was om tot de conference toe te treden.

1335 Zo blijkt de wijziging van de mededingingsstructuur van de markt, waarin het in artikel 5 van het dispositief van de bestreden beschikking geconstateerde tweede misbruik bestaat, voort te vloeien uit het feit dat de stimuleringsmaatregelen van de partijen bij de TACA, waaronder de tweeledige tariefstructuur in dienstencontracten, tot gevolg hadden dat potentiële concurrenten werden gestimuleerd lid van de conference te worden, waardoor tegelijkertijd de door hen gevormde bron van potentiële concurrentie werd uitgeschakeld. In de bestreden beschikking vermeldt de Commissie overigens geen enkel ander gevolg van de in geding zijnde maatregelen.

1336 Ter terechtzitting heeft de Commissie echter betoogd, dat de tweeledige tariefstructuur in de dienstencontracten nog andere gevolgen voor de mededingingsstructuur heeft gehad. Evenals de andere maatregelen in geding zou zij hebben bijgedragen tot het ontstaan van een blijvend gunstig klimaat niet slechts om buitenstaanders aan te sporen zich bij de conference aan te sluiten in plaats van de markt als onafhankelijke maatschappij te betreden, maar ook om de vroegere onafhankelijke vervoerders ertoe te brengen lid van de conference te blijven. Daarenboven, zo beklemtoont de Commissie, hebben de partijen bij de TACA de potentiële concurrentie met de in geding zijnde stimuleringsmaatregelen geneutraliseerd.

1337 Wat het ontstaan van een blijvend gunstig klimaat aangaat, moet echter nogmaals worden opgemerkt, dat tenzij potentiële concurrenten erdoor zijn overgehaald lid van de TACA te worden, de tweeledige tariefstructuur in dienstencontracten niet kan worden geacht die concurrenten te hebben gestimuleerd tot de conference toe te treden. Indien geen enkele potentiële concurrent tot de TACA is toegetreden, ontkomt men niet aan de vaststelling, dat bedoelde maatregel geen daarvoor gunstig klimaat heeft doen ontstaan. In zoverre de Commissie voorts betoogt, dat de maatregelen in geding een gunstig klimaat hebben geschapen om de partijen

bij de TACA binnenboord te houden, kan worden volstaan met op te merken, dat dat kennelijk niet het misbruik is waarom het in de bestreden beschikking gaat: volgens de punten 562 tot en met 566 van de considerans ziet de beschikking immers uitsluitend op maatregelen die bedoeld zijn om potentiële concurrenten te stimuleren lid van de TACA te worden, en niet op maatregelen om de partijen bij de TACA te stimuleren lid van de conference te blijven.

- 1338 Wat de neutralisering van de potentiële concurrentie betreft, moet worden erkend dat wanneer een lijnvaartconference maatregelen neemt om het vermogen van potentiële concurrenten om de markt als onafhankelijk vervoerder te betreden, te beperken, dit een onrechtmatige wijziging van de mededingingsstructuur van de markt kan vormen. Zouden potentiële concurrenten er in een dergelijk geval toch in slagen op de markt door te dringen, dan zou dat op zich niet noodzakelijkerwijs betekenen, dat de gedraging van de conference niet onrechtmatig was. Dat de potentiële concurrent op de markt is doorgedrongen, wil immers niet zeggen dat bedoelde maatregelen geen enkel effect hebben gehad, want zonder die maatregelen zou de concurrent de markt onder andere voorwaarden hebben kunnen betreden. In een dergelijk geval volstaat het feit dat het beoogde resultaat niet is bereikt, dan ook niet om misbruik van machtspositie uit te sluiten (in die zin arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, reeds aangehaald in punt 568 supra, punt 149).
- 1339 De in de bestreden beschikking vastgestelde neutralisering van de potentiële concurrentie is echter niet het gevolg van maatregelen ter beperking van het vermogen van potentiële concurrenten om de markt te betreden, maar van maatregelen die worden aangemerkt als stimulansen om de markt als partij bij de TACA te betreden. Dat het verhoopte resultaat niet is bereikt, vormt in dit geval voldoende bewijs, dat de maatregel in geding geen stimulans is om tot de conference toe te treden, en om bijgevolg het in de beschikking vastgestelde misbruik van machtspositie van de hand te wijzen.
- 1340 Daarom moet worden onderzocht, of de tweeledige tariefstructuur in de conference-dienstencontracten potentiële concurrenten daadwerkelijk ertoe heeft bewogen, tot de TACA toe te treden.

- 1341 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat ondanks het grote aantal door de partijen bij de TACA gesloten dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur enkel Hanjin en Hyundai tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode tot de TACA zijn toegetreden.
- 1342 Voor de meeste potentiële concurrenten van de conference is de maatregel in geding dus geen stimulans geweest om zich bij de TACA aan te sluiten. Daarbij zij er nog op gewezen, dat één potentiële concurrent, UASC, besloten heeft geen lid van de conference te worden, ofschoon zij in 1996 stappen in die richting had ondernomen. Evenzo is in het voorgaande vastgesteld, dat maatschappijen als Cosco, Yangming, K Line, Mitsui en APL, die nadien het relevante vaargebied hebben betreden, zich tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode niet bij de TACA hebben aangesloten.
- 1343 Met betrekking tot Hanjin en Hyundai voert de Commissie in de bestreden beschikking bovendien niets aan waaruit zou blijken, dat die maatschappijen zich bij de TACA hebben aangesloten wegens de stimulans die van de tweeledige tariefstructuur in de dienstencontracten uitging.
- 1344 Zoals hiervóór vastgesteld, laten de stukken in het dossier voor het Gerecht juist niet de conclusie toe, dat de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de TACA niet het resultaat van een autonome beslissing van die maatschappijen was. Met betrekking tot Hanjin moet worden beklemtoond, dat nergens in haar briefwisseling met de TACA betreffende haar toetreding over de tweeledige tariefstructuur in de dienstencontracten wordt gesproken. Wat Hyundai betreft, wordt dit punt weliswaar aangeroerd in een memo van de TACA van 2 oktober 1995, maar volgens dit memo had Hyundai verzocht in het geval van dienstencontracten met een tweeledige tariefstructuur het hoogste tarief te mogen toepassen. Dit is rechtstreeks in tegenspraak met de stelling van de Commissie, dat de vroegere onafhankelijke vervoerders zijn gestimuleerd tot de TACA toe te treden doordat zij de laagste tarieven van de dienstencontracten konden aanbieden. Ter terechtzitting heeft de Commissie erkend, dat zij geen enkele grond had om het memo van 2 oktober 1995 in twijfel te trekken.

- 1345 Verder staat tussen partijen vast, dat Hanjin en Hyundai maar aan een klein aantal dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur hebben deelgenomen. Ofschoon de Commissie beklemtoont, dat Hanjin en Hyundai het grootste gedeelte van hun vracht op basis van dienstencontracten met dubbel tarief of dienstencontracten met NVOCC's hebben vervoerd, betwist zij niet, dat de contracten van het eerste type maar een zeer klein gedeelte vormden van de dienstencontracten waarbij die maatschappijen partij waren.
- 1346 De omstandigheid dat de partijen bij de TACA een groot aantal dienstencontracten met een tweeledige tariefstructuur hadden gesloten, is dus voor Hanjin en Hyundai kennelijk geen stimulans geweest om lid van de conference te worden.
- 1347 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat de Commissie niet naar de eis van het recht heeft aangetoond dat de tweeledige tariefstructuur in de conference-dienstencontracten een stimulans was die potentiële concurrenten ertoe heeft bewogen, tijdens de relevante periode tot de TACA toe te treden.
- 1348 De middelen en argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve gegrond worden verklaard.

— De dienstencontracten met NVOCC's

- 1349 Verzoeksters betwisten, dat de partijen bij de TACA potentiële concurrenten hebben gestimuleerd tot de TACA toe te treden door niet te concurreren om bepaalde dienstencontracten met de NVOCC's.

1350 In punt 565 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat de vroegere structurele leden van de TAA, te weten ACL, Hapag-Lloyd, P&O, Nedlloyd, Sea-Land, Mærsk, NYK en OOCL, zich onthielden van mededinging om bepaalde dienstencontracten met de NVOCC's, waardoor bepaalde ladingen werden voorbehouden aan „de traditioneel onafhankelijke vervoerders en de nieuwe marktpartijen”. Volgens de Commissie heeft dit ertoe geleid, dat „potentiële concurrenten die de markt wensten te betreden, ertoe werden aangezet dit te doen als partij bij de TACA”.

1351 Om de juistheid van deze beoordeling te toetsen, moet eerst worden nagegaan of de Commissie voldoende bewijs heeft geleverd voor het bestaan van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte, de dienstencontracten met de NVOCC's over te laten aan de vroegere onafhankelijke vervoerders die geen structurele leden van de TAA waren, en aan de nieuwe leden van de TACA.

1352 In een brief van POL aan Hanjin van 28 december 1995, zoals weergegeven in punt 180 van de considerans van de bestreden beschikking, gaf eerstgenoemde te kennen:

„[...] alle NVOCC's betreffende aangelegenheden zijn uiterst delicaat en gevoelig. Zij kunnen slechts behoorlijk worden behandeld indien binnen de TACA een perfecte harmonie heerst, en dit collectief, zonder enig individualisme, omdat iedere vorm van onafhankelijk gedrag dit deel van de markt volledig teniet kan doen, welke markt door de groep zo zorgvuldig over de jaren is opgebouwd [...] Wij verzoeken u derhalve vriendelijk dit probleem met POL zodanig op te lossen dat onderlinge concurrentie binnen de TACA wordt vermeden [...]”

1353 Terecht heeft de Commissie in punt 180 van de considerans van de beschikking uit deze brief het bestaan binnen de TACA afgeleid van een „samenwerkingsgeest” met betrekking tot het vervoer van NVOCC-vracht. Anders dan

verzoeksters stellen, is het hierbij kennelijk irrelevant, dat die brief afkomstig is van een vroegere onafhankelijke vervoerder en niet van een traditioneel structureel lid van de conference, aangezien de brief getuigt van het bestaan van een overeenkomst, althans een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de partijen bij de TACA om het vervoer van NVOCC-vracht aan sommigen onder hen voor te behouden.

1354 In punt 150 van de considerans van de beschikking stelt de Commissie bovendien het volgende vast:

„Uit een onderzoek van de dienstencontracten van de TACA voor 1995 blijkt dat een zeer groot aantal dienstencontracten met NVOCC's enkel door die partijen bij de TACA werd gesloten welke voorheen niet-structurele leden van de TAA waren. Deze scheepvaartmaatschappijen waren de vroegere onafhankelijke, niet-conferencemaatschappijen die in het transatlantische verkeer werkzaam waren.”

1355 De gegevens die verzoeksters in het kader van de onderhavige beroepen aanvoeren, weerleggen deze vaststelling van de beschikking niet, maar bevestigen ze juist. Uit de gegevens in het verzoekschrift blijkt immers, dat, afgezien van een in 1994 door Hapag-Lloyd vervoerde verwaarloosbare hoeveelheid, in 1994 en 1995 geen van de structurele TAA-leden vracht onder een dienstencontract met NVOCC's heeft vervoerd. En hoewel Nedlloyd, NYK, OOCL en P&O in 1996 vracht onder dienstencontracten met NVOCC's hebben vervoerd, blijkt uit dezelfde gegevens, dat het daarbij slechts ging om 8,3 % van de door de leden van de TACA in het kader van dat type contracten vervoerde vracht.

1356 In een brief van 3 mei 1995 aan de Commissie zette de juridisch adviseur van de TACA uiteen, dat het gebrek aan belangstelling van de vroegere structurele TAA-leden voor vracht van de NVOCC's het gevolg was van een autonoom commercieel beleid van maatschappijen met een grote verkoopafdeling, een omvangrijke klantenservice en een uitgebreid agentennetwerk.

- 1357 Hoewel dit kan verklaren dat de meeste dienstencontracten met NVOCC's door de vroegere niet-structurele TAA-leden zijn gesloten, die inderdaad kleinere concurrenten in het relevante vaargebied waren, kan het echter geen rechtvaardiging opleveren voor het feit dat dienstencontracten tussen NVOCC's en de vroegere structurele TAA-leden drie jaar lang geheel of nagenoeg geheel ontbreken. De handelswaarde van die vracht in aanmerking genomen, vormt dat gebrek aan belangstelling van de zijde van de vroegere structurele leden van de TAA stellig een aanwijzing voor het bestaan van een overeenkomst of tenminste een onderling afgestemde feitelijke gedraging om de dienstencontracten met NVOCC's voor bepaalde leden van de TACA te reserveren.
- 1358 Gelet op een en ander moet worden erkend, dat de Commissie ervan mocht uitgaan, dat er tussen de partijen bij de TACA een overeenkomst of tenminste een onderling afgestemde feitelijke gedraging bestond om de dienstencontracten met NVOCC's over te laten aan de vroegere onafhankelijke vervoerders die geen structurele TAA-leden waren, en aan de nieuwe leden.
- 1359 Blijft nog te onderzoeken, of die overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging potentiële concurrenten tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode daadwerkelijk heeft gestimuleerd tot de TACA toe te treden. Zoals aangegeven in de punten 1334 tot en met 1339 supra, vormt de omstandigheid dat een als toetredingsstimulans aangemerkte maatregel geen enkele toetreding tot de TACA heeft opgeleverd, het bewijs dat die maatregel in werkelijkheid niet een stimulans was om tot de TACA toe te treden.
- 1360 Welnu, ondanks het feit dat de partijen bij de TACA de dienstencontracten met NVOCC's aan de nieuwe leden van de conference overlieten, hebben enkel Hanjin en Hyundai zich tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode bij de TACA aangesloten.
- 1361 Voor de meeste potentiële concurrenten van de conference is de maatregel in geding dus geen stimulans geweest om zich bij de TACA aan te sluiten. In

- punt 1342 is er dienaangaande al op gewezen, dat één potentiële concurrent, UASC, besloten heeft geen lid van de conference te worden, ofschoon zij in 1996 stappen in die richting had ondernomen. Evenzo is in het voorgaande vastgesteld, dat maatschappijen als Cosco, Yangming, K Line, Mitsui en APL, die nadien het relevante vaargebied hebben betreden, zich tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode niet bij de TACA hebben aangesloten.
- 1362 Met betrekking tot Hanjin en Hyundai voert de Commissie in de bestreden beschikking bovendien niets aan waaruit zou blijken, dat die maatschappijen zich bij de TACA hebben aangesloten wegens de stimulans die uitging van de omstandigheid dat de vroegere structurele TAA-leden niet om de dienstencontracten met NVOCC's concurreerden.
- 1363 Zoals hiervóór vastgesteld, laten de stukken in het dossier voor het Gerecht juist niet de conclusie toe, dat de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de TACA niet het resultaat van een autonome beslissing van die maatschappijen was. Daarbij zij erop gewezen, dat het punt van de deelneming aan dienstencontracten met NVOCC's in geen van de stukken betreffende de toetreding van Hanjin en Hyundai tot de conference wordt aangeroerd.
- 1364 Hoe dan ook moet tenslotte nog worden opgemerkt, dat in het kader van de mededingingsregeling van verordening nr. 4056/86 marktverdelingsovereenkomsten tussen de leden van een lijnvaartconference niet per se zijn verboden. Artikel 3 van die verordening bepaalt immers uitdrukkelijk, dat de groepsvrijstelling ook geldt voor overeenkomsten inzake de regeling van de door elk van de leden aangeboden vervoerscapaciteit en de verdeling van de vervoerde tonnage of de opbrengsten onder de leden.
- 1365 In de bestreden beschikking wordt niet uitgelegd, waarom de omstandigheid dat de vroegere structurele TAA-leden niet om dienstencontracten met NVOCC's concurreerden en daarmee de desbetreffende vracht aan de vroegere onafhanke-

lijke vervoerders die geen structureel lid van de TAA waren, en aan de nieuwe leden van de TACA overlieten, niet een overeenkomst is om laatstgenoemden in staat te stellen op dezelfde voorwaarden als de bestaande leden tot de conference toe te treden. In punt 576 van de considerans van de beschikking zegt de Commissie zelf, dat de beschikking aan die mogelijkheid geen afbreuk doet, daar zij, gelijk de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, de toetreding van nieuwe leden tot de TACA niet verbiedt. Zo deelneming aan onder de groepsvrijstelling vallende overeenkomsten werd beschouwd als stimulan om tot de TACA toe te treden, dan zou dat, zoals eerder werd opgemerkt, betekenen dat het toetreden tot de TACA zelf het misbruik vormt, omdat de aan de TACA verweten stimuleringsmaatregel dan hierin zou bestaan, dat de nieuwe leden de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 genieten, die mededingingsbeperkingen toelaat waarvan het Gerecht het uitzonderlijk karakter eerder heeft beklemtoond.

1366 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie niet naar de eis van het recht heeft aangetoond dat het voorbehouden van dienstencontracten met NVOCC's aan bepaalde partijen bij de TACA een stimuleringsmaatregel was die potentiële concurrenten ertoe heeft bewogen, tijdens de relevante periode tot de TACA toe te treden.

1367 De middelen en argumenten van verzoeksters op dit punt moeten derhalve gegrond worden verklaard.

iii) Conclusie betreffende het bewijs van de maatregelen waarin het tweede misbruik bestaat

1368 Uit al het voorgaande volgt, dat de Commissie niet naar de eis van het recht heeft aangetoond, dat de partijen bij de TACA de potentiële concurrenten door middel van de in de bestreden beschikking genoemde maatregelen hebben gestimuleerd tot de TACA toe te treden.

- 1369 Alleen al om deze reden, en zonder dat het nodig is de andere door verzoeksters met betrekking tot het tweede misbruik aangevoerde middelen te onderzoeken, moet mitsdien artikel 5 van het dispositief van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, en bijgevolg ook artikel 7 van dat dispositief, voorzover het verzoeksters gelast het tweede misbruik onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan te onthouden van elke handeling die hetzelfde doel of gevolg heeft.

IV — Middelen ontleend aan schending van de in verordening nr. 4056/86 geregelde procedure

Argumenten van partijen

- 1370 Verzoekster in zaak T-213/98 verwijt de Commissie in de eerste plaats, inbreuk te hebben gemaakt op de procedurele vereisten van artikel 9 van verordening nr. 4056/86. Het is duidelijk, dat de TACA zowel onderworpen is aan het recht van de Verenigde Staten als aan het gemeenschapsrecht, en in het bijzonder de toetreding van Hanjin en Hyundai is een rechtstreeks gevolg van de eisen die het Amerikaanse recht in verband met het open karakter van een conference stelt. Daar het tweede misbruik erin bestaat, dat de TACA de haar door het Amerikaanse recht opgelegde verplichting om Hanjin en Hyundai als lid te accepteren, is nagekomen, had de Commissie de procedure van artikel 9 van de verordening moeten volgen, alvorens op basis van genoemde verordening een maatregel te treffen — te weten het geven van een beschikking waarin bepaalde gedragingen als misbruik worden gekwalificeerd en geldboeten worden opgelegd — die tot een conflict met het recht van de Verenigde Staten kon leiden.
- 1371 Verzoekster verwijt de Commissie in de tweede plaats, inbreuk te hebben gemaakt op de procedurele vereisten van de artikelen 7 en 8 van verordening nr. 4056/86. Daar de vastgestelde misbruiken uitsluitend bestaan in gedragingen

van conferences die een groepsvrijstelling genieten, had de Commissie, alvorens een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag vast te stellen en in ieder geval alvorens een geldboete op te leggen, de procedure tot intrekking van de vrijstelling overeenkomstig artikel 7 van de verordening moeten volgen. Verzoekster steunt voor haar betoog op de tekst van artikel 8, lid 2, van de verordening, bepalende dat indien de gedragingen van conferences die de vrijstelling genieten, gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag, de Commissie de vrijstelling kan intrekken en alle passende maatregelen kan nemen om een eind te maken aan de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag.

1372 De Commissie houdt deze middelen voor ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

1373 Wat het aan schending van artikel 9 van verordening nr. 4056/86 ontleende middel betreft, beroept verzoekster zich volgens de duidelijke bewoordingen van het verzoekschrift uitsluitend op schending van die bepaling in verband met het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik, maar niet in verband met het eerste misbruik.

1374 Waar in het voorgaande is geconcludeerd dat de bestreden beschikking, voorzover het de vaststelling van het tweede misbruik betreft, moet worden nietig verklaard, behoeft geen uitspraak over dit middel te worden gedaan.

1375 In het middel ontleend aan schending van de artikelen 7 en 8 van verordening nr. 4056/86, betoogt verzoekster, kort samengevat, dat aangezien de in de bestreden beschikking als misbruik aangemerkte praktijken onder de groepsvrij-

stelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 vallen, de Commissie die vrijstelling had moeten intrekken alvorens de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag vast te stellen.

1376 Waar in het voorgaande is geconcludeerd dat de bestreden beschikking, voorzover het de vaststelling van het tweede misbruik betreft, moet worden nietig verklaard, dient het onderhavige middel uitsluitend te worden onderzocht in verband met de vaststelling van het eerste misbruik, met uitzondering evenwel van het uitwisselen van informatie over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten, daar de desbetreffende vaststelling om de in de punten 1151 tot en met 1159 vermelde redenen nietig is verklaard.

1377 De Commissie is gerechtigd de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bedoelde groepsvrijstelling in te trekken wanneer zij in een bijzonder geval vaststelt hetzij, op grond van artikel 7, lid 2, van genoemde verordening, dat de overeenkomsten die voor de vrijstelling in aanmerking komen, gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 3, van het Verdrag, hetzij, op grond van artikel 8, lid 2, van de verordening, dat de gedragingen van de conferences die de vrijstelling genieten, gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag.

1378 Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft beklemtoond, heeft het Hof in zijn arrest van 16 maart 2000, CEWAL (reeds aangehaald in punt 595 supra, punt 136), overwogen dat artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4056/86 geen beperkingen stelt noch kan stellen aan de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen ter zake van schending van artikel 86 van het Verdrag.

1379 De in dat arrest gekozen oplossing had echter geen betrekking op de in artikel 7, lid 2, van verordening nr. 4056/86 bedoelde intrekking en betrof bovendien praktijken waarvoor de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 3 van de verordening duidelijk niet gold, zodat zij niet noodzakelijkerwijze relevant is wanneer de in geding zijnde praktijken binnen het toepassingsgebied van die

vrijstelling vallen (in die zin conclusie van advocaat-generaal Fennelly bij arrest van 16 maart 2000, CEWAL, reeds aangehaald in punt 638 supra, punten 163 en 165).

1380 Het is niet nodig om over deze vraag uitspraak te doen; wel moet in het onderhavige geval worden vastgesteld dat, anders dan verzoekster beweert, geen van de praktijken met betrekking tot dienstencontracten die het eerste misbruik vormen (met uitzondering van het uitwisselen van informatie over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten), voor de groepsvrijstelling in aanmerking kan komen.

1381 De in geding zijnde praktijken met betrekking tot dienstencontracten, zij het het verbod van individuele dienstencontracten, zij het de andere beperkingen ter zake van het bestaan en de inhoud van die contracten, worden immers in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet genoemd bij de overeenkomsten en praktijken die voor de groepsvrijstelling in aanmerking komen. Het is echter vaste rechtspraak dat, gelet op het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde principiële verbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten, afwijkende bepalingen van een groepsvrijstellingsverordening naar hun aard restrictief moeten worden uitgelegd (arrest Peugeot/Commissie, punt 37, en arrest van 8 oktober 1996, CEWAL, punt 48, beide reeds aangehaald in punt 568 supra). Dit geldt a fortiori voor de bepalingen van verordening nr. 4056/86 wegens de onbeperkte geldigheidsduur ervan en het uitzonderingskarakter van de toegestane mededingingsbeperkingen. Dit betekent dat de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet extensief en evolutief mag worden uitgelegd in die zin, dat alle overeenkomsten die door lijnvaartconferenties nuttig of zelfs noodzakelijk worden geacht om zich aan de marktcondities aan te passen, daardoor worden gedekt (arrest TAA, punt 146).

1382 In antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht heeft de Commissie weliswaar bevestigd, dat de bepaling van de en van dienstencontracten niet behoort tot de door de bestreden beschikking op grond van artikel 85 van het Verdrag verboden mededingingsbeperkingen, maar anders dan verzoeksters betogen, kunnen dienstencontracten niet op één lijn worden gesteld met de in artikel 3 van verordening nr. 4056/86 bedoelde overeenkomsten inzake „het

vaststellen van vervoertarieven en -voorwaarden”. Blijkens die bepaling immers kunnen de door de leden van een lijnvaartconference gesloten overeenkomsten inzake de bepaling van vervoertarieven en -voorwaarden slechts voor een groepsvrijstelling in aanmerking komen, indien zij voorzien in de toepassing van „uniforme of gemeenschappelijke vervoertarieven” in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van die verordening (arrest TAA, punten 138-143), hetgeen de toepassing vereist van identieke vrachttarieven door alle leden van de conference ten aanzien van alle verladers (arrest TAA, punten 144, 151 en 155).

- 1383 De tarieven van de dienstencontracten zijn echter niet gelijk voor alle verladers, maar verdelen deze in klassen. Zoals de Commissie door verzoeksters onweersproken in punt 457 van de considerans van de bestreden beschikking beklemtont,

„[...] vormt het tarief bij de dienstencontracten geen onderdeel van de gepubliceerde standaardtarieflijst, maar wordt het veeleer via het onderhandelingsproces tussen de leverancier en de klant op een ad-hocbasis bepaald. Het resultaat van die onderhandelingen is dat de verladers die goederen met dezelfde beschrijving verschepen, niet noodzakelijk dezelfde dienstencontracttarieven betalen. De tarieven voor dienstencontracten zijn verschillend van de lijsttarieven, maar zij verschillen niet op eenvormige wijze. Dit betekent dat het mogelijk is dat, ofschoon alle TACA-partijen aan een bepaalde verlader hetzelfde tarief aanrekenen, de verschillende verladers (van dezelfde categorie goederen) verschillende tarieven betalen [...]”

- 1384 Bovendien waren de tarieven van de door de TACA tijdens de door de bestreden beschikking bestreken periode gesloten conference-dienstencontracten niet voor alle leden van de conference gelijk. Zoals vermeld in punt 1331 supra, staat tussen partijen vast, dat die dienstencontracten twee tarieflijsten van verschillend niveau behelsden en dat de vroegere niet-structurele leden van de TAA in het kader van een zelfde dienstencontract lagere tarieven in rekening brachten dan de vroegere structurele leden van de TAA. Daarbij zij eraan herinnerd, dat het Gerecht reeds heeft beslist dat de groepsvrijstelling van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 niet geldt voor overeenkomsten tussen vervoerders, die in gedifferentieerde tarieven voorzien (arrest TAA, punt 167).

- 1385 Daar de tarieven van de dienstencontracten niet voor alle verladere en in casu zelfs niet voor alle leden van de conferentie gelijk waren, zijn zij niet te beschouwen als prijsvaststellingsovereenkomsten die voor een groepsvrijstelling in aanmerking komen.
- 1386 Aangezien het hier besproken middel op een verkeerde premisse berust, dient het in zijn geheel te worden afgewezen.

V — Middel ontleend aan het ontbreken van een motivering voor het niet in aanmerking nemen van het recht van de Verenigde Staten

Argumenten van partijen

- 1387 Verzoeksters betogen, dat de ingevolge artikel 190 van het Verdrag op de Commissie rustende motiveringsplicht verlangt, dat zij toelicht waarom haar opvatting op sommige gewichtige punten verschilt van die van het Amerikaanse recht zoals neergelegd in de US Shipping Act. Tot staving van dit middel verwijzen verzoeksters naar het arrest van het Hof van 17 januari 1995, Publishers Association/Commissie (C-360/92 P, Jurispr. blz. I-23, punt 44). In dit arrest verklaarde het Hof een beschikking van de Commissie nietig op grond dat deze „geen enkele verklaring [bevatte] die rechtvaardigt waarom de conclusies van de [Britse Restrictive Practices Court] en de door de [Publishers Association] tot staving van haar stelling aangevoerde stukken niet relevant zouden zijn”.
- 1388 Verzoeksters herinneren eraan, dat de TACA-overeenkomst zowel onder het communautaire als onder het Amerikaanse mededingingsrecht valt. Ten aanzien van verscheidene wezenlijke aspecten van de TACA-overeenkomst neemt de

bestreden beschikking echter een andere positie in dan het Amerikaanse recht. In tegenstelling tot dit laatste gaat de beschikking ervan uit, dat de volgende regelingen niet voor een — individuele dan wel collectieve — vrijstelling in aanmerking komen en derhalve verboden zijn: (i) de collectieve bepaling door de leden van de conference van de prijzen van inlandvervoerdiensten in multimodaal kader (punten 400-441 van de considerans), (ii) de bevoegdheid van de conference ter zake van dienstencontracten (punten 442-471 van de considerans), (iii) de door de conferenceregels gestelde beperkingen aan het bestaan en de inhoud van dienstencontracten, in het bijzonder betreffende de looptijd van de contracten, de voorwaardelijke bedingen, het verbod van meervoudige contracten, de hoogte van de strafbedingen en het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten (punten 464, 487-502 en 551-558 van de considerans), (iv) het verbod van individuele dienstencontracten en, wanneer zij zijn toegestaan, de toepassing van de conferenceregels op die contracten (punten 477-486 en 551-558 van de considerans) en het bekendmaken van de condities ervan (punten 498 en 551-558 van de considerans), en (v) de collectieve bepaling van de commissies van makelaars en expediteurs (punten 505-518 van de considerans). Voorts wijzen verzoeksters erop, dat de bestreden beschikking zich voor de vaststelling van een collectieve machtspositie baseert op het feit dat de TACA de naleving van haar voorschriften verzekert door middel van een omvangrijke toezicht- en sanctieregeling (punt 527 van de considerans), een stelsel van gedifferentieerde tarieven toepast (punten 534 en 535 van de considerans) en Hanjin en Hyundai heeft gestimuleerd het relevante vaargebied als lid van de conference en niet als onafhankelijk vervoerder te betreden (punten 563 en 564 van de considerans), terwijl het Amerikaanse recht de conferences juist een toezichthoudende taak toekent, het stelsel van gedifferentieerde tarieven nooit onwettig heeft verklaard en verlangt dat het lidmaatschap van conferences voor elke onderneming en op basis van redelijke en niet-discriminerende criteria openstaat.

1389 Verzoeksters preciseren dat zij niet beweren dat de Commissie aan het Amerikaanse recht gebonden is of het gemeenschapsrecht niet mag toepassen, zoals de Commissie betoogt. Wat zij stellen, is dat de Commissie bij haar beoordeling van de wettigheid van de in geding zijnde praktijken rekening had moeten houden met het standpunt van het Amerikaanse recht en, zo haar standpunt daarvan afweek, uiteen had moeten zetten waarom de Amerikaanse kijk op die praktijken niet relevant was.

1390 In casu gold die verplichting in het bijzonder om de volgende vier redenen.

- 1391 In de eerste plaats vormt de bestreden beschikking het eerste geval van toepassing van het gemeenschapsrecht op dienstencontracten, regelingen inzake de beloning van makelaars en expediteurs en de verplichtingen van lijnvaartconferenties met betrekking tot de toelating van nieuwe leden (arrest Hof van 26 november 1975, *Papiers Peints/Commissie*, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 31). Naar analogie van de beschikking van de president van het Gerecht van 7 juli 1998, *Van den Bergh Foods/Commissie* (T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641), betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op een zelfde praktijk door de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie, gaat het erom, een onderling tegenstrijdige toepassing van het gemeenschapsrecht en het Amerikaanse recht in de onderhavige zaak te voorkomen.
- 1392 In de tweede plaats, aldus verzoeksters, bestaat er in casu een belangrijk verschil van mening tussen de Commissie en de betrokken ondernemingen over vragen die een essentiële rol spelen bij de beoordeling van de in geding zijnde overeenkomst door de Commissie (arrest Gerecht van 15 december 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 97). Verzoeksters hebben de analyse van de Commissie bovendien met tal van verwijzingen naar het Amerikaanse recht bestreden.
- 1393 In de derde plaats is het niet in aanmerking nemen van de beoordelingsverschillen met het Amerikaanse recht volgens verzoeksters slecht verenigbaar met de verplichtingen tot samenwerking en actieve courtoisie („positive comity”), voortvloeiend uit de samenwerkingsovereenkomsten tussen de Verenigde Staten en de Gemeenschap. Ook al hebben die overeenkomsten niet tot doel het materiële recht van de partijen te harmoniseren, het feit dat zij bestaan en dat zij het gevaar van tegenstrijdige beslissingen beogen in te dammen, moet voor de Commissie een reden te meer zijn om uit te leggen, waarom in het onderhavige geval haar beoordeling van de in geding zijnde praktijken en vragen van die van de Verenigde Staten afwijkt. Wanneer verzoeksters zich in casu aan de bestreden beschikking conformeren, brengt hen dat in conflict met hun verplichtingen naar Amerikaans recht. Zo heeft de FMC, als voorwaarde voor de schikkingsovereenkomst van 1995, hen niet slechts toegestaan, maar verplicht, individuele dienstencontracten te sluiten volgens de regels van artikel 14, lid 2, van de TACA. Van hen is ook verlangd de in section 8 (c) van de US Shipping Act omschreven

diverse „basisclausules” van dienstencontracten openbaar te maken, terwijl de Commissie in de bestreden beschikking (punten 496 en 551-558 van de considerans) vaststelt, dat zij door elkaar die gegevens mee te delen, in strijd handelen met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

- 1394 In de vierde plaats betogen verzoeksters, dat verordening nr. 4056/86 zelf, in de vijftiende overweging van de considerans, erkent dat haar toepassing op bepaalde mededingingsregelingen tot conflicten met de wetgeving van bepaalde derde landen kan leiden. Met het oog daarop voorziet artikel 9 van de verordening in een procedure ter voorkoming van conflicten.
- 1395 De Commissie houdt dit middel voor ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 1396 Met dit middel betogen verzoeksters, dat de ingevolge artikel 190 van het Verdrag op de Commissie rustende motiveringsplicht verlangt, dat zij toelicht waarom haar opvatting op sommige gewichtige punten verschilt van die van het Amerikaanse recht zoals neergelegd in de US Shipping Act.
- 1397 Volgens de rechtspraak dient de Commissie ingevolge artikel 190 van het Verdrag wel alle feitelijke en juridische gegevens te vermelden waarvan de rechtvaardiging rechtens van haar beschikking afhangt, alsmede de overwegingen die haar tot die beschikking hebben gebracht, maar is zij niet verplicht alle tijdens de administratieve procedure opgeworpen feitelijke en juridische punten te bespreken (zie, onder meer, arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 575 supra, punt 26). Artikel 190 van het Verdrag verlangt niet meer dan dat de

Commissie enkel in het bijzonder ingaat op de wezenlijke argumenten die verzoeksters in de administratieve procedure hebben aangevoerd (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 426).

1398 Hoewel verzoeksters in hun verzoekschrift niet aangeven, in welke mate zij zich tijdens de administratieve procedure op de vermeende verschillen tussen het communautaire en het Amerikaanse recht hebben beroepen, blijkt bij lezing van het antwoord van de partijen bij de TACA op de mededeling van punten van bezwaar, dat zij slechts met betrekking tot vier punten naar het Amerikaanse recht hebben verwezen, te weten de TVRIA, de mededinging van de Canadian Gateway, de conference-dienstencontracten en de collectieve bepaling van de beloning van makelaars en expediteurs.

1399 Voorzover verzoeksters de Commissie verwijten, in de bestreden beschikking niet te zijn ingegaan op mogelijke verschillen tussen het Amerikaanse en het communautaire recht op andere punten, is hun betoog dus kennelijk volstrekt ongegrond. Er kan de Commissie immers geen verwijt van worden gemaakt, dat zij haar standpunt ten aanzien van beweringen die voor het eerst in het kader van de onderhavige beroepen zijn gedaan, in haar beschikking niet met redenen heeft omkleed. De verklaring van verzoeksters, dat zij hun betwisting van de beoordelingen van de Commissie in aanzienlijke mate op het Amerikaanse recht hebben gebaseerd, kan derhalve niet worden aanvaard.

1400 Voorzover de gestelde verschillen de vier genoemde punten betreffen, moet om te beginnen met betrekking tot de TVRIA worden opgemerkt, dat de partijen bij de TACA in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar enkel hebben verklaard, dat TVR's ingevolge een regeling van de FMC na hun aanmelding niet meer mogen worden gewijzigd. Die verklaring is zuiver beschrijvend en verzoeksters ontlenen er geen enkele bijzondere stelling aan. De Commissie was dus geenszins verplicht er in de bestreden beschikking een gemotiveerd antwoord op te geven.

- 1401 Wat vervolgens de mededinging van de Canadian Gateway betreft, wijzen de partijen bij de TACA er in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar op, dat de antitrustvrijstelling overeenkomstig de US Shipping Act niet gold voor vrachtvervoer via de Canadese havens naar of vanuit de Verenigde Staten. Op deze bewering heeft de Commissie echter geantwoord in de punten 265 tot en met 273 van de considerans van de bestreden beschikking, waar zij tot genoegen van recht uiteenzet, waarom de Canadian Gateway ondanks het ontbreken van de antitrustvrijstelling geen aanzienlijke mededingingsdruk op de partijen bij de TACA legde, doordat andere factoren die mededinging beperkten. De bestreden beschikking ontbreekt het in dit opzicht dus niet aan motivering.
- 1402 Met betrekking tot conference-dienstencontracten blijkt uit het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, dat de partijen bij de TACA tot staving van hun verzoek om een individuele ontheffing hebben aangevoerd, dat dergelijke dienstencontracten volgens de Amerikaanse wettelijke regeling een traditionele praktijk van lijnvaartconferenties waren. De Commissie heeft deze stelling beantwoord in de punten 464 tot en met 471 van de considerans van de bestreden beschikking, waar zij tot genoegen van recht uiteenzet, waarom die contracten geen traditionele praktijk van de conferenties vormden. Daarbij wees zij er onder meer op, dat de partijen bij de TACA de feitelijke vaststellingen van een van de door hen aangevoerde stukken betreffende het Amerikaanse recht onjuist hadden weergegeven. De bestreden beschikking ontbreekt het in dit opzicht dus niet aan motivering.
- 1403 Wat ten slotte de collectieve bepaling van de beloning van makelaars en expediteurs betreft, hebben de partijen bij de TACA in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar onder verwijzing naar de Amerikaanse rechtspraak en wetgeving betoogd, dat het Amerikaanse recht lijnvaartmaatschappijen toestaat die beloning collectief te bepalen. In punt 512 van de considerans van de bestreden beschikking geeft de Commissie echter uitdrukkelijk aan, dat het argument dat de partijen bij de TACA op dit punt aan het Amerikaanse recht ontlenen, te weten dat de in het relevante vaargebied

opererende conferences het niveau van de aan de Europese makelaars en expediteurs te betalen commissies sinds het begin van de jaren zeventig collectief bepaalden, geen rechtvaardiging vormt voor de vastlegging van maximumvergoedingen voor makelaars en expediteurs. In de volgende paragrafen zet de Commissie uiteen, waarom die praktijk niet aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet.

1404 Het is inderdaad zo, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet ingaat op de vraag van de relevantie of juistheid van de rechtsopvatting van de Amerikaanse wetgeving en rechtspraak op dit punt en dus ook niet uitlegt, waarom die rechtsopvatting niet ook naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd is.

1405 Artikel 190 van het Verdrag verplicht de Commissie echter niet, en kan haar niet verplichten, dergelijke vragen te bespreken. De verplichting haar beschikkingen met redenen te omkleden, verlangt hoogstens van haar, dat zij aangeeft waarom zij meent niet het Amerikaanse recht als zodanig, maar de eraan ontleende argumenten of stellingen van verzoeksters — voorzover deze essentiële punten betreffen — te moeten afwijzen. In het kader van de motiveringsplicht kan de Commissie immers niet gehouden zijn de redenen uiteen te zetten die haar opvatting ten aanzien van het recht van een vreemde mogendheid rechtvaardigen; het enige waartoe zij verplicht is, is het rechtvaardigen van haar standpunt naar gemeenschapsrecht.

1406 Volgens de rechtspraak moeten de belanghebbenden in de motivering voldoende aanwijzingen kunnen vinden om te beoordelen of de beschikking op goede gronden berust dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan haar wettigheid kan worden betwist (arrest Van Megen Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51). Eveneens volgens de rechtspraak kunnen nationale praktijken, zelfs wanneer zij aan alle lidstaten gemeen zijn, niet bepalend zijn voor de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag (arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald in punt 162 supra, punt 40). Dit geldt temeer in het geval van nationale praktijken van derde landen (arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196, punt 341).

1407 Aangezien een schending van het Amerikaanse recht geen gebrek is dat als zodanig tot onwettigheid van een op de grondslag van het gemeenschapsrecht gegeven beschikking kan leiden, kan de Commissie derhalve niet gehouden zijn in die beschikking uiteen te zetten, waarom zij van de Amerikaanse rechtsopvatting afwijkt. Was de Commissie daar wel toe verplicht, dan zou zij de grond van de zaak in het licht van de relevante bepalingen van het Amerikaanse recht moeten onderzoeken, want zij zou dan moeten uitleggen waarom de uit dat recht voortvloeiende oplossing in het gemeenschapsrecht niet van toepassing is, en dit ofschoon de in het Amerikaanse recht heersende rechtsopvatting in geen geval boven die van het gemeenschapsrecht kan prevaleren.

1408 Anders dan verzoeksters betogen, is deze analyse niet in tegenspraak met het arrest Publishers Association/Commissie (reeds aangehaald in punt 1387 supra). Weliswaar oordeelde het Hof daar, dat de Commissie haar beschikking wat bepaalde door de verzoekende partij ingeroepen aspecten van het nationale recht betreft, niet rechtens genoegzaam had gemotiveerd, maar uit het arrest blijkt duidelijk, dat het Hof een motiveringsgebrek enkel aanwezig achtte in zoverre de Commissie in haar beschikking niet had aangegeven, waarom de feitelijke vaststellingen van de in geding zijnde nationale beslissingen in het kader van de vrijstellingsprocedure voor de Commissie geen enkele bewijswaarde hadden. Voor haar verzoek om een individuele vrijstelling had de verzoekende partij de Commissie immers beslissingen van de Restrictive Practices Court (de bevoegde instantie voor mededingingszaken in het Verenigd Koninkrijk) voorgelegd als „essentieel bewijs” van de gunstige gevolgen van hun overeenkomst inzake uniforme standaardvoorwaarden voor de verkoop van boeken tegen vaste prijs, die van toepassing waren wanneer de uitgever besloot een boek als „net book” te verkopen. Meer in het bijzonder betoogde de verzoekende partij, dat volgens die nationale beslissingen de afschaffing van de „net book”-overeenkomst een vermindering van het aantal en de kwaliteit van de assortimentsboekhandels, een stijging van de boekenprijs en een vermindering van het aantal uitgebrachte titels tot gevolg zou hebben. Deze vaststellingen golden volgens haar ook voor het intracommunautaire handelsverkeer, gelet op het feit dat de boekenmarkt van Ierland en het Verenigd Koninkrijk één enkel taalgebied omvatte.

1409 In plaats van de voorgaande analyse te weerleggen, bevestigt het arrest Publishers Association/Commissie dus, dat wanneer een verzoeker zich op een oplossing

naar nationaal recht beroept, de Commissie krachtens haar motiveringsplicht hoogstens gehouden is uiteen te zetten, waarom zij de argumenten die de verzoeker aan die nationale oplossing ontleent, van de hand wijst (in die zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punten 427 en 428).

1410 In casu is het duidelijk, dat de Commissie in de bestreden beschikking naar de eis van het recht heeft uiteengezet, waarom de door verzoeksters op het Amerikaanse recht gebaseerde argumenten moesten worden afgewezen.

1411 Mitsdien moet het aan een motiveringsgebrek ontleende middel ongegrond worden verklaard.

VI — Middelen betreffende het bedrag van de geldboeten en diverse motiveringsgebreken dienaangaande

1412 Tot staving van deze middelen betogen verzoeksters in het kader van het eerste onderdeel, dat zij met betrekking tot het eerste misbruik, bestaande in het onrechtmatig stellen van beperkingen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten, boete-immuniteit genoten op grond van de aanmelding van de TACA-overeenkomst met het oog op een individuele vrijstelling. In het kader van het tweede onderdeel betwisten verzoeksters voorts het bedrag van de door de Commissie bij de bestreden beschikking opgelegde geldboeten. Tevens stellen zij diverse motiveringsgebreken op die punten.

1413 Om te beginnen zij opgemerkt, dat de Commissie bij artikel 8 van het dispositief van de bestreden beschikking de partijen bij de TACA enkel ter zake van de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag een geldboete heeft opgelegd.

- 1414 Waar in het voorgaande, bij het onderzoek van de middelen ontleend aan het ontbreken van inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, is geconcludeerd dat het tweede misbruik, bestaande in onrechtmatige wijziging van de marktstructuur, niet naar de eis van het recht was bewezen, moet het gedeelte van de geldboeten dat ter zake daarvan is opgelegd, reeds om die reden nietig worden verklaard.
- 1415 Waar in het voorgaande, bij het onderzoek van de middelen ontleend aan het ontbreken van inbreuk op artikel 86 van het Verdrag, voorts is geconcludeerd dat van het eerste misbruik, bestaande in het onrechtmatig stellen van beperkingen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten, geen sprake is voorzover het gelegen zou zijn in het uitwisselen van informatie over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten, moet ook het gedeelte van de geldboeten dat ter zake daarvan is opgelegd, reeds om die reden nietig worden verklaard.
- 1416 De desbetreffende middelen van verzoeksters moeten derhalve uitsluitend worden onderzocht in zoverre zij betrekking hebben op de geldboete ter zake van het eerste misbruik met uitzondering van het uitwisselen van informatie over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten.

Eerste onderdeel: de boete-immuniteit

A — Argumenten van partijen

- 1417 Verzoeksters verwijten de Commissie, inbreuk te hebben gemaakt op de boete-immuniteit die zij met betrekking tot de beperkingen op de toegang tot dienstencontracten genoten.

- 1418 In tegenstelling tot wat in punt 584 van de considerans van de bestreden beschikking wordt geconcludeerd, kon de Commissie hun geen geldboete wegens schending van artikel 86 van het Verdrag opleggen met betrekking tot de beperkingen op de toegang tot dienstencontracten, daar deze beperkingen binnen de grenzen van de in de aanmelding beschreven activiteiten bleven en na de aanmelding werden toegepast.
- 1419 Artikel 19, lid 2, sub a, en lid 4, van verordening nr. 4056/86, aldus verzoeksters, verleent immunititeit voor geldboeten zowel bij inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag als bij inbreuken op artikel 86 van het Verdrag met betrekking tot gedragingen die met het oog op een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag zijn aangemeld. Artikel 19 van verordening nr. 4056/86, dat de immunititeit voor geldboeten regelt, verwijst in lid 4 naar „de in lid 2, onder a, genoemde geldboeten”, die kunnen worden opgelegd wegens inbreuken op „artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag”. Deze verwijzing geldt dus niet enkel de geldboeten waarin artikel 19, lid 2, sub a, van de verordening voorziet bij inbreuken op artikel 85, lid 1. Anders dan de Commissie betoogt, willen verzoeksters hiermee niet beweren, dat ondernemingen met een machtspositie volstrekt beschermd zijn tegen het risico van geldboeten in het kader van artikel 86. Immers, wanneer na een aanmelding een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag wordt geweigerd, vervalt de immunititeit zowel met betrekking tot inbreuken op artikel 85, lid 1, als met betrekking tot inbreuken op artikel 86.
- 1420 Volgens verzoeksters heeft het Hof deze uitlegging bevestigd in zijn arrest *United Brands/Commissie* (reeds aangehaald in punt 853 supra), waarin geen boete ingevolge artikel 86 van het Verdrag werd opgelegd ter zake van activiteiten die met het oog op een vrijstelling bij de Commissie waren aangemeld, omdat tijdens de vrijstellingsprocedure geen inbreuk — opzettelijk dan wel uit nalatigheid — was gepleegd. Verzoeksters verwijzen voorts naar de conclusie van rechter Kirschner, fungerend als advocaat-generaal, bij het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990, *Tetra Pak/Commissie* („Tetra Pak I”, T-51/89, Jurispr. blz. II-309, II-312, punt 39), volgens welke artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 „een

indirecte regeling voor de toepassing van artikel 86 tijdens de vrijstellings-procedure” bevat: „Is een overeenkomst eenmaal ingevolge artikel 4 van de verordening aangemeld, dan kan de aangemelde gedraging noch wegens schending van artikel 85, lid 1, noch wegens schending van artikel 86 met een geldboete worden bestraft.” Deze opvatting is ook in de doctrine te vinden.

1421 Verzoeksters betogen dat hun stelling ook berust op overwegingen van algemeen beleid, daar immuniteit voor geldboeten die ingevolge artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag kunnen worden opgelegd, voor de ondernemingen een stimulans is om hun overeenkomsten en praktijken bij de Commissie aan te melden. Volgens de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 17 „[kunnen] de ondernemingen er belang bij [...] hebben te weten of overeenkomsten, besluiten of gedragingen waaraan zij deel hebben of voornemens zijn deel te gaan hebben, de Commissie aanleiding kunnen geven op te treden krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86”. In dezelfde lijn verklaarde advocaat-generaal Jacobs (conclusie bij arrest Hof van 16 juli 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, Jurispr. blz. I-4785, I-4806, punt 23), dat het een van de doelstellingen van verordening nr 17 is, „de aanmelding van overeenkomsten, besluiten en gedragingen aan te moedigen en, meer in het algemeen, de Commissie toegankelijker voor de ondernemingen te maken”.

1422 Indien de immuniteit enkel gold voor geldboeten wegens inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zou de aanmeldingsregeling voor ondernemingen met een machtspositie geen nut hebben, zo vervolgen verzoeksters. Het Hof heeft erkend, dat wanneer een onderneming het risico neemt de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging zelf aan te geven, zij het voordeel van de boete-immuniteit dient te genieten (arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, 100/80—103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 93). Naast het risico dat de Commissie vaststelt, dat de overeenkomst of gedraging in strijd is met artikel 85, lid 1, en niet voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, in aanmerking komt, en naast het risico van geldboeten voor gedragingen voorafgaande aan de aanmelding, zouden de ondernemingen, zo men de opvatting van de Commissie volgt, tevens het risico lopen dat de

Commissie zich op de met het oog op vrijstelling aangemelde overeenkomst baseert om een collectieve machtspositie van de ondernemingen vast te stellen of om te concluderen dat de aangemelde overeenkomst of gedraging inbreuk maakt op artikel 86 van het Verdrag. De zienswijze van de Commissie verbreekt het voor de goede werking van de aanmeldingsregeling noodzakelijke evenwicht door de aan de aanmelding verbonden voordelen te verminderen en de risico's ervan te vergroten.

1423 Het onderscheid dat de Commissie daarbij maakt tussen individuele en collectieve machtsposities, achten verzoeksters niet relevant. In het geval dat een onderneming met een vermeende machtspositie een overeenkomst met een onderneming zonder machtspositie aangaat, zou eerstgenoemde onderneming immuniteit genieten ten aanzien van geldboeten in het kader van artikel 85 van het Verdrag, maar zij zou geen immuniteit genieten indien de Commissie meende, dat de overeenkomst op zich een misbruik vormt. Volgens verzoeksters heeft die onderneming met een individuele machtspositie recht op bescherming tegen geldboeten in het kader van artikel 85 én van artikel 86 van het Verdrag.

1424 Bestond er geen immuniteit voor geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag, dan zou de Commissie de immuniteit voor boetes in het kader van artikel 85 kunnen omzeilen en geldboeten wegens de aangemelde activiteiten kunnen opleggen zonder de bijzondere procedure van artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 voor het intrekken van de immuniteit te volgen. Zonder dat de betrokken ondernemingen op grond van hun procedurele rechten tegen de intrekking van de immuniteit konden opkomen, zou de Commissie immers het recht hebben met terugwerkende kracht geldboeten op te leggen voor aangemelde overeenkomsten en activiteiten waarmee deze met inachtneming van de aangemelde bepalingen werden uitgevoerd. Dit zou ingaan tegen de procedurele waarborgen beschreven in het arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie (arrest van 15 maart 1967, 8/66—11/66, Jurispr. blz. 93, punt 116), waarin wordt overwogen, dat door het opheffen van de immuniteit „de ondernemingen aan [de] uit artikel 15, lid 1, voortvloeiende [immuniteitsregeling] worden onttrokken en daarentegen met toepassing van de regel van artikel 15, lid 2, worden bedreigd; dat deze maatregel hen heeft beroofd van de gunstige rechtspositie welke artikel 15, lid 5, aan aanmelding van de overeenkomst verbindt, en hen

blootstelt aan een mogelijk ernstig geldelijk nadeel”. Hieruit volgt volgens verzoeksters, dat indien de Commissie van oordeel was, dat de dienstencontracten van de partijen bij de TACA een misbruik van een collectieve machtspositie vormden dat niet voor vrijstelling in aanmerking kwam, zij nog vóór de inleiding van de procedure ten gronde de boete-immuniteit had kunnen intrekken. In casu heeft zij dat echter niet gedaan.

1425 Ten slotte zeggen verzoeksters, dat de Commissie niet aangeeft waarom zij meent, dat de aanmelding geen immuniteit voor geldboeten wegens inbreuken op artikel 86 van het Verdrag meebrengt, terwijl dit toch de eerste keer is dat zij zich op dit standpunt stelt, dat in strijd is met haar beschikkingspraktijk, de rechtspraak van het Hof (arrest Papiers Peints/Commissie, reeds aangehaald in punt 1391 supra), de bewoordingen van verordening nr. 4056/86 en de rechtsleer.

1426 De Commissie merkt op dat de tweede alinea van artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 immuniteit voor geldboeten toekent voor de periode gelegen tussen de aanmelding en de beschikking van de Commissie „genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag”. Deze precisering vormt volgens de Commissie een sterke aanwijzing, dat de immuniteit slechts geldt met betrekking tot het verbod waarvoor vrijstelling kan worden verleend, te weten dat van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Dat dit de juiste uitlegging is, wordt bevestigd door de derde alinea van artikel 19, lid 4, bepalende dat de Commissie de immuniteit kan opheffen wanneer zij meent, dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 1, is voldaan en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is. Wanneer de wetgever de immuniteit had willen uitbreiden tot de in het kader van artikel 86 van het Verdrag opgelegde geldboeten, zou hij stellig ook een procedure voor de opheffing ervan hebben geregeld. De uitlegging van verzoeksters zou uitlopen op een absolute immuniteit voor geldboeten in het kader van artikel 86.

1427 Daar de immuniteit bedoeld is om het aanmelden van mogelijk met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomsten aan te moedigen, behoeven de

ondernemingen enkel beschermd te worden tegen het risico een geldboete te krijgen indien de Commissie zou vaststellen, dat hun overeenkomsten niet aan de criteria van artikel 85, lid 3, voldoen. In het kader van artikel 86 van het Verdrag bestaat echter noch dit belangenevenwicht noch deze noodzaak van bescherming, en dus ook niet deze functie van de immuniteit.

1428 De Commissie vestigt er de aandacht op, dat wanneer hier de vraag van immuniteit in het kader van artikel 86 van het Verdrag rijst, dat wegens de collectieve machtspositie van verzoeksters is. In dit geval kan artikel 85 van het Verdrag het collectieve aspect van de activiteit onrechtmatig maken, terwijl artikel 86 het misbruikarakter van de gedraging betreft. Volgens de Commissie mogen ondernemingen die collectief misbruik van hun machtspositie hebben gemaakt, niet beter worden behandeld dan een onderneming met een individuele machtspositie, die niet de mogelijkheid heeft haar gedraging aan te melden en zo immuniteit te verwerven.

1429 Wat ten slotte het argument betreffende de intrekking van de immuniteit aangaat, beklemtoont de Commissie, dat indien artikel 19, lid 2, van verordening nr. 4056/86 geen immuniteit met betrekking tot inbreuken op artikel 86 van het Verdrag toekent, het verwijt dat zij de procedurele waarborgen waarin artikel 19, lid 4, in het geval van intrekking van de immuniteit voorziet, tracht te omzeilen, geen doel treft.

1430 Met betrekking tot de eerbiediging van de motiveringsplicht zegt de Commissie, niets te weten van een dertigjarige praktijk die het bestaan van een dergelijke immuniteit zou aantonen, en wijst zij erop, dat verzoeksters geen enkele zaak hebben genoemd waarin de Commissie zou hebben verklaard, dat aanmelding van een overeenkomst of praktijk immuniteit tegen geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag verleent. In de zaak die tot het arrest *United Brands/Commissie* (reeds aangehaald in punt 853 supra) heeft geleid, heeft zij integendeel enkel overwogen dat het inopportuun zou zijn om een geldboete op te leggen, wat impliceert dat dat wel mogelijk was geweest.

B — Beoordeling door het Gerecht

- 1431 Met dit middel stellen verzoeksters, kort samengevat, dat de geldboete ter zake van het eerste misbruik — onrechtmatig stellen van beperkingen aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten — nietig moet worden verklaard op grond van de in verordening nr. 4056/86 geregelde boete-immuniteit.
- 1432 Dienaangaande moet al meteen worden opgemerkt dat blijkens punt 583 van de considerans van de bestreden beschikking de Commissie de partijen bij de TACA niet enkel een geldboete heeft opgelegd krachtens artikel 19, lid 2, van verordening nr. 4056/86, maar in zoverre het eerste misbruik tevens onder verordening nr. 1017/68 valt, ook krachtens artikel 22, lid 2, van deze verordening.
- 1433 Zoals het Gerecht eerder oordeelde, voorziet artikel 22 van verordening nr. 1017/68 echter niet in immuniteit voor geldboeten bij aanmelding van onder de werkingssfeer van deze verordening vallende overeenkomsten, noch in het geval van geldboeten in het kader van artikel 85 van het Verdrag, noch in het geval van geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag (arrest Atlantic Container Line e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 44 supra, punt 48).
- 1434 Verzoeksters kunnen zich dus niet op immuniteit beroepen met betrekking tot het gedeelte van de geldboeten dat ter zake van het eerste misbruik krachtens artikel 22 van verordening nr. 1017/68 is opgelegd.

- 1435 Anders dan verzoeksters stellen, kan het hier besproken middel, ook indien het gegrond zou zijn, derhalve niet leiden tot nietigverklaring van de gehele ter zake van het eerste misbruik opgelegde geldboeten, maar uitsluitend van het gedeelte ervan dat krachtens verordening nr. 4056/86 is opgelegd.
- 1436 Bij het onderzoek van dat middel moet dus worden nagegaan, of de in verordening nr. 4056/86 geregelde immunitet gold voor het gedeelte van de geldboeten dat in het kader van artikel 86 van het Verdrag krachtens die verordening is opgelegd.
- 1437 Volgens artikel 19, lid 2, sub a, van verordening nr. 4056/86 kan de Commissie geldboeten opleggen aan ondernemingen die „inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag”. Naar luid van lid 4, tweede alinea, van dat artikel evenwel „[kunnen d]e in lid 2, onder a, genoemde geldboeten [...] niet worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben nadat deze bij de Commissie zijn aangemeld en voordat de Commissie ten aanzien hiervan een beschikking heeft genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, voorzover deze gedragingen blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd”. Artikel 19, lid 4, derde alinea, vervolgt echter, dat „deze bepaling [...] niet van toepassing [is] zodra de Commissie de betrokken ondernemingen heeft medegedeeld dat zij, na voorafgaand onderzoek, van oordeel is dat [de betrokken] overeenkomsten, besluiten of gedragingen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is”.
- 1438 In punt 584 van de considerans van de bestreden beschikking overweegt de Commissie, dat voornoemde bepalingen niet voorzien in immunitet voor geldboeten ter zake van inbreuken op artikel 86 van het Verdrag, en legt zij dienvolgens, ondanks de aanmelding van de TACA-overeenkomst, de partijen bij de TACA geldboeten op grond van dat artikel op.

1439 Om te bepalen of de Commissie het bestaan van boete-immuniteit met betrekking tot het eerste misbruik terecht heeft uitgesloten, moet eerst worden nagegaan wat de draagwijdte van de in verordening nr. 4056/86 geregelde immuniteit is, en vervolgens, in hoeverre de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, eventueel door die immuniteit worden gedekt.

1. De draagwijdte van de in verordening nr. 4056/86 geregelde immuniteit

1440 Om de draagwijdte van de in verordening nr. 4056/86 geregelde immuniteit te kunnen bepalen, moet zowel worden gelet op de bewoordingen van de desbetreffende bepalingen van de verordening als op hun doelstelling en algemene opbouw.

1441 Wat in de eerste plaats de bewoordingen van bedoelde bepalingen van verordening nr. 4056/86 betreft, zij er om te beginnen op gewezen, dat, zoals het Gerecht eerder oordeelde, de regeling van de boete-immuniteit een derogerend karakter heeft (arrest *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 44 supra, punten 50-52). De tweede alinea van artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86, betreffende de immuniteit voor geldboeten in het geval van aanmelding, moet derhalve restrictief worden uitgelegd en kan buiten de uitdrukkelijk genoemde gevallen geen werking ontvouwen.

1442 De in de tweede alinea van artikel 19, lid 4, bedoelde immuniteit geldt echter, volgens die bepaling zelf, voor „de in lid 2, onder a, genoemde geldboeten”. De in laatstgenoemde bepaling genoemde geldboeten nu zijn die welke worden opgelegd niet enkel wegens deelneming aan een de mededinging beperkende regeling, maar ook wegens praktijken met misbruikarakter. Artikel 19, lid 2, sub a, ziet immers uitdrukkelijk op geldboeten wegens „inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag”.

- 1443 Uit deze verwijzing blijkt dus, dat artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 de boete-immuniteit niet enkel toekent in geval van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag, maar ook, en uitdrukkelijk, bepaalt dat met artikel 86 van het Verdrag strijdige onrechtmatige praktijken daarvoor in aanmerking kunnen komen.
- 1444 Weliswaar spreekt artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86, zoals de Commissie opmerkt, van gedragingen die „plaats hebben nadat deze bij de Commissie zijn aangemeld en voordat de Commissie ten aanzien hiervan een beschikking heeft genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag” en die „blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd”, en kunnen enkel overeenkomsten die onder de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kunnen vallen, worden aangemeld met het oog op een vrijstelling krachtens lid 3 van dat artikel, daar misbruik van een machtspositie onder alle omstandigheden verboden is (arrest Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, reeds aangehaald in punt 1109 supra, punt 32).
- 1445 Doch anders dan de Commissie betoogt, betekent dit niet dat de immuniteit uitsluitend geldt voor geldboeten ter zake van inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 1446 Immers, naar luid van de aangehaalde zinsneden uit artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86 bestaat boete-immuniteit niet met betrekking tot „overeenkomsten tussen ondernemingen”, „besluiten van ondernemersverenigingen” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, maar met betrekking tot „gedragingen”, een generieke term die, zonder de betekenis ervan geweld aan te doen, kan worden geacht eenzijdige praktijken als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag te omvatten. Bij de voorwaarde dat die gedragingen van na de aanmelding moeten dateren, gaat het uiteraard niet om de materiële werkingsfeer van de immuniteit, die „gedragingen” betreft, maar om haar toepassing in de tijd. Zoals het Gerecht eerder overwoog, vormt die bepaling immers een

tijdelijke afwijking ten gunste van ondernemingen die hun overeenkomsten hebben aangemeld, voor gedragingen die na de aanmelding en vóór de eindbeschikking op die aanmelding plaatshebben (arrest *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 44 supra, punt 46).

1447 De voorwaarde dat de gedragingen moeten „blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd”, betekent logischerwijs, dat er enkel immuniteit bestaat met betrekking tot daadwerkelijk aangemelde activiteiten (arrest Hof van 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie*, 240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, *Jurispr.* blz. 3831, punt 74), maar kan niet inhouden, dat uitsluitend inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag eronder vallen, maar inbreuken op artikel 86 niet. Hoewel praktijken met misbruikarakter niet voor vrijstelling kunnen worden aangemeld, kunnen bepaalde aangemelde activiteiten of overeenkomsten wel als misbruiken worden aangemerkt, want volgens de rechtspraak kan de Commissie een mededingingsbeperkende overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tevens beschouwen als een misbruik in de zin van artikel 86, wanneer bij die overeenkomst een onderneming met een machtspositie betrokken is (arresten *Hoffmann-La Roche/Commissie*, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 116, en *Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro*, reeds aangehaald in punt 1109 supra, punt 34 e.v.). Zo kan een door een onderneming met een machtspositie aangemelde overeenkomst, bijvoorbeeld een exclusieve bevoorradingsovereenkomst, niet enkel een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst zijn, maar tevens een door artikel 86 verboden misbruik. Wel vormt een dergelijk misbruik dan een „gedraging” die blijft „binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd” in de zin van artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86, omdat het met de aangemelde overeenkomst samenvalt.

1448 De Commissie kan niet staande houden, dat artikel 19, lid 4, derde alinea, van verordening nr. 4056/86, dat de Commissie toestaat de immuniteit in te trekken wanneer zij na een voorlopig onderzoek van oordeel is, dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is voldaan en dat toepassing van artikel 86, lid 3, van het Verdrag niet gerechtvaardigd is, noodzakelijkerwijs uitsluit dat er ook immuniteit met betrekking tot inbreuken op artikel 86 van het Verdrag bestaat, omdat deze immuniteit anders absoluut zou zijn.

1449 Deze stelling berust op de onjuiste premisse, dat artikel 19, lid 4, derde alinea, van verordening nr. 4056/86 intrekking van de immuniteit niet toestaat met betrekking tot geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag. Weliswaar kan volgens genoemde bepaling de immuniteit slechts worden ingetrokken wanneer de Commissie na een voorlopig onderzoek van oordeel is, dat de aangemelde overeenkomsten niet in aanmerking komen voor vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, maar dit betekent niet, dat de immuniteit uitsluitend in het geval van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag kan worden ingetrokken. Uit de bewoordingen van artikel 19, lid 4, derde alinea, van verordening nr. 4056/86 blijkt duidelijk, dat de voorwaarde dat er een door artikel 85 van het Verdrag verboden overeenkomst moet zijn, geen verband houdt met het doel van de intrekking van de immuniteit, maar met de omstandigheden waaronder daartoe kan worden besloten. Wanneer een misbruik gelegen is in een met het oog op vrijstelling aangemelde overeenkomst en de Commissie na een voorlopig onderzoek van oordeel is, dat die overeenkomst door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden is en niet voor vrijstelling in aanmerking komt, en dan besluit de immuniteit in te trekken, betreft die intrekking niet enkel de inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag maar ook de eventuele inbreuk op artikel 86 van het Verdrag.

1450 Uit het voorgaande volgt dus niet slechts dat artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 uitdrukkelijk bepaalt, dat boete-immuniteit kan bestaan met betrekking tot met artikel 86 van het Verdrag strijdige misbruiken, maar ook dat de tweede en de derde alinea van die bepaling zich niet tegen toepassing van die immuniteit op inbreuken op artikel 86 van het Verdrag verzetten.

1451 In het kader van deze beroepen kan de Commissie derhalve niet staande houden, dat de stelling van verzoeksters indruist tegen de bewoordingen van artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 en dat deze bewoordingen een „sterke aanwijzing” vormen, dat de immuniteit slechts geldt met betrekking tot inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

1452 Voorgaande conclusie loopt geenszins uit op een extensieve uitlegging van artikel 19, lid 4, van verordening nr. 4056/86 — wat in strijd zou zijn met het in casu toepasselijke uitleggingsbeginsel —, aangezien die uitlegging rechtstreeks

voortvloeit uit de bewoordingen van de bepaling, zonder de betekenis daarvan geweld aan te doen of er iets aan toe te voegen. Bovendien geldt de boete-immuniteit niet met betrekking tot alle met artikel 86 van het Verdrag strijdige onrechtmatige praktijken, maar overeenkomstig de bewoordingen van artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86 uitsluitend met betrekking tot gedragingen die binnen de in de aanmelding genoemde grenzen blijven.

1453 In de tweede plaats zij erop gewezen, dat de draagwijdte van artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86, zoals volgend uit de bewoordingen ervan, verenigbaar is met de doelstelling en de algemene opbouw van deze bepaling.

1454 Zoals het Hof met betrekking tot vergelijkbare bepalingen van verordening nr. 17 overwoog, vormt het voordeel van de immuniteit voor ondernemingen die een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging hebben aangemeld, de tegenprestatie voor het risico dat zij lopen door die overeenkomst of gedraging zelf aan te geven. Die ondernemingen riskeren immers niet slechts dat wordt vastgesteld dat de overeenkomst of gedraging in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en dat hun de toepassing van lid 3 wordt geweigerd, maar ook dat hun een geldboete wordt opgelegd wegens hun gedragingen vóór de aanmelding (arresten *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punt 93, en *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, reeds aangehaald in punt 1421 supra, punt 52). Het Hof heeft er voorts op gewezen, dat de gemeenschapswetgever dit voordeel enkel heeft willen toekennen aan ondernemingen die hun overeenkomsten aanmelden, juist omdat zij door die aanmelding het risico aanvaarden dat zij die overeenkomsten moeten beëindigen, en bovendien in zoverre de onderzoekstaak van de Commissie verlichten (arrest *Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1447 supra, punt 76).

1455 In tegenstelling tot de onder artikel 85 van het Verdrag vallende overeenkomsten zijn de met artikel 86 van het Verdrag strijdige onrechtmatige praktijken weliswaar zonder uitzondering verboden, maar wanneer een onderneming met een machtspositie bij de Commissie een overeenkomst aanmeldt met het oog op

een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag loopt zij niet slechts de kans dat de Commissie tot het oordeel komt, dat de overeenkomst niet voor vrijstelling in aanmerking komt en verboden is, maar ook dat zij ze aanmerkt als een misbruik, zodat zij dus op grond van artikel 86 van het Verdrag verboden is, en dat haar deswege een geldboete wordt opgelegd. Zoals eerder gezegd, is het immers vaste rechtspraak, dat de Commissie een de mededinging beperkende overeenkomst als een misbruik kan beschouwen indien zij door een onderneming met een machtspositie is gesloten (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald in punt 765 supra, punt 116, en Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, reeds aangehaald in punt 1109 supra, punt 44).

1456 Bovendien, wanneer de Commissie krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag een individuele vrijstelling verleent voor een door een onderneming met een machtspositie gesloten overeenkomst, dan ontnemt zij zich indirect de mogelijkheid om bij gelijkblijvende omstandigheden feitelijk en rechtens vast te stellen, dat de overeenkomst een met artikel 86 van het Verdrag strijdig misbruik oplevert (in die zin arrest Tetra Pak I, reeds aangehaald in punt 1420 supra, punt 28). Alvorens een onderneming met een machtspositie een vrijstelling te verlenen, moet de Commissie immers nagaan, of aan alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag is voldaan, te weten, in het bijzonder, of de gebruikers een billijk aandeel hebben in de uit het kartel voortvloeiende voordelen, of de opgelegde beperkingen evenredig zijn en of de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten blijft bestaan. Indien de Commissie dan voor een bepaalde overeenkomst tot een positief resultaat — vrijstelling — komt, kan zij dezelfde overeenkomst in een tweede, wegens schending van artikel 86 van het Verdrag ingeleide procedure niet als misbruik van machtspositie kwalificeren. Laatstgenoemd artikel heeft dus gevolgen binnen het toepassingsgebied van artikel 85, lid 3, van het Verdrag doordat het vrijstelling uitsluit voor een gedraging die misbruik van machtspositie oplevert (conclusie van rechter Kirschner fungerend als advocaat-generaal, bij het arrest Tetra Pak I, reeds aangehaald in punt 1420 supra, punten 40 en 45).

1457 Gezien vanuit het risico dat zij neemt, bevindt een onderneming met een machtspositie zich dus in een vergelijkbare situatie als een onderneming zonder machtspositie die een overeenkomst voor vrijstelling heeft aangemeld. Immers, indien de Commissie de vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag

weigert, verliest de onderneming met de machtspositie de zekerheid, dat de Commissie bij gelijkblijvende omstandigheden feitelijk en rechtens niet op grond van artikel 86 van het Verdrag tegen de aangemelde overeenkomst zal optreden, en loopt zij bovendien het risico van een geldboete ter zake van een overeenkomst waarvan zij het bestaan zelf heeft onthuld, waarmee zij ook nog eens de onderzoekstaak van de Commissie heeft vergemakkelijkt. Verder is het duidelijk, dat de boete-immuniteit met betrekking tot aangemelde overeenkomsten, die een onderneming met een machtspositie in verband met het risico van inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag geniet, haar betekenis grotendeels zou verliezen indien die onderneming kon worden beboet wegens het feit dat zij door het sluiten van die overeenkomsten artikel 86 van het Verdrag heeft geschonden.

1458 Dit geldt temeer nu in het kader van de mededingingsregeling van verordening nr. 4056/86 een individuele vrijstelling krachtens deze verordening ook zonder voorafgaande aanmelding kan worden verleend. Volgens artikel 11, lid 4, van de verordening moet de Commissie een vrijstelling in voorkomend geval ook ambtshalve of na een klacht verlenen. Wanneer een lijnvaartmaatschappij niettemin besluit een overeenkomst vrijwillig met het oog op een individuele vrijstelling aan te melden, verdient zij dus zeker bescherming tegen het risico van geldboeten die eventueel in het kader van artikel 86 van het Verdrag ter zake van die overeenkomst zouden worden opgelegd.

1459 Het blijkt dus in overeenstemming te zijn met de doelstelling en de algemene opbouw van het systeem, dat de in verordening nr. 4056/86 geregelde immuniteit eveneens van toepassing is met betrekking tot inbreuken op artikel 86 van het Verdrag, die bestaan in aangemelde overeenkomsten.

1460 Hieraan doet niet af, dat ondernemingen met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid hebben om zich zo te gedragen, dat zij geen afbreuk doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt, waar de mededinging juist door hun machtspositie al beperkt is (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald in punt 337 supra, punt 57). Die bijzondere verantwoordelijkheid betekent immers enkel, dat gedragingen die in het geval van ondernemingen zonder machtspositie rechtmatig zijn, voor een

onderneming met een machtspositie verboden kunnen zijn. Zij kan er echter niet toe leiden, dat ondernemingen met een machtspositie de boete-immuniteit verliezen wanneer zij het risico nemen om de Commissie het bestaan te openbaren van de mededinging beperkende overeenkomsten, die in geval van geweigerde vrijstelling als misbruiken kunnen worden aangemerkt. Daarmee geeft de onderneming met een machtspositie er juist blijk van, dat zij haar bijzondere verantwoordelijkheid aanvaardt. Indien de Commissie eventueel een zelfde gedraging als beperking van de mededinging en tevens als misbruik van machtspositie kan kwalificeren en, in voorkomend geval, voor elk van beide inbreuken een geldboete kan opleggen, dan dient zij alle juridische consequenties daarvan voor de eerbiediging van de boete-immuniteit te aanvaarden.

1461 Anders dan de Commissie betoogt, leidt bovendien toepassing van de boete-immuniteit bij inbreuken op artikel 86 van het Verdrag geenszins tot bevoordeling van ondernemingen met een collectieve machtspositie ten opzichte van ondernemingen met een individuele machtspositie. Een onderneming met een individuele machtspositie kan immers ook boete-immuniteit genieten met betrekking tot inbreuken op artikel 86 van het Verdrag, wanneer deze inbreuken bestaan in aangemelde overeenkomsten.

1462 Om deze redenen moet worden geconcludeerd, dat zowel de bewoordingen als de doelstelling en algemene opbouw van artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86 rechtvaardigen, dat de in deze bepaling geregelde immuniteit niet slechts geldt met betrekking tot inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, maar ook met betrekking tot inbreuken op artikel 86 van het Verdrag, wanneer het misbruik een uitvloeisel van de aangemelde overeenkomsten is.

1463 Nu moet nog worden onderzocht, in hoeverre het in casu eerste aan verzoeksters verweten misbruik bestaat in aangemelde overeenkomsten die voor toepassing van de boete-immuniteit van verordening nr. 4056/86 in aanmerking komen.

2. De toepassing van de boete-immuniteit ten aanzien van het eerste misbruik

- ¹⁴⁶⁴ Volgens de punten 551 tot en met 558 van de considerans van de bestreden beschikking bestaat het eerste misbruik, voorzover het individuele dienstencontracten betreft, in het absolute verbod ervan in 1994 en 1995 en, na hun toelating in 1996, het toepassen van bepaalde door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden en het uitwisselen van informatie over de condities en, voorzover het de conference-dienstencontracten betreft, het toepassen van bepaalde door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden.
- ¹⁴⁶⁵ Blijkens punt 556 van de considerans van de beschikking gaat het bij bedoelde door de TACA collectief vastgestelde voorwaarden om het verbod van voorwaardelijke bedingen, de looptijd van dienstencontracten, het verbod van meervoudige contracten en de hoogte van strafbedingen.
- ¹⁴⁶⁶ In het voorgaande is al vastgesteld, dat het verwijt inzake het eerste misbruik ongegrond is voorzover het betrekking heeft op de informatie-uitwisseling over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten.
- ¹⁴⁶⁷ Er moet dus enkel worden onderzocht, of de andere onrechtmatige praktijken die het eerste misbruik vormen, samenvallen met de bij de Commissie aangemelde overeenkomsten.
- ¹⁴⁶⁸ De regels van de TACA ter zake van dienstencontracten zijn neergelegd in artikel 14 van de TACA-overeenkomst, die met het oog op een individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 12 van verordening nr. 4056/86 bij de Commissie is aangemeld.

- 1469 Alle onrechtmatige praktijken nu, waarom het in het hier besproken middel gaat, worden in artikel 14 van de TACA-overeenkomst vermeld. Zo verbiedt lid 3, sub a, van dat artikel uitdrukkelijk het sluiten van individuele dienstencontracten, terwijl in lid 2 de maximumlooptijd van dienstencontracten (sub a), het verbod van voorwaardelijke bedingen (sub c), de hoogte van de strafbedingen (sub d) en het verbod van meervoudige contracten (sub e) zijn neergelegd. Bovendien hebben de partijen bij de TACA blijkens punt 32 van de considerans van de bestreden beschikking de Commissie op 9 maart 1995 uitdrukkelijk medegedeeld, dat de FMC hun had verplicht de TACA-overeenkomst in die zin te wijzigen, dat het sluiten van individuele dienstencontracten in 1996 was toegestaan, mits die contracten voldeden aan de voorwaarden van artikel 14 van die overeenkomst. Op 21 maart 1995 deden de partijen bij de TACA de Commissie een gewijzigde versie van artikel 14 van de in 1994 aangemelde TACA-overeenkomst toekomen.
- 1470 Waar de onrechtmatige praktijken op het gebied van dienstencontracten, waarom het in het kader van het hier besproken middel gaat, daadwerkelijk met het oog op vrijstelling bij de Commissie zijn aangemeld, vallen zij derhalve binnen het toepassingsgebied van de boete-immuniteit als geregeld in artikel 19, lid 4, tweede alinea, van verordening nr. 4056/86.
- 1471 Daar de TACA-overeenkomst voor het eerst op 5 juli 1994 is aangemeld en de door de bestreden beschikking bestreken inbreukperiode volgens punt 592 van de considerans „een gedeelte van 1994 en de volledige jaren 1995 en 1996” omvat, hebben alle geldboeten die de partijen bij de TACA bij de bestreden beschikking ter zake van de in geding zijnde onrechtmatige praktijken zijn opgelegd, dus betrekking op gedragingen die na de aanmelding van de TACA-overeenkomst en vóór de vaststelling van de bestreden beschikking plaatsvonden.
- 1472 Mitsdien moet worden geconcludeerd dat het gedeelte van de geldboeten dat krachtens verordening nr. 4056/86 ter zake van de in artikel 14 van de TACA-overeenkomst bedoelde onrechtmatige praktijken op het gebied van dienstencontracten is opgelegd, binnen het toepassingsgebied van de boete-immuniteit overeenkomstig genoemde verordening viel.

- 1473 Zonder dat behoeft te worden onderzocht of de bestreden beschikking op dit punt naar behoren met redenen is omkleed, dient derhalve het hier besproken middel van verzoeksters gegrond te worden verklaard, daar de Commissie, door ter zake van de in artikel 14 van de TACA-overeenkomst bedoelde praktijken op het gebied van dienstencontracten geldboeten op te leggen, de in verordening nr. 4056/86 geregelde boete-immuniteit, die verzoeksters door de aanmelding van de TACA-overeenkomst genoten, heeft geschonden. Dit gedeelte van de geldboeten moet bijgevolg nietig worden verklaard.
- 1474 Voor het overige, te weten met betrekking tot de krachtens verordening nr. 1017/68 opgelegde geldboeten, moet het hier besproken middel van verzoeksters om de in de punten 1432 tot en met 1434 supra uiteengezette redenen worden afgewezen.

Tweede onderdeel: de berekening van de geldboeten

- 1475 In het tweede onderdeel van de middelen betreffende het bedrag van de geldboeten en de diverse motiveringsgebreken dienaangaande betwisten verzoeksters in de eerste plaats de methode waarmee de Commissie de boetebedragen heeft bepaald. In de tweede plaats stellen zij, dat de beboete inbreuken niet opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gepleegd en, in de derde plaats, dat de Commissie de gevolgen, de ernst en de duur van de inbreuken, alsmede de verzachtende omstandigheden verkeerd heeft beoordeeld. In de vierde plaats voeren zij bepaalde bijzondere omstandigheden aan, waarmee de Commissie geen rekening zou hebben gehouden. In de vijfde plaats betwisten zij de in de bestreden beschikking bepaalde rentevoet voor het geval de geldboeten te laat zouden worden voldaan.

A — De door de Commissie gehanteerde methode ter bepaling van de geldboeten

1. Argumenten van partijen

1476 Verzoeksters verwijten de Commissie, de geldboeten volgens een irrationele en onsamenhangende methode te hebben berekend en daardoor de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht te hebben geschonden.

1477 Verzoeksters betogen dat elke boete die door de Commissie wordt bepaald met toepassing van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5 van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna „richtsnoeren”), in overeenstemming moet zijn met de beginselen van de communautaire rechtspraak. Ook al gaat de Commissie er thans van uit, dat in een geldboete in de eerste plaats de ernst van de eigenlijke inbreuk tot uiting moet komen, los van de grootte en de omzet van de betrokken onderneming, toch vereisen de beginselen die door de communautaire rechterlijke instanties zijn ontwikkeld, dat ook andere aspecten in aanmerking worden genomen. Het hoofdbeginsel van de communautaire rechtspraak, zo menen verzoeksters, is dat de Commissie bij de beoordeling van de ernst van een inbreuk rekening moet houden met alle relevante aspecten, te weten de totale omzet van de betrokken onderneming, het gedeelte van die omzet dat op de betrokken markt door de inbreuk is verwezenlijkt, de door de onderneming met de onwettige praktijken behaalde winst, de grootte van de onderneming en de waarde van de betrokken goederen of diensten (zie bijvoorbeeld arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punten 120 en 121).

1478 Uit deze rechtspraak volgt enerzijds, dat de Commissie alle relevante aspecten in aanmerking moet nemen wanneer zij de ernst van de inbreuk beoordeelt en de

hoogte van de geldboeten bepaalt, en anderzijds, dat wanneer een of meer factoren niet in aanmerking worden genomen, dit betekent dat die welke wel in aanmerking worden genomen, een onevenredig belang verkrijgen.

1479 Naar de mening van verzoeksters voldoet de bestreden beschikking om diverse redenen niet aan de vereisten van de rechtspraak.

1480 In de eerste plaats heeft het de Commissie ontbroken aan onpartijdigheid en heeft zij inbreuk gemaakt op het door de rechtspraak erkende beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling (arrest Gerecht van 6 april 1995, Ferriere Nord/Commissie, T-143/89, Jurispr. blz. II-917, punt 55), door de partijen voor de geldboeten kunstmatig in groepen te verdelen in plaats van uit te gaan van de grootte van elke partij afzonderlijk.

1481 Verzoeksters stellen vast dat de Commissie geen enkele toelichting of rechtvaardiging verschaft voor de verdeling van de ondernemingen in vier groepen of de criteria waarop die verdeling berust. De groepen van geldboeten in tabel 13 van de bestreden beschikking zijn geen weerspiegeling van de ongelijke grootte van de vier groepen vervoerders in tabel 12 van de beschikking. Zo hebben de kleine vervoerders, wier wereldwijde omzet in het containervervoer slechts 6 à 12 % van het hoogste omzetcijfer bedraagt, alle een geldboete gekregen overeenkomend met 25 % van de boete die is opgelegd aan de verzoekster die het zwaarst is beboet. De verschillen tussen de individuele boetebedragen berusten uitsluitend op de wereldwijde omzetten en uitsluitend op de wijze waarop de Commissie de verzoeksters op basis van die omzet in vier groepen heeft verdeeld. De grootte van elk van de verzoeksters heeft dus maar weinig invloed op de berekening van de geldboeten gehad. Was die grootte wel in aanmerking genomen, dan zouden de geldboeten lager zijn geweest.

- 1482 In dit verband wijst DSR-Senator erop, dat de haar opgelegde geldboete de helft bedraagt van die welke de grote vervoerders van de eerste groep hebben gekregen, ofschoon haar wereldwijde omzet in het containervervoer ongeveer een kwart van die van de grote vervoerders is.
- 1483 Evenzo merkt verzoekster in zaak T-212/98 op, dat terwijl de gemiddelde grootte van de ondernemingen in de groep „kleine tot middelgrote vervoerders”, waarin zij is geplaatst, minder dan de helft van die van de grootste bij de TACA aangesloten vervoerders is, zij een geldboete heeft gekregen die de helft bedraagt van die welke aan de bij de TACA aangesloten grote vervoerders is opgelegd. En hoewel zij in 1996 van alle partijen bij de TACA de kleinste omzet in het transatlantische vaargebied had, is haar een boete opgelegd die het dubbele bedraagt van die van drie andere verzoeksters die in het transatlantische vaargebied een omzet hadden die 400 % groter was dan de hare, en die gelijk is aan de boete van drie verzoeksters wier omzet in het transatlantische vaargebied minstens 800 % groter was dan de hare.
- 1484 Verzoekster in zaak T-213/98 betoogt dat de opgelegde geldboete inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling, omdat zij de tweede grootste boete heeft gekregen, ofschoon zij de op één na kleinste omzet op de relevante markt heeft. Ondanks haar marktaandeel van gemiddeld 0,7 % op de relevante markt in de periode van 1994 tot 1996, vertegenwoordigt de haar opgelegde geldboete 7,76 % van de totale boete die aan de conference in haar geheel is opgelegd.
- 1485 Verzoeksters in zaak T-214/98 ten slotte betogen, dat de Commissie het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden door niet de situatie van elke verzoekster afzonderlijk op de relevante markt te beoordelen.

- 1486 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de Commissie ter bepaling van het bedrag van de geldboeten de situatie van elk hunner op de relevante markt niet apart heeft onderzocht (arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punten 129-134).
- 1487 Volgens verzoeksters blijkt dit uit het feit, dat de Commissie hen willekeurig en zonder enige toelichting in vier groepen heeft verdeeld en geldboeten aan die groepen heeft opgelegd in plaats van aan de afzonderlijke ondernemingen die er deel van uitmaakten. Bovendien heeft de Commissie geen enkele andere factor in aanmerking genomen, zoals bijvoorbeeld de omzet in het relevante vaargebied of de met de inbreuk behaalde winst.
- 1488 In dit verband betoogt verzoekster in zaak T-213/98, dat de Commissie haar situatie niet apart heeft beoordeeld, terwijl zij het TACA-lid met de zwakste positie (op één na) in het transatlantische vaargebied is. Verzoekster beklemtoont, dat zij een geldboete heeft gekregen gelijk aan 98 % van haar omzet over 1996 in genoemd vaargebied.
- 1489 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie, het bedrag van de geldboeten te hebben berekend op basis van de totale omzet wereldwijd uit vervoersdiensten in verband met containervervoer, zonder te zien naar de omzet op de relevante markt.
- 1490 Overeenkomstig de rechtspraak (arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punten 120 en 121; arrest van 12 november 1985, *Krupp/Commissie*, 183/83, *Jurispr. blz.* 3609, punt 37; arresten *Gerecht* van 14 juli 1994, *Parker Pen/Commissie*, T-77/92, *Jurispr. blz.* II-549, punt 94, en 8 oktober 1996, *CEWAL*, reeds aangehaald in punt 568

supra, punt 233; conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn bij arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, *Jurispr. blz. 1914, 1950*) had de Commissie rekening moeten houden met de omzet van de partijen uit diensten verricht op de markt waarop de inbreuk betrekking heeft, te weten de transatlantische vervoersdiensten, en met het aandeel van die omzet in de wereldwijde omzet uit gecontaineriseerd vrachtvervoer. Verzoeksters wijzen er overigens op, dat de Commissie in punt 588 van de considerans van de bestreden beschikking aangeeft, dat de omzet in het transatlantische vaargebied van belang is voor de beoordeling van de invloed van de inbreuken.

1491 Voor velen van verzoeksters vormt de met de transatlantische diensten behaalde omzet slechts een klein gedeelte van hun wereldwijde omzet. Het boetebedrag is dan ook duidelijk onevenredig met de omzet in het transatlantische vaargebied. In zijn conclusie bij 's Hof's arrest van 16 maart 2000, *CEWAL* (reeds aangehaald in punt 638 supra), verklaarde advocaat-generaal Fennelly, dat wanneer een onderneming enkel in een kleine sector van haar activiteit inbreuk pleegt, dat meestal minder ernstig is dan een inbreuk die het geheel van haar activiteit raakt. Volgens verzoeksters springt die onevenredigheid in casu nog meer in het oog, omdat slechts 60 % (of minder) van hun omzet in het transatlantische vaargebied behaald is met de dienstencontracten waarom het bij het eerste en gedeeltelijk bij het tweede misbruik gaat.

1492 Hieruit volgt, aldus verzoeksters, dat de Commissie „de ernst van de inbreuk” niet correct heeft beoordeeld en dat de geldboete „het resultaat is van een eenvoudige rekensom op basis van de totale omzet” (arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punten 120 en 121).

1493 In de vierde plaats verwijten verzoeksters de Commissie, niet alle factoren die bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk voor de bepaling van de geldboeten van belang zijn, in aanmerking te hebben genomen (arrest *Musique Diffusion*

Française e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punt 129, en arrest Gerecht van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie, T-229/94, Jurispr. blz. II-1689, punt 127).

- 1494 Daar de Commissie uitsluitend is uitgegaan van de wereldwijde omzet uit gecontaineriseerd vrachtvervoer, volgt daar volgens verzoeksters noodzakelijk uit, dat deze factor onevenredig veel gewicht heeft gekregen. Tot de relevante aspecten die een rol hadden moeten spelen, behoren de positie van de partijen op de relevante markt, de eventuele winst behaald met transatlantische vervoersdiensten in het kader van dienstencontracten, en de omzet uit dienstencontracten in verhouding tot de wereldwijde omzet.
- 1495 In de vijfde plaats verwijten verzoeksters de Commissie, de eventuele winsten op de relevante markt niet in aanmerking te hebben genomen, waardoor de geldboeten onevenredig hoog zijn uitgevallen.
- 1496 Verzoeksters wijzen erop, dat de Commissie in de richtsnoeren (blz. 5) beklemtoont, dat bij de geldboeten rekening moet worden gehouden met „het economische of het financiële voordeel dat de inbreukmakers eventueel hebben behaald” (zie ook *XXIe Verslag betreffende het mededingingsbeleid — 1992*, punt 139). Dit betekent volgens verzoeksters, dat het bedrag van de boete niet hoger mag zijn dan de winst die dankzij de inbreuk op de relevante markt is behaald, want dat is de markt waarop de inbreuk is gepleegd. In casu is de Commissie voor de bepaling van de geldboeten echter niet uitgegaan van de netto resultaten over 1996 van verzoeksters in het transatlantische vaargebied.
- 1497 In de zesde plaats zijn verzoeksters van oordeel, dat de Commissie zich niet naar het evenredigheidsbeginsel heeft gedragen. Zij verwijzen hiervoor naar de voorgaande argumenten.

- 1498 In de zevende plaats stellen verzoeksters in de zaken T-213/98 en T-214/98, dat de Commissie het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.
- 1499 In dit verband verwijt verzoekster in zaak T-213/98 de Commissie, de in eerdere rechtspraak ontwikkelde beginselen ter zake van de berekening van de geldboeten niet te hebben toegepast.
- 1500 Verzoeksters in zaak T-214/98 verwijten de Commissie nog, zich niet aan de richtsnoeren te hebben gehouden, daar het basisbedrag van de geldboete niet voor elke onderneming apart is bepaald, maar per groep van ondernemingen, zodat elk verband tussen het basisboetebedrag en de omzet (totaal of op de relevante markt) van de betrokken ondernemingen verloren is gegaan. Verzoeksters stellen verder vast, dat de Commissie haar conclusie over de ernst van de vastgestelde misbruiken niet baseert op enig bewijs inzake de werkelijke gevolgen ervan voor de relevante markt. Ook heeft de Commissie de omvang van de door de gestelde inbreuken beïnvloede geografische markt niet in aanmerking genomen.
- 1501 Door de in de richtsnoeren opgestelde criteria niet toe te passen, heeft de Commissie naar de mening van verzoeksters het vertrouwensbeginsel geschonden. De richtsnoeren doen bij de ondernemingen immers een gewettigd vertrouwen ontstaan, dat de Commissie haar discretionaire bevoegdheid om voor elk afzonderlijk geval het bedrag van de geldboete te bepalen, zal gebruiken met toepassing van de methode en van alle criteria van de richtsnoeren. Volgens deze richtsnoeren zelf zouden de beginselen die zij behelzen, „zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen van de Commissie moeten kunnen waarborgen”, en zal „het bedrag van de geldboete [...] voortaan volgens de [erin omschreven] nieuwe methode worden berekend”. In ieder geval kan de Commissie een regeling van algemene strekking zoals de richtlijnen niet bij een individuele beschikking wijzigen (arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e.a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punten 44 en 45).

- 1502 In de achtste plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking geen toelichting over de berekening van de geldboeten bevat. Zij menen dat de door de Commissie gebruikte methode inbreuk maakt op het transparantiebeginsel en in strijd is met artikel 190 van het Verdrag en de rechtspraak (arresten *Gerecht van 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie*, reeds aangehaald in punt 498 supra, punt 142; *Société métallurgique de Normandie/Commissie*, T-147/89, *Jurispr. blz. II-1057*, en *Société des treillis et panneaux soudés/Commissie*, T-151/89, *Jurispr. blz. II-1191*; 14 mei 1998, *SCA Holding/Commissie*, T-327/94, *Jurispr. blz. II-1373*, punt 206).
- 1503 Dienaangaande merken verzoeksters op dat de bestreden beschikking noch de redenen vermeldt waarom de Commissie hen in vier groepen heeft ingedeeld (tabel 12 van de beschikking), noch de criteria volgens welke de Commissie daarbij te werk is gegaan. Daardoor laat de beschikking zowel het verband tussen tabel 12 en tabel 13 (met de bedragen van de geldboeten) in het duister als de manier waarop de bedragen van tabel 13 zijn berekend. Verder menen verzoeksters, dat de Commissie, door de geldboeten te bepalen op een bedrag dat zo'n groot gedeelte van de omzet in het relevante vaargebied uitmaakt, is afgeweken van haar vroegere beschikkingspraktijk [beschikking 94/815/EG van de Commissie van 30 november 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (zaak IV/33.126 en 33.322 — Cement) (PB L 343, blz. 1), en beschikking 98/273/EG van de Commissie van 28 januari 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.733 — VW) (PB L 124, blz. 60)], zonder deze verandering naar de eis van het recht te motiveren, zoals vereist door het arrest *Papiers Peints/Commissie* (reeds aangehaald in punt 1391 supra).
- 1504 Verzoekster in zaak T-212/98 voert aan dat de Commissie in de bestreden beschikking niet uitlegt, waarom zij haar een geldboete oplegt overeenkomend met tweemaal haar relatieve grootte, en waarom zij zich uitsluitend op haar wereldwijde omzet baseert, zulks in afwijking van haar praktijk terzake (arresten *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, punt 129, en *Deutsche Bahn/Commissie*, punt 127, reeds aangehaald in punt 1422 resp. punt 1493 supra). Nergens maakt de Commissie duidelijk, waarom zij geen rekening heeft willen houden met andere factoren, zoals haar situatie op de markt, haar winst en haar positie als nieuwkomer in het vaargebied en als nieuw lid van de TACA. Met

betrekking tot de rol die verzoeksters bij de inbreuken hebben gespeeld, merkt verzoekster bovendien op, dat de Commissie niet aantoonde, dat de leden van de TACA hebben samengewerkt om derden te stimuleren tot de TACA toe te treden, en evenmin dat zijzelf daaraan heeft bijgedragen. In zijn conclusie bij het eerder genoemde arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie* heeft de advocaat-generaal er echter op gewezen, dat wanneer een onderneming enkel in een kleine sector van haar activiteit inbreuk pleegt, dat meestal minder ernstig is dan een inbreuk die het geheel van haar activiteit raakt.

1505 Pas in haar verweerschrift, zo vervolgt verzoekster, gaat de Commissie in algemene termen in op de redenen waarom zij het boetebedrag op basis van de wereldwijde omzet heeft berekend. Zij verklaart echter niet, waarom die methode in haar geval gerechtvaardigd is, ofschoon zij resulteert in een geldboete die volstrekt onevenredig is, zelfs vergeleken met de boete van de andere verzoeksters volgens het criterium van alleen hun wereldwijde omzet. In het arrest van 20 april 1999, *PVC II* (reeds aangehaald in punt 191 supra), heeft het Gerecht de geldboeten echter verlaagd op grond dat de Commissie bij de verdeling van de totale boete over de betrokken ondernemingen hun marktaandeel op de relevante markt te hoog had geschat.

1506 Ten slotte betogen verzoeksters in zaak T-214/98, dat de bestreden beschikking, in tegenstelling tot wat de rechtspraak verlangt (arrest *Tréfilunion/Commissie*, reeds aangehaald in punt 498 supra, punt 142; arrest Gerecht van 14 mei 1998, *Mo och Domsjö/Commissie*, T-352/94, *Jurispr. blz. II-1989*, punt 278), niet duidelijk maakt hoe het bedrag van de geldboeten is berekend, zodat verzoeksters niet kunnen nagaan of de Commissie haar methode correct heeft toegepast. In het bijzonder valt de Commissie te verwijten, dat zij in de bestreden beschikking niet heeft uitgelegd volgens welk criterium zij de partijen bij de TACA in vier groepen heeft verdeeld.

1507 De Commissie is van oordeel, dat geen van deze middelen gegrond is.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 1508 Met deze middelen verwijten verzoeksters de Commissie, kort samengevat, de partijen bij de TACA met het oog op de bepaling van de geldboeten in vier groepen te hebben verdeeld. In dit verband voeren zij drieërlei argumenten aan. De eerste reeks van argumenten betreft het ontbreken van individuele beoordeling en schending van het evenredigheidsbeginsel, alsmede motiveringsgebreken dienaangaande. De tweede reeks betreft schending van het beginsel van gelijke behandeling en motiveringsgebreken dienaangaande. De derde reeks betreft schending van het beginsel inzake bescherming van gewettigd vertrouwen, alsmede motiveringsgebreken dienaangaande.
- 1509 Vaststaat dat de in casu opgelegde geldboeten door de Commissie op basis van de in de richtsnoeren omschreven methode zijn bepaald.
- 1510 Na in de punten 591 tot en met 594 van de considerans van de bestreden beschikking te hebben gepreciseerd dat het om naar hun aard ernstige inbreuken gaat, overweegt de Commissie in punt 595 van de considerans, dat rekening moet worden gehouden met het daadwerkelijk economisch vermogen van de inbreukmakers om aanzienlijke schade te veroorzaken, en met de noodzaak het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau te stellen, dat er een voldoende afschrikkende werking van uitgaat, en dat het daarom wegens de grote verschillen in grootte van de betrokken ondernemingen passend is de grote partijen bij TACA hogere geldboeten op te leggen dan de kleinere.
- 1511 Daartoe verdeelt de Commissie de partijen bij de TACA in vier groepen, naargelang van hun relatieve grootte ten opzichte van Mærsk, de grootste partij bij de TACA. Volgens punt 596 van de considerans van de beschikking is de relatieve grootte van elk van de partijen bij de TACA in 1996 bepaald op basis van de wereldwijde omzet uit zeevervoersdiensten voor gecontaineriseerd vrachtvervoer, daar volgens de Commissie de wereldwijde omzet het beste uitgangspunt is om de werkelijke middelen en het werkelijke belang van de betrokken ondernemingen te beoordelen.

1512 Tabel 12 (bij punt 596 van de considerans) vermeldt de vier aldus gevormde groepen en de relatieve grootte van elke partij bij de TACA in 1996 ten opzichte van Mærsk. In die tabel zijn de vier groepen en de relatieve grootte van de maatschappijen die ertoe behoren, aangegeven als volgt: „grote vervoerders” [Mærsk (1,00) en Sea-Land (0,89)], „middelgrote tot grote vervoerders” [P&O (0,50), OOCL (0,44), NYK (0,41), Nedlloyd (0,39), Hanjin (0,33), Hapag-Lloyd (0,32) en Hyundai (0,31)], „kleine tot middelgrote vervoerders” [DSR-Senator (0,24), NOL (0,22), MSC (0,21) en Cho Yang (0,18)], en „kleine vervoerders” [TMM-Tecomar (0,12), ACL (0,06) en POL (0,06)].

1513 In tabel 13 (bij punt 598 van de considerans) is het bedrag van de geldboete voor elk van die groepen berekend, waarbij rekening is gehouden met de aard van de inbreuken en de duur ervan. Dat bedrag is 27,50 miljoen ECU voor de „grote vervoerders”, 20,63 miljoen ECU voor de „middelgrote tot grote vervoerders” (behalve Hyundai, wier boete wegens de kortere duur van haar deelneming aan de inbreuk tot 18,56 miljoen ECU is verminderd), 13,75 miljoen ECU voor de „kleine tot middelgrote vervoerders” en 6,88 miljoen ECU voor de „kleine vervoerders”.

1514 Onderzocht moet worden of deze methode om het boetebedrag te bepalen, zoals verzoeksters stellen, in strijd is met het vereiste van individuele beoordeling en inbreuk maakt op het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel, alsook met het beginsel inzake bescherming van gewettigd vertrouwen.

a) Het vereiste van individuele beoordeling

1515 Verzoeksters verwijten de Commissie, het bedrag van de geldboeten te hebben bepaald zonder de situatie van elk van hen apart te onderzoeken. Tevens zeggen zij, dat de verdeling van de partijen bij de TACA in vier groepen ertoe heeft

geleid, dat voor de berekening van het boetebedrag uitsluitend de wereldwijde omzet uit zeevervoersdiensten voor gecontaineriseerd vrachtvervoer in aanmerking is genomen, met uitsluiting van andere beoordelingscriteria voor de ernst van de inbreuk, in het bijzonder de omzet op de relevante markt, het aandeel van deze omzet in de wereldwijde omzet, de op de relevante markt behaalde winst en de werkelijke invloed van de inbreuk op die markt. Ten slotte voeren zij diverse motiveringsgebreken met betrekking tot deze punten aan.

- 1516 Met hun eerste grief betwisten verzoeksters de forfaitaire bepaling van het basisbedrag van de geldboeten per groep van ondernemingen in tabel 13 bij punt 596 van de considerans van de bestreden beschikking. Met deze forfaitaire bepaling gaat de Commissie bij elke groep immers voorbij aan de mogelijke verschillen tussen de ondernemingen die bij die groep zijn ingedeeld.
- 1517 Wat de gegrondheid van de beschikking op dit punt betreft, blijkt uit punt 595 van de considerans, dat de Commissie bij de vaststelling van de ernst van de inbreuken en gelet op de aanzienlijke verschillen in grootte tussen de partijen bij de TACA, deze in vier groepen heeft verdeeld teneinde de grootste onder hen hogere geldboeten op te leggen.
- 1518 In zijn arrest *CMA GCM e.a./Commissie* (reeds aangehaald in punt 427 supra, punt 384) heeft het Gerecht reeds geoordeeld, dat de Commissie, door de ondernemingen naar grootte in groepen te verdelen, de grenzen van haar bevoegdheid ter zake van de bepaling van de geldboeten niet overschrijdt, aangezien die verdeling bijdraagt tot de doelstelling om grotere ondernemingen strenger te straffen, doordat de ondernemingen die tot de groepen van de groten behoren, hogere geldboeten krijgen dan die welke tot de groepen van de kleinere ondernemingen behoren.

- 1519 Daarbij wees het Gerecht er onder meer op, dat de Commissie bij de bepaling van de geldboeten op basis van de ernst van de inbreuk niet verplicht is ervoor te zorgen, dat wanneer zij geldboeten oplegt aan meer bij dezelfde inbreuk betrokken ondernemingen, in het eindbedrag van de boete waarin haar berekening voor die ondernemingen resulteert, elk verschil tussen hen op het punt van hun totale omzet tot uitdrukking komt (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 427 supra, punt 385).
- 1520 De Commissie heeft derhalve feitelijk noch rechtens een fout gemaakt door verzoeksters bij de bepaling van de ernst van de inbreuk in groepen te verdelen (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 427 supra, punt 386).
- 1521 Wat de verplichting tot motivering op dit punt betreft, zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak aan de wezenlijke vormvoorschriften met betrekking tot die verplichting is voldaan, wanneer de Commissie in haar beschikking de beoordelingselementen vermeldt waaraan zij de ernst en de duur van de inbreuk heeft afgemeten (arrest Hof van 16 november 2000, Sarrió/Commissie, C-291/98 P, Jurispr. blz. I-9991, punt 73).
- 1522 In casu blijkt tot genoegen van recht uit punt 595 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de Commissie, teneinde rekening te houden met het daadwerkelijk vermogen van de betrokken ondernemingen om aanzienlijke schade te veroorzaken, en met de noodzaak het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau te stellen, dat er een voldoende afschrikkende werking van uitgaat, de ernst van de inbreuk, zoals volgend uit de aard ervan, heeft afgewogen tegen de grootte van de ondernemingen en, om de grote ondernemingen een hogere geldboete te kunnen opleggen, de partijen bij de TACA in vier groepen heeft verdeeld. Aangezien de forfaitaire bepaling van de geldboeten uit deze verdeling voortvloeit, moet worden geconcludeerd dat de bestreden beschikking op dit punt voldoende met redenen is omkleed.

- 1523 De argumenten van verzoeksters desbetreffend moeten derhalve worden afgewezen.
- 1524 In de tweede plaats verwijten verzoeksters de Commissie, het bedrag van de geldboete niet voor elk van hen afzonderlijk te hebben berekend, mede rekening houdend met andere criteria dan de omzet. In het bijzonder verwijten zij de Commissie, hun omzet op de relevante markt of hun marktaandeel op die markt niet in aanmerking te hebben genomen.
- 1525 Wat de gegrondheid van de bestreden beschikking op dit punt betreft, is het vaste rechtspraak, dat de ernst van de inbreuk moet worden bepaald aan de hand van een groot aantal factoren, waaronder de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria bestaat (beschikking Hof van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie, C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 54). Tot de factoren ter beoordeling van de ernst van de inbreuk kunnen volgens vaste rechtspraak al naar het geval behoren de hoeveelheid en de waarde van de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft, en de grootte en economische macht van de onderneming (arrest Musique Diffusion Française e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punt 120; arrest van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 52).
- 1526 Volgens punt 598 van de considerans van de bestreden beschikking is het basisbedrag van de in tabel 13 bepaalde geldboeten voor elk van de vier in tabel 12 bij punt 598 van de considerans vermelde groepen vastgesteld op basis van de aard en de duur van de inbreuken. Voor die verdeling in vier groepen heeft de Commissie zich volgens dit laatste punt van de considerans gebaseerd op de relatieve grootte van elk van de partijen bij de TACA ten opzichte van Mærsk, uitgaande van hun wereldwijde omzet uit zeevervoer van gecontaineriseerde vracht. De in tabel 13 genoemde basisbedragen zijn dus indirect gerelateerd aan de omzet van verzoeksters.

- 1527 Deze methode, waarbij de omzet van de betrokken ondernemingen niet wordt gebruikt om het bedrag van de geldboete rechtstreeks als een percentage van die omzet te berekenen, maar om bij de bepaling van de ernst van de inbreuk een op basis van de aard en de duur van de inbreuk vastgesteld basisbedrag aan te passen aan de uiteenlopende grootte van de betrokken ondernemingen, is, zoals het Gerecht eerder oordeelde, in overeenstemming met de sanctieregels van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en de overeenkomstige bepalingen van de verordeningen nrs. 1017/68 en 4056/86 (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 427 supra, punten 395 en 397).
- 1528 Anders dan verzoeksters betogen, mag de Commissie voor de bepaling van de grootte van de betrokken ondernemingen uitgaan van hun totale omzet in plaats van hun omzet op de relevante markt(en). Immers, zoals eerder werd beslist, is de totale omzet van een onderneming een — zij het ook benaderende en onvolmaakte — indicatie voor haar grootte en economische kracht (arrest *Musique Diffusion Française e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punt 121). In die zin heeft het Gerecht op het gebied van het zeevervoer al erkend, dat de Commissie, door voor de bepaling van het bedrag van de geldboeten uit te gaan van de totale omzet uit containervervoer van de betrokken onderneming, geen inbreuk had gemaakt op artikel 19 van verordening nr. 4056/86 (arresten van 8 oktober 1996, CEWAL, punt 233, en CMA CGM e.a./Commissie, punt 399, reeds aangehaald in punt 568 resp. punt 427 supra).
- 1529 Verder is het niet juist dat, zoals verzoeksters betogen, de Commissie in aanmerking had moeten nemen dat slechts 60 % van de omzet van de partijen bij de TACA in het relevante vaargebied wordt behaald met de dienstencontracten waarop het eerste misbruik betrekking heeft. De omzet uit alleen dienstencontracten geeft immers geen juist beeld van het daadwerkelijke vermogen van de partijen bij de TACA om schade te veroorzaken, omdat die omzet geen rekening houdt met hun werkelijke middelen en werkelijk belang. Daar de Commissie voor de bepaling van het bedrag van de geldboeten juist het werkelijke vermogen van de ondernemingen om schade te veroorzaken, in aanmerking wilde nemen, was zij dus gerechtigd de grootte van de partijen bij de TACA niet op basis van hun omzet uit alleen dienstencontracten te bepalen.

- 1530 Ten slotte, en anders dan verzoeksters stellen, leidt deze methode er niet toe, dat de Commissie het bedrag van de geldboete bepaalt op basis van een berekening die enkel van de totale omzet uitgaat, zonder rekening te houden met de bijzondere individuele omstandigheden van elk der verzoeksters. Uit de bestreden beschikking en uit de richtsnoeren, waarvan de beginselen in de beschikking zijn toegepast, blijkt immers dat de ernst van de inbreuk weliswaar eerst wordt beoordeeld aan de hand van bepaalde aspecten van de inbreuk zelf, zoals de aard en de invloed ervan op de markt, maar dat deze beoordeling vervolgens wordt aangepast in het licht van de bijzondere situatie van de onderneming, waarbij de Commissie, naast de grootte en kracht van de onderneming, niet enkel eventuele verzwarende, doch in voorkomend geval ook verzachtende omstandigheden in aanmerking neemt (arresten Gerecht van 12 juli 2001, *Tate & Lyle e.a./Commissie*, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Jurispr. blz. II-2035*, punt 109, en *CMA CGM e.a./Commissie*, reeds aangehaald in punt 427 *supra*, punt 401).
- 1531 Om het bedrag van de geldboeten in overeenstemming met de ernst van de inbreuk te bepalen, was de Commissie derhalve gerechtigd de totale omzet van verzoeksters uit het zeevervoer van gecontaineriseerde vracht in aanmerking te nemen, met verwaarlozing van andere bijzondere omstandigheden van elke verzoekster afzonderlijk.
- 1532 Wat de verplichting tot motivering op dit punt betreft, zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak aan de wezenlijke vormvoorschriften met betrekking tot die verplichting is voldaan, wanneer de Commissie in haar beschikking de beoordelingscriteria vermeldt waaraan zij de ernst en de duur van de inbreuk heeft afgemeten (arrest Hof van 16 november 2000, *Sarrió/Commissie*, reeds aangehaald in punt 1521 *supra*, punt 73). Bij de bepaling van de omvang van de motiveringsplicht moet bovendien in aanmerking worden genomen, dat de ernst van de inbreuk moet worden vastgesteld aan de hand van een groot aantal factoren, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria bestaat (beschikking *SPO e.a./Commissie*, punt 54, en arrest LR AF 1998/*Commissie*, punt 378, reeds aangehaald in punt 1525 resp. punt 334 *supra*).
- 1533 In casu blijkt tot genoegen van recht uit de bestreden beschikking, in het bijzonder de punten 591 tot en met 596 van de considerans, dat de ernst van de

inbreuken op basis van de eigen aard ervan is bepaald en is afgewogen tegen de relatieve grootte van de partijen bij de TACA, uitgedrukt in hun wereldwijde omzet uit zeevervoer van gecontaineriseerde vracht, teneinde rekening te houden met de aanzienlijke verschillen in grootte tussen die partijen en de grootste onder hen hogere geldboeten op te leggen.

1534 Daar de beschikking naar de eis van het recht de factoren vermeldt waarop de beoordeling van de ernst van de inbreuken is gebaseerd, en de lijst van de voor die beoordeling relevante factoren voor de Commissie niet bindend is, kan er haar geen verwijt van worden gemaakt, dat zij niet aangeeft waarom zij geen andere factoren in aanmerking heeft genomen.

1535 Waar verzoeksters betogen, dat de Commissie door het bepalen van geldboeten die gelijk zijn aan een groot gedeelte van de omzet op de relevante markt, haar praktijk op dat gebied heeft gewijzigd, betwisten zij in feite, dat de Commissie de omzet van de betrokken ondernemingen niet rechtstreeks voor de bepaling van het boetebedrag kan gebruiken, doch enkel indirect om de ernst van de inbreuk, zoals volgend uit de aard ervan, aan te passen om rekening te houden met de uiteenlopende grootte van de betrokken ondernemingen. De motivering hiervan is te vinden in punt 595 van de considerans van de beschikking en in punt 1 A van de richtsnoeren, waaraan de Commissie zich in principe sinds de bekendmaking ervan dient te houden (arrest LR AF 1998/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 390).

1536 Met betrekking tot het verwijt dat de Commissie haar praktijk heeft gewijzigd door de wereldwijde omzet als referentie te nemen, kan eenvoudig worden verwezen naar punt 598 van de considerans van de beschikking, waar de Commissie de redenen daarvoor vermeldt, te weten dat die omzet een juist beeld geeft van de middelen en het werkelijke belang van de betrokken ondernemingen. Ofschoon deze methode, zoals met name verzoekster in zaak T-212/98 opmerkt, in een naar verhouding hogere geldboete voor sommige verzoeksters kan resulteren, is de Commissie niet gehouden uit te leggen, waarom zij deze methode op elk van de verzoeksters heeft toegepast. Waar de Commissie in haar beschikking uiteenzet, waarom zij de wereldwijde omzet in aanmerking heeft genomen, verschaft zij daarmee aan elke verzoekster alle nodige gegevens om te

kunnen nagaan, of de beschikking ook in haar geval gegrond is dan wel mogelijkwijs een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid ervan kan worden betwist.

- 1537 In dit verband moet erop worden gewezen dat de vergelijking die verzoekster in zaak T-212/98 maakt met het arrest van 20 april 1999, PVC II (reeds aangehaald in punt 191 supra), onjuist is. In dat arrest heeft het Gerecht weliswaar de geldboete voor sommige PVC-producenten verlaagd op grond dat de Commissie hun aandeel in de PVC-markt verkeerd had beoordeeld, maar in haar beschikking had de Commissie de totale geldboete over de ondernemingen verdeeld op basis van ieders belang op de PVC-markt, gekwantificeerd aan de hand van hun gemiddeld marktaandeel in de periode van 1980 tot 1984 op die markt (punt 1191). In casu evenwel heeft de Commissie bij de bepaling van de geldboeten het marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet in aanmerking genomen. De vergelijking met het arrest PVC II mist dus iedere grond.
- 1538 De conclusie moet dus zijn, dat de bestreden beschikking tot genoegen van recht aangeeft, welke criteria ter bepaling van de ernst van de inbreuken zijn gebruikt. Het middel inzake een motiveringsgebrek op dit punt moet derhalve worden afgewezen.
- 1539 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen ontleend aan het ontbreken van individuele beoordeling en aan motiveringsgebreken dienaangaande, in hun geheel moeten worden afgewezen.

b) Het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel

- 1540 Verzoeksters verwijten de Commissie, de partijen bij de TACA kunstmatig in vier groepen te hebben verdeeld, zonder enige toelichting over het daarbij aangewende

criterium. Zij betwisten zowel de afbakening van die vier groepen als de op elk ervan toegepaste basisboetebedragen.

1541 Wat in de eerste plaats de afbakening van de vier groepen en de gegrondheid van de bestreden beschikking op dit punt betreft, moet worden herinnerd aan het oordeel van het Gerecht in het arrest CMA CGM e.a./Commissie (reeds aangehaald in punt 427 supra, punten 416-418), dat de Commissie de betrokken ondernemingen voor de bepaling van het bedrag van de geldboeten in groepen mag verdelen, mits die verdeling logisch en objectief gerechtvaardigd is.

1542 Waar het Gerecht in genoemd arrest besliste, dat de verdeling in vier groepen materieel onjuist was, was dat uitsluitend omdat de logica van die verdeling niet bleek uit de beschikking van de Commissie — de gedachtegang die aan de verdeling ten grondslag lag, was in de beschikking niet terug te vinden en de toegepaste criteria werden er niet in verklaard — noch ook uit haar latere toelichtingen, die de in de beschikking gemaakte verdeling niet konden rechtvaardigen.

1543 In casu evenwel blijkt de logica van de verdeling in vier groepen, in tabel 12 bij punt 596 van de considerans van de bestreden beschikking, duidelijk uit die tabel zelf. Bij nader toezien blijken de grenzen tussen de groepen te zijn bepaald uitgaande van de grootte van de grootste partij bij de TACA, door deze grootte telkens te halveren, dus 50 %, 25 % en 12,5 % van de grootte van Mærsk.

1544 Erkend moet worden, dat deze wijze van afbakening behoort tot de methoden die een logische en objectief gerechtvaardigde verdeling van de betrokken ondernemingen in groepen mogelijk maken. Verzoeksters hebben trouwens niets aangevoerd wat twijfel aan de logica van een verdeling volgens deze methode zou kunnen wekken.

- 1545 Daarbij moet erop worden gewezen dat, anders dat verzoeksters ter terechtzitting hebben betoogd, het Gerecht in het arrest CMA CGM e.a./Commissie (reeds aangehaald in punt 427 supra, punten 420-422) niet heeft verklaard, dat de Commissie, wanneer zij de betrokken ondernemingen ter bepaling van het bedrag van de geldboeten in groepen verdeelt, verplicht is de afgrenzing tussen de groepen daar te leggen waar de relatieve grootteverschillen het grootst zijn, maar enkel heeft vastgesteld, dat de Commissie in die zaak niet kon stellen, zoals zij in haar antwoorden op schriftelijke vragen van het Gerecht had gedaan, dat zij die methode bij de afgrenzing van de groepen had gebruikt, aangezien de relatieve grootteverschillen tussen de in de beschikking gevormde groepen niet de grootste waren van die welke tussen de betrokken ondernemingen bestonden. Omdat de Commissie de keuze van de begrenzingen tussen de vier in de beschikking gevormde groepen niet wist te rechtvaardigen, oordeelde het Gerecht dat die verdeling in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling.
- 1546 In het arrest IAZ e.a./Commissie (reeds aangehaald in punt 1525 supra, punt 53) erkende het Hof overigens de rechtmatigheid van een berekeningsmethode waarbij de Commissie eerst het totale boetebedrag bepaalde en dit vervolgens over de betrokken ondernemingen omsloeg door deze in te delen in drie groepen op basis van het belang van hun activiteit, waarvoor zij uitging van het aantal bij de betrokken vereniging bestelde conformiteitsmerken, te weten minder dan 10 000, 10 000 tot 50 000 en meer dan 50 000.
- 1547 Ter terechtzitting hebben verzoeksters dus ten onrechte gesteld, dat de oplossing waarvoor het Gerecht in genoemd arrest CMA CGM e.a./Commissie heeft gekozen, ook moet leiden tot de vaststelling, dat de verdeling in groepen in de onderhavige zaak soortgelijke gebreken vertoont.
- 1548 Met betrekking tot de nakoming van de motiveringsplicht kan worden vastgesteld, dat waar de logica die aan de verdeling ten grondslag ligt, duidelijk blijkt uit tabel 12 bij punt 596 van de considerans van de beschikking, verzoeksters alleen al op basis daarvan konden nagaan of de beschikking gegrond was dan wel eventueel een gebrek vertoonde dat het mogelijk maakte de geldigheid van de

beschikking te betwisten, terwijl het Gerecht op dezelfde basis zijn wettigheids-toetsing kan verrichten (arrest Van Megen Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51).

1549 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de in casu gemaakte verdeling in vier groepen geen inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheidsbeginsel en voldoende met redenen is omkleed.

1550 Wat in de tweede plaats de op elke groep toegepaste basisboetebedragen betreft, blijkt uit tabel 13 bij punt 598 van de considerans van de bestreden beschikking, dat de aan de ernst en duur van de inbreuken gerelateerde basisbedragen voor elke groep zijn bepaald door het basisbedrag voor de grootste onderneming telkens met 25 % te verminderen.

1551 Voor de gegrondheid van de bestreden beschikking op dit punt moet worden herinnerd aan het oordeel van het Gerecht in het arrest CMA CGM e.a./ Commissie (reeds aangehaald in punt 427 supra, punten 431), dat de methode waarbij de basisboetebedragen worden bepaald door het voor de grootste onderneming vastgestelde basisbedrag voor de volgende groepen telkens met 25 % te verminderen, binnen de grenzen blijft van de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie ter zake beschikt. Waar de Commissie verzoeksters op basis van hun relatieve grootte in vier groepen had verdeeld, kan het verminderen van het basisbedrag voor de groep waartoe de grootste maatschappij behoort, met telkens 25 % voor elke volgende groep worden beschouwd als een logische en objectief te rechtvaardigen methode.

1552 Dat bij dit systeem binnen elke groep een gelijk basisbedrag wordt toegepast op ondernemingen van verschillende grootte, is een onontkoombaar gevolg van elk systeem waarbij een aantal subjecten in groepen wordt verdeeld. In punt 1520 supra is echter al vastgesteld, dat die verdeling op een correcte beoordeling van de ernst van de inbreuk berust.

- 1553 Dus ook indien als gevolg van de verdeling in groepen op bepaalde verzoeksters ondanks hun verschil in grootte een gelijk basisboetebedrag is toegepast, is dit verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd doordat bij de bepaling van de ernst van de inbreuk een groter gewicht is toegekend aan de aard van de inbreuk dan aan de grootte van de ondernemingen (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 427 supra, punt 411).
- 1554 Zonder inbreuk te maken op het beginsel van gelijke behandeling, mocht de Commissie derhalve op de ondernemingen van dezelfde groep een gelijk basisbedrag toepassen.
- 1555 Met betrekking tot de nakoming van de motiveringsplicht kan worden vastgesteld, dat de logica die aan de vaststelling van de basisboetebedragen ten grondslag ligt, duidelijk blijkt uit tabel 13 bij punt 598 van de considerans van de bestreden beschikking, temeer nu die basisboetebedragen een getrouwe „vertaling” in cijfers zijn van de in de beschikking gemaakte verdeling in vier groepen.
- 1556 Verzoeksters konden derhalve alleen al op basis daarvan nagaan, of de beschikking gegrond was dan wel eventueel een gebrek vertoonde dat het mogelijk maakte de geldigheid van de beschikking te betwisten, terwijl het Gerecht op dezelfde basis zijn wettigheidstoetsing kan verrichten (arrest Van Megen Sports/Commissie, reeds aangehaald in punt 548 supra, punt 51).
- 1557 Weliswaar zegt de beschikking niets over de methode of de berekening aan de hand waarvan de Commissie, toen zij de ernst van de inbreuk bepaalde, is gekomen tot het bedrag van 2 miljoen euro voor de groep „grote vervoerders”, waarvan uitgaande de andere bedragen zijn bepaald, noch over het verband tussen dat bedrag en de andere in tabel 12 genoemde groepen.

- 1558 Het is echter vaste rechtspraak, dat de wezenlijke vormvoorschriften met betrekking tot de motiveringsplicht niet van de Commissie verlangen, dat zij in haar beschikking de methode voor de berekening van de geldboeten met cijfers toelicht, maar enkel dat zij de beoordelingselementen vermeldt waaraan zij de ernst en de duur van de inbreuk heeft afgemeten (arrest van 16 december 2000, Sarrió/Commissie, reeds aangehaald in punt 1521 supra, punten 73 en 76).
- 1559 Die elementen nu zijn in de punten 591 tot en met 596 van de considerans van de beschikking naar de eis van het recht uiteengezet.
- 1560 Wat de ernst van de inbreuk betreft, geeft de Commissie in punt 591 van de considerans aan, dat het eerste misbruik, daar het gericht was op het beperken van de prijsconcurrentie, wegens de eigen aard ervan moet worden aangemerkt als een ernstige inbreuk in de zin van de richtsnoeren, die in een dergelijk geval bepalen dat het mogelijke boetebedrag, afhankelijk van de ernst van de inbreuk, kan variëren tussen 1 miljoen en 20 miljoen euro. Verder heeft de Commissie volgens de punten 595 en 596 van de considerans van de beschikking, het op basis van de aard van de inbreuk bepaalde bedrag willen aanpassen aan de grootte van de betrokken ondernemingen, teneinde in verband met de aanzienlijke grootteverschillen tussen de partijen bij de TACA rekening te houden met hun daadwerkelijke vermogen om schade te veroorzaken, en met de noodzaak het bedrag van de geldboete op een voldoende afschrikkend niveau vast te stellen.
- 1561 Verzoeksters kunnen zich derhalve niet, zoals zij ter terechtzitting hebben gedaan, baseren op het arrest CMA CGM e.a./Commissie (reeds aangehaald in punt 427 supra) voor het verwijt, dat de Commissie niet heeft aangegeven waarom zij op de grote vervoerders een hoger bedrag heeft toegepast dan het in de richtsnoeren genoemde minimum bij ernstige inbreuken. Wanneer het Gerecht in genoemd arrest een motiveringsgebrek op dat punt heeft vastgesteld, dan was dat niet omdat de Commissie had gekozen voor een hoger basisbedrag dan het in de richtsnoeren genoemde minimum bij ernstige inbreuken, maar omdat zij, na in haar beschikking uitdrukkelijk te hebben verklaard dat „het basisniveau van de boete [moest] worden vastgesteld op het laagste niveau dat geldt voor ernstige

inbreuken”, ten slotte zonder de minste toelichting voor een ander bedrag had gekozen. In casu heeft de Commissie in de bestreden beschikking nergens te verstaan gegeven, dat zij zou kiezen voor het laagste bedrag dat in de richtsnoeren voor het geval van ernstige inbreuken is voorzien.

1562 Wat vervolgens de duur van de inbreuk betreft, verklaart de Commissie in punt 597 van de considerans van de beschikking, dat nu de inbreuk twee tot drie jaar heeft geduurd, het op basis van de ernst ervan bepaalde boetebedrag met 25 % moet worden vermeerderd.

1563 In de bestreden beschikking heeft de Commissie derhalve de bepaling van de in tabel 13 genoemde basisbedragen naar de eis van het recht met redenen omkleed. De argumenten van verzoeksters op dit punt moeten dan ook van de hand worden gewezen.

1564 Uit het voorgaande volgt, dat de middelen van verzoeksters met betrekking tot de bepaling van de basisbedragen van de geldboeten alle moeten worden afgewezen.

c) Het vertrouwensbeginsel

1565 Verzoekster in zaak T-213/98 is van mening dat de Commissie het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen heeft geschonden door de in de eerdere praktijk ontwikkelde beginselen voor de berekening van geldboeten in casu niet toe te passen. Verder verwijt verzoekster in zaak T-214/98 de Commissie, de in de richtsnoeren omschreven criteria niet te hebben toegepast.

- 1566 Wat in de eerste plaats het verwijt van niet-toepassing van de eerdere praktijk betreft, stelt verzoekster in zaak T-213/98, kort samengevat, dat de Commissie haar praktijk heeft gewijzigd door de richtsnoeren toe te passen.
- 1567 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat de Commissie bij de bepaling van geldboeten ter zake van inbreuken op de mededingingsvoorschriften haar bevoegdheid uitoefent binnen de grenzen van de beoordelingsmarge die verordening nr. 17 en de verordeningen nrs. 1017/68 en 4056/86 haar toekennen. Volgens vaste rechtspraak nu kunnen marktdeelnemers geen gewettigd vertrouwen hebben in de handhaving van een bestaande situatie die in het kader van de beoordelingsbevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen kan worden gewijzigd (arresten Hof van 15 juli 1982, Edeka, 245/81, Jurispr. blz. 2745, punt 27, en 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 33; arrest LR AF 1998/Commissie, reeds aangehaald in punt 334 supra, punt 241).
- 1568 Zoals eerder is beslist, is de Commissie integendeel gerechtigd het algemene niveau van de geldboeten binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien dit ter verzekering van de uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid noodzakelijk is (arrest Musique Diffusion Française e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 1422 supra, punt 109).
- 1569 Het is stellig juist dat de Commissie in casu de richtsnoeren heeft toegepast op feiten die van vóór hun bekendmaking dateren, maar naar reeds is vastgesteld, blijft de in de richtsnoeren geregelde methode voor het bepalen van de geldboeten binnen het wettelijk kader zoals omschreven in verordening nr. 17 en de verordeningen nrs. 1017/68 en 4056/86.
- 1570 Door in de bestreden beschikking de in de richtsnoeren geregelde methode voor het bepalen van de geldboeten toe te passen, heeft de Commissie het gewettigd vertrouwen van verzoekster dus niet geschonden.

- 1571 In elk geval, voorzover verzoekster de Commissie verwijt, het bedrag van de geldboeten niet op basis van een individuele beoordeling van de betrokken ondernemingen te hebben bepaald en niet alle relevante factoren in aanmerking te hebben genomen, kan eenvoudig worden opgemerkt, dat volgens de rechtspraak van vóór de vaststelling van de richtsnoeren er geen uitputtende of dwingende lijst bestaat van de criteria die bij de bepaling van de ernst van de inbreuk in aanmerking moeten worden genomen (beschikking SPO e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 1525 supra, punt 54).
- 1572 Zo heeft de gemeenschapsrechter lang vóór de vaststelling van de richtsnoeren een berekeningsmethode geoorloofd verklaard waarbij de Commissie eerst het totale bedrag van de op te leggen geldboeten bepaalt en dit totaal vervolgens over de betrokken ondernemingen omslaat naar de mate van hun activiteit in de betrokken sector (arrest IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 1525 supra, punt 53).
- 1573 Aangezien de Commissie zich in haar eerdere praktijk niet uitsluitend van een methode heeft bediend die op een individuele beoordeling van de betrokken ondernemingen met inaanmerkingneming van alle relevante factoren was gebaseerd, heeft verzoekster dus niet de gewettigde verwachting kunnen koesteren, dat een dergelijke methode in de bestreden beschikking op haar zou worden toegepast.
- 1574 Verzoeksters argumenten op dit punt moeten derhalve worden afgewezen.
- 1575 Wat in de tweede plaats het verwijt van verzoekster in zaak T-214/98 betreft, dat de in de richtsnoeren omschreven criteria niet zijn toegepast, blijkt uit het voorgaande, dat de Commissie, door het bedrag van de geldboeten te bepalen op basis van enerzijds de ernst van de inbreuken zoals volgend uit de eigen aard ervan, aangepast aan de grootte van de betrokken ondernemingen, en anderzijds

de duur van de inbreuken, juist de in de richtsnoeren omschreven criteria heeft toegepast, wat haar overigens door de andere verzoeksters in de eerder onderzochte middelen wordt verweten.

1576 Bovendien voorzien de richtsnoeren in de mogelijkheid de ernst van de inbreuk, zoals volgend uit de eigen aard ervan, aan te passen aan de grootte van de betrokken ondernemingen. In punt 1 A, zesde alinea, van de richtsnoeren zet de Commissie immers uiteen, dat in het geval van inbreuken waarbij verscheidene ondernemingen betrokken zijn, het onder bepaalde omstandigheden wenselijk kan zijn het bedrag van de geldboeten te wegen „om rekening te houden met het specifieke gewicht, en derhalve met de daadwerkelijke invloed van het inbreukmakende gedrag van elke onderneming afzonderlijk op de mededinging, met name wanneer er een aanzienlijk verschil bestaat in de grootte van de ondernemingen die eenzelfde soort inbreuk hebben gepleegd”. Daarbij merkt de Commissie in punt 1 A, zevende alinea, op, dat „aldus [...] het beginsel van gelijke bestraffing voor een gelijke gedraging, wanneer de omstandigheden ertoe nopen, tot de toepassing van verschillende boetebedragen voor de betrokken ondernemingen [kan] leiden, zonder dat deze differentiëring in een rekenkundig regeltje te vatten is”.

1577 De argumenten van verzoeksters in de zaken T-213/98 en T-214/98, betreffende schending van het beginsel van gewettigd vertrouwen, moeten derhalve van de hand worden gewezen.

d) Conclusie betreffende de door de Commissie gehanteerde methode ter bepaling van de geldboeten

1578 Uit al het voorgaande volgt, dat de middelen en argumenten van verzoeksters betreffende de methode die de Commissie in deze zaak heeft gehanteerd om het bedrag van de geldboeten te bepalen, in hun geheel moeten worden afgewezen.

B — De beoordeling van de verzachtende omstandigheden

1. Argumenten van partijen

- 1579 Verzoeksters verwijten de Commissie, de hoogte van de geldboeten niet te hebben aangepast om rekening te houden met verzachtende omstandigheden.
- 1580 Als eerste verzachtende omstandigheid voeren verzoeksters aan, dat de Commissie overeenkomstig haar praktijk in andere zaken [beschikking 88/518/EEG van de Commissie van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.178, Napier Brown — British Sugar) (PB L 284, blz. 41), punt 87; beschikking 94/985, punt 159] rekening had moeten houden met het feit, dat het gemeenschapsrecht in bepaalde opzichten onvoldoende ontwikkeld is.
- 1581 In de eerste plaats waren de bestaansvoorwaarden van een collectieve machtspositie in het geval van lijnvaartconferenties niet duidelijk omschreven, wat de Commissie met betrekking tot andere gebieden heeft erkend [zie bijvoorbeeld de bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang tot de telecommunicatiesector (PB 1998, C 265, blz. 2), punt 76]. In tegenstelling tot haar standpunt in punt 522 van de considerans van de bestreden beschikking had de Commissie voordien verklaard, dat voor een collectieve machtspositie is vereist, dat iedere mededinging tussen de betrokken ondernemingen ontbreekt (aangehaalde bekendmaking, punten 78 en 79). Verzoeksters ontkennen bovendien, dat zij ten minste sinds 10 december 1993 wisten dat de Commissie van oordeel was, dat de partijen bij de TACA een machtspositie innamen (punt 603 van de considerans van de bestreden beschikking). Zij wijzen erop, dat deze bewering, die in de mededeling van punten van bezwaar in de zaak TAA voorkwam, in de beschikking TAA niet terugkeerde, en dat de marktvoorwaarden zich in tussentijd hebben gewijzigd.

- 1582 In de tweede plaats betogen verzoeksters, dat de onderhavige zaak de eerste is waarin de Commissie de verplichtingen van de leden van een conference tegenover nieuwe leden in het raam van een ook onder het Amerikaanse recht vallende conference heeft beoordeeld.
- 1583 In de derde plaats zeggen verzoeksters, dat de bestreden beschikking de eerste is waarin het mededingingsrecht wordt toegepast op regelingen van lijnvaartconferenties inzake dienstencontracten. Dus ook indien de partijen sinds oktober 1994 hadden geweten, dat de Commissie het verbod van individuele dienstencontracten als een ernstige beperking van de mededinging beschouwde (punt 603 van de considerans van de beschikking), had de Commissie geen of althans een lagere geldboete moeten opleggen [zie beschikking 87/1/EEG van de Commissie van 2 december 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.128 — Vetzuren) (PB 1987, L 3, blz. 17), punten 34, 35, 58 en 59]. Verzoeksters beklemtonen, dat de beschikking TAA zich niet uitlaat over de wettigheid van het verbod van individuele dienstencontracten in het licht van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, en dat de brief van de Commissie van 15 december 1994, waarnaar in punt 604 van de considerans van de bestreden beschikking wordt verwezen, beslist niet kon worden gelezen als een waarschuwing aan de partijen, dat de Commissie voornemens was geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag op te leggen. En ten slotte, anders dan in punt 601 van de considerans wordt beweerd, blijkt uit de in punt 153 van de considerans weergegeven brief van hun advocaat, dat zij niet het juridische advies hebben gekregen dat een tweeledige prijsstructuur in strijd is met de beschikking TAA, wanneer de verlader erom vraagt.
- 1584 In de vierde plaats stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking de eerste is waarbij in het kader van artikel 86 van het Verdrag een geldboete wordt opgelegd ter zake van een bij de Commissie aangemelde overeenkomst. In zijn conclusie bij het arrest Tetra Pak I (reeds aangehaald in punt 1420 supra) concludeerde rechter Kirschner, fungerend als advocaat-generaal, dat in een dergelijk geval geen geldboete kan worden opgelegd. In andere overeenkomstige zaken heeft de Commissie evenmin boetes opgelegd [beschikking 76/353/EEG van de Commissie van 17 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/26.699 — Chiquita) (PB 1976, L 95, blz. 1), punt 119; beschikking 89/113/EEG van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.979 en 31.394 — Decca Navigator System) (PB 1989, L 43, blz. 27).

1585 In de vijfde plaats herhalen verzoeksters, dat de activiteiten waartegen de Commissie zich in de bestreden beschikking kant, door het Amerikaanse recht worden toegestaan of voorgeschreven.

1586 Verzoekster in zaak T-212/98 is van oordeel, dat de onzekerheden over de stand van het gemeenschapsrecht en in het bijzonder de onduidelijkheden omtrent het begrip collectieve machtspositie zich in haar geval nog sterker doen gevoelen, omdat zij niet uit de Gemeenschap komt en een zwakke positie op de gemeenschappelijke markt heeft. Voorts betoogt verzoekster, dat de Commissie, in afwijking van haar vroegere praktijk [beschikking van de Commissie van 15 maart 1994 waarbij een concentratie op basis van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (zaak nr. IV/M.422 — Unilever France/Ortiz Miko II) (PB C 109, blz 3), punt 19], in dit geval geen rekening heeft gehouden met de asymmetrie tussen de marktaandelen van de betrokken ondernemingen. Zij herinnert er ook aan, dat op het moment van haar toetreding tot de conference de TAA-overeenkomst juist was gewijzigd en aan de eisen van de Commissie was aangepast. Aangezien de gewijzigde overeenkomst, dat wil zeggen de TACA, was aangemeld, mocht zij ervan uitgaan, dat haar toetreding tot de TACA als verenigbaar met artikel 86 van het Verdrag werd beschouwd. Op grond van een en ander meent verzoekster, dat zij de gewettigde verwachting mocht hebben, dat de Commissie haar geen geldboete zou opleggen.

1587 Verzoekster in zaak T-213/98 heeft geen begrip voor het belang dat de Commissie schijnt te hechten aan de meningen die zij tijdens de administratieve procedures in de zaken TAA en TACA tot uitdrukking heeft gebracht en waarnaar zij in de punten 603 en 604 van de considerans van de bestreden beschikking verwijst. Indien de Commissie van plan was daar bij de berekening van de geldboete rekening mee te houden, meent verzoekster dat, gezien de onzekere stand van het gemeenschapsrecht in de relevante periode, de meningen van de Commissie de positie van de partijen niet in negatieve zin hadden mogen beïnvloeden, in het bijzonder niet met betrekking tot het bedrag van de geldboeten. Een onderneming tot wie een mededeling van punten van bezwaar wordt gericht, heeft het recht om in alle goede trouw te blijven geloven in de rechtmatigheid van de gewraakte gedragingen en in de mogelijkheid nietigverklaring van de eindbeschikking van de Commissie te verkrijgen.

1588 Verzoekster betoogt nog, dat de Commissie in elk geval het feit dat de in de bestreden beschikking besproken rechtsvragen nieuw waren, als verzachtende omstandigheid in aanmerking had moeten nemen. Zij wijst hier op de bijzondere aard van de mededingingsregeling van verordening nr. 4056/86. Juist wegens deze bijzondere aard zijn gevestigde beginselen van het mededingingsrecht, zoals het verbod van horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en capaciteitsbeheersing, niet van toepassing in de sector zeevervoer. In samenhang daarmee, en bij ontbreken van rechtspraak van de gemeenschapsrechter over de draagwijdte van de groepsvrijstelling, meent verzoekster, dat bij de bepaling van het boetebedrag rekening had moeten worden gehouden met de omstandigheid dat verzoeksters redelijkerwijze konden geloven, dat hun praktijken zich met het gemeenschapsrecht verdroegen.

1589 De tweede verzachtende omstandigheid is volgens verzoeksters hun samenwerking met de Commissie. Zij hebben in juli 1994 de TACA-overeenkomst bij de Commissie aangemeld en nadien andere overeenkomsten inzake het inlandvervoer, zoals de EIEIA en het „hub and spoke”-systeem. Aanmelding betekent, dat de Commissie wordt geïnformeerd over relevante feiten en mogelijke inbreuken waarvan zij nog geen kennis heeft. Daarom had zij geen of althans een lagere geldboete moeten opleggen, in overeenstemming met haar mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4) en met haar eerdere praktijk [beschikking 89/113; beschikking 79/68/EEG van de Commissie van 12 december 1978 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.430 — Kawasaki) (PB 1979, L 16, blz. 9); beschikking 96/438/EG van de Commissie van 5 juni 1996 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.983 — FENEX) (PB L 181, blz. 28), punt 89]. Verzoeksters verwijzen ook naar de uitgebreide briefwisseling en de vele bijeenkomsten over de dienstencontracten en de inlandvervoertarieven. Ten slotte betogen zij, dat de TACA-overeenkomst een wijziging is van de TAA-overeenkomst ingevolge de beschikking TAA, en dat de TACA-overeenkomst tijdens de procedure herhaaldelijk is gewijzigd om aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen.

1590 Verzoekster in zaak T-213/98 beklemtoont, dat de TACA geen geheim kartel is, maar altijd openlijk en transparant is opgetreden door haar tarieven bij de

Amerikaanse autoriteiten aan te melden en ze overeenkomstig artikel 5 van verordening nr. 4056/86 te publiceren. Verzoekster wijst er ook op, dat de Commissie altijd op de hoogte is gehouden van de praktijken van de TACA, die met alle bijzonderheden voor individuele vrijstelling zijn aangemeld, waarbij moet worden bedacht, dat een dergelijke aanmelding in het kader van de verordeningen nrs. 1017/68 en 4056/86 niet verplicht is. Ten slotte zegt verzoekster, dat zij de Commissie steeds openhartig tegemoet is getreden en altijd heeft gestreefd naar een oplossing die zowel conform het gemeenschapsrecht als commercieel bevredigend was.

- 1591 De derde verzachtende omstandigheid heeft volgens verzoeksters te maken met de moeilijke marktsituatie en de door de partijen bij de TACA geleden financiële verliezen. In 1991 en 1992 hebben zij ongeveer 600 miljoen USD verlies gemaakt en ook na de inwerkingtreding van de TACA hebben sommigen van hen nog steeds met verlies gewerkt of hoogstens een kleine winst behaald. In haar beschikkingspraktijk [beschikking 83/546/EEG van de Commissie van 17 oktober 1983 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/30.064 — Gietijzeren en -stalen walsen) (PB L 317, blz. 1), punten 72 en 74] heeft de Commissie dit soort omstandigheden in aanmerking genomen om de geldboeten te verminderen. Verzoeksters wijzen er nog op, dat de gemeenschaps-wetgever het belang van lijnvaartconferenties voor het bedrijfsleven in de Gemeenschap heeft erkend (zie derde en vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 479/92).
- 1592 Verzoekster in zaak T-212/98 betoogt, dat zij wegens haar zwakke positie op de relevante markt en haar hoedanigheid van nieuwkomer geen belangrijke rol bij de gestelde inbreuken heeft kunnen spelen en de inbreuk opzettelijk noch door onachtzaamheid heeft kunnen begaan.
- 1593 Wat in de eerste plaats de stand van het gemeenschapsrecht betreft, merkt de Commissie op, dat er in casu geen enkel nieuw element is dat een vermindering van de geldboeten zou rechtvaardigen. Er is niets nieuws in de gedachte dat de

leden van een conference een machtspositie kunnen innemen, of in de gedachte dat maatregelen die in onderling overleg worden genomen om de potentiële concurrentie te vervalsen of uit te schakelen, een misbruik van machtspositie kunnen opleveren. Dat de TACA ook onder het Amerikaanse recht valt, voegt volgens de Commissie niets toe aan het debat. Met betrekking tot de toepassing van de mededingingsvoorschriften op de dienstencontracten, beklemtoont zij, dat het in casu om een klassiek misbruik gaat, daar het erin bestaat, de cliënten onbillijke handelscondities op te leggen en te weigeren hun diensten te leveren tenzij onder de door de conference gestelde voorwaarden. Met betrekking tot de afwezigheid van boete-immuniteit bij inbreuken op artikel 86 van het Verdrag merkt de Commissie op, dat er geen sprake is van een nieuwe ontwikkeling in de materiële regels ter zake van misbruik van machtspositie. Daar ten slotte het Amerikaanse recht niet tot de inbreukmakende activiteiten dwingt, kan het geen omstandigheid zijn die een vermindering van de geldboeten rechtvaardigt.

- 1594 Wat in de tweede plaats de samenwerking met de Commissie betreft, meent de Commissie, dat verzoeksters zich niet kunnen beroepen op de eerder genoemde mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, omdat de onderhavige zaak niet een geval van een aangegeven kartel betreft. Tijdens de procedure hebben verzoeksters integendeel de juridische benadering van de Commissie evenzeer als de feiten betwist.
- 1595 Wat in de derde plaats de moeilijke marktsituatie aangaat, merkt de Commissie op, dat verzoeksters zich op een ongunstig klimaat beroepen met betrekking tot een periode die lang vóór de in geding zijnde misbruiken en de bestreden beschikking ligt.
- 1596 In zaak T-213/98 herhaalt de Commissie, dat het in casu niet om nieuwe kwesties gaat. Zij kant zich tegen de gedachte, dat nu verordening nr. 4056/86 een in bepaalde opzichten gunstig concurrentieregime voor lijnvaartmaatschappijen in het leven riep, deze maatschappijen mochten aannemen, dat geen van de regels van het communautaire mededingingsrecht voor hen gold.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 1597 Vooraf zij opgemerkt, dat uit het onderzoek van de voorgaande middelen volgt, dat de bij artikel 8 van het dispositief van de bestreden beschikking bepaalde geldboeten nietig moeten worden verklaard in zoverre zij zijn opgelegd ter zake van het tweede misbruik en, in het kader van het eerste misbruik, terzake van het uitwisselen van informatie over het bestaan en de inhoud van individuele dienstencontracten en, waar het de andere praktijken betreft waarin het eerste misbruik bestaat, te weten de praktijken met betrekking tot dienstencontracten bedoeld in artikel 14 van de TACA-overeenkomst, in zoverre zij krachtens verordening nr. 4056/86 zijn opgelegd.
- 1598 Het thans besproken middel moet dus enkel worden onderzocht met betrekking tot het gedeelte van de geldboeten dat ter zake van laatstgenoemde praktijken is opgelegd krachtens verordening nr. 1017/68.
- 1599 Volgens punt 92 van de considerans van de bestreden beschikking maakte het inlandvervoer op het grondgebied van de Gemeenschap, dat onder de toepassing van verordening nr. 1017/68 valt, in 1995 ongeveer 48 % uit van de door de partijen bij de TACA tussen de Verenigde Staten en Europa vervoerde vracht.
- 1600 Uit tabel 13 bij punt 598 van de considerans van de beschikking blijkt, dat de geldboete ter zake van het eerste misbruik overeenkomt met ongeveer 9 % van de bij die beschikking opgelegde totale geldboete, zodat het krachtens verordening nr. 1017/68 opgelegde gedeelte ongeveer 5 % van die totale boete uitmaakt.

- 1601 Nu moet dus worden nagegaan, of dat gedeelte van de geldboete ondanks de door verzoeksters aangevoerde verzachtende omstandigheden gerechtvaardigd blijft.
- 1602 In de punten 601 tot en met 606 van de considerans van de beschikking sluit de Commissie het bestaan van verzachtende omstandigheden uit, in de eerste plaats omdat er geen enkele reden is aangevoerd waarom de partijen bij de TACA als volger en niet als leider zouden moeten worden beschouwd, en in de tweede plaats omdat de partijen bij de TACA wel moesten weten dat hun praktijken tot beperking van de mededinging strekten en niet onder de toepassing van de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 vielen, net zo min als zij in onzekerheid konden verkeren over de mogelijkheid dat hun ondanks de aanmelding van de praktijken met betrekking tot dienstencontracten geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag zouden worden opgelegd.
- 1603 In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat, zoals al vastgesteld in de punten 1468 en 1469 supra, alle in artikel 14 van de TACA-overeenkomst bedoelde onrechtmatige praktijken bij de Commissie zijn aangemeld met het oog op een individuele vrijstelling. Ofschoon de partijen bij de TACA die aanmelding krachtens verordening nr. 4056/86 hadden verricht, deelde de Commissie hun bij brief van 15 juli 1994 mee, dat hun verzoek om individuele vrijstelling ook aan verordening nr. 1017/68 zou worden getoetst, daar sommige van de aangemelde activiteiten niet binnen het toepassingsgebied van verordening nr 4056/86 vielen.
- 1604 Verder hebben de partijen bij de TACA de Commissie er op 9 maart 1995 uitdrukkelijk van in kennis gesteld, dat de FMC hun had verplicht hun overeenkomst zo te wijzigen, dat individuele dienstencontracten in 1996 waren toegestaan, mits zij voldeden aan de voorwaarden van artikel 14 van de TACA-overeenkomst. Vervolgens hebben zij de Commissie op 21 maart 1995 een gewijzigde tekst van artikel 14 van de in 1994 aangemelde TACA-overeenkomst toegezonden.

- 1605 Aldus doende hebben verzoeksters de Commissie dus eigener beweging in kennis gesteld van de praktijken die deze nadien als met artikel 86 van het Verdrag strijdige misbruiken heeft aangemerkt.
- 1606 Dit geldt temeer, daar noch verordening nr. 4056/86 noch verordening nr. 1017/68 voorziet in een stelsel van verplichte aanmelding ter verkrijging van een individuele vrijstelling, zodat de TACA-overeenkomst door verzoeksters op basis van vrijwilligheid is aangemeld.
- 1607 De aanmelding van de TACA-overeenkomst heeft de Commissie derhalve in staat gesteld het onrechtmatige karakter van de in die overeenkomst geregelde praktijken met betrekking tot dienstencontracten met minder moeite vast te stellen, en heeft er aldus toe bijgedragen, de taak van de Commissie om inbreuken op de communautaire mededingingsvoorschriften op te sporen en te bestraffen, te vergemakkelijken, hetgeen volgens de rechtspraak een omstandigheid is die een vermindering van de geldboeten kan rechtvaardigen (arrest Hof van 16 november 2000, SCA Holding/Commissie, C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 36; in dezelfde zin arrest Hof van 18 september 2003, Volkswagen/Commissie, C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189, punt 179).
- 1608 Met het oog op eventuele verzachtende omstandigheden die de partijen bij de TACA te goede konden worden gehouden, heeft de Commissie in de bestreden beschikking echter niet onderzocht, in welke mate zij tijdens de administratieve procedure hebben medegewerkt. Noch in haar memories noch ter terechtzitting heeft zij evenwel de medewerking in de vorm van aanmelding van de TACA-overeenkomst ontkend. In haar verweerschrift heeft zij enkel verklaard, dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure niet hebben opgehouden de feiten en de juridische beoordeling ervan te betwisten, zodat er niet kon worden gesproken van samenwerking in de zin van de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen.

1609 Verzoeksters stellen evenwel niet, dat zij de in de bestreden beschikking vastgestelde feiten of inbreuken niet hebben betwist, maar enkel dat zij het voor de Commissie mogelijk hebben gemaakt die feiten en inbreuken gemakkelijker vast te stellen. Daarmee doen zij geenszins een beroep op de mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen, die betrekking heeft op de samenwerking met de Commissie bij het aangeven van geheime kartels — welk geval zich in casu niet voordoet —, maar op de medewerking die de Commissie in elke procedure tot toepassing van de communautaire mededingingsvoorschriften in aanmerking moet nemen, wanneer de betrokken ondernemingen door hun opstelling tijdens de administratieve procedure haar taak in de zin van de aangehaalde rechtspraak hebben vergemakkelijkt. Daarbij komt, dat de Commissie zelf in punt 3, zesde streepje, van de richtsnoeren in een mogelijke vermindering van de geldboeten voorziet in het geval van „daadwerkelijke medewerking van de onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de mededeling [...] betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten”.

1610 Irrelevant ten slotte is de omstandigheid dat de in geding zijnde onrechtmatige praktijken met het oog op een individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag zijn onthuld. Aangezien de partijen bij de TACA de Commissie door hun aanmelding in staat hebben gesteld de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat, eenvoudiger op te sporen en te bewijzen, hebben zij noodzakelijkerwijs de taak van de Commissie vergemakkelijkt in de zin van de eerder aangehaalde rechtspraak.

1611 In de tweede plaats is de bestreden beschikking de eerste beschikking waarin de Commissie de wettigheid van praktijken van lijnvaartconferenties in verband met dienstencontracten rechtstreeks aan de communautaire mededingingsvoorschriften heeft getoetst.

1612 Wat de toepassing van artikel 85 van het Verdrag betreft, kan de Commissie zich niet op punt 410 van de considerans van de beschikking TAA baseren voor haar bewering in punt 603 van de considerans van de bestreden beschikking, dat

verzoeksters „sinds oktober 1994 [wisten] dat de Commissie van oordeel was dat het uitsluiten van individuele dienstencontracten een ernstige beperking van de mededinging vormt”. In dit punt van de considerans van de beschikking TAA stelt de Commissie immers niet vast, dat het verbod van individuele dienstencontracten een mededingingsbeperking in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is, maar enkel dat de door de leden van de TAA gesloten prijsvaststellingsovereenkomst voor het zeevervoer niet aan de eerste voorwaarde voor een individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet, onder meer omdat „[de TAA d]oor het verbod van directe en persoonlijke onderhandelingen tussen de structurele leden van de TAA en de verladers [...] het tot stand komen van directe samenwerking en partnerschapsrelaties op middellange of lange termijn tussen leveranciers en afnemers [belemmert]”.

1613 In zoverre in de beschikking TAA, gezien de verwijzing in haar punt 286 van de considerans naar de punten 13 tot en met 15 van de considerans van dezelfde beschikking, een verbod kan worden gelezen van de in laatstgenoemde paragrafen beschreven regels en voorwaarden van de TAA met betrekking tot dienstencontracten, te weten die betreffende hun looptijd, de minimumhoeveelheden waarop zij betrekking moesten hebben, en de wijze van totstandkoming van individuele dienstencontracten — wat de Commissie noch in de onderhavige procedure noch in die welke tot het arrest TAA heeft geleid, heeft beweerd —, moet worden vastgesteld dat, waar de TAA volgens de beschikking TAA geen lijnvaartconferentie was, genoemde beschikking niet kan worden geacht reeds een toetsing te bevatten van de wettigheid van de regels van lijnvaartconferenties met betrekking tot dienstencontracten. Hoe dan ook wordt in de beschikking TAA enkel de wettigheid beoordeeld van twee van de vijf praktijken die in de bestreden beschikking als onrechtmatig zijn aangemerkt, terwijl de in 1992 aangemelde TAA-overeenkomst ook een verbod bevatte van voorwaardelijke bedingen en meervoudige contracten en de hoogte van de strafbedingen bepaalde, welke regels bij de bestreden beschikking onrechtmatig zijn verklaard.

1614 Wat vervolgens de toepassing van artikel 86 van het Verdrag betreft, had de Commissie, naar zij in punt 602 van de considerans van de bestreden beschikking verklaart, de partijen bij de TAA er in haar mededeling van punten van bezwaar in de zaak TAA weliswaar op gewezen, dat zij voornemens was geldboeten op te leggen ter zake van misbruik van machtspositie op het gebied van de diensten-

contracten, maar in haar eindbeschikking heeft zij op dat punt geen inbreuk op artikel 86 van het Verdrag vastgesteld. Gezien het voorlopige karakter van de mededeling van punten van bezwaar, mochten verzoeksters er daarom van uitgaan, dat de Commissie haar bezwaren in verband met de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag op de praktijken met betrekking tot dienstencontracten had teruggenomen.

1615 In de derde plaats kan niet serieus worden betwist, dat de wijze waarop de praktijken van lijnvaartconferenties met betrekking tot dienstencontracten juridisch moesten worden behandeld, in het bijzonder gelet op het nauwe verband tussen die praktijken en overeenkomsten die ingevolge een zeer specifieke en mededingingsrechtelijk uitzonderlijke regeling voor groepsvrijstelling in aanmerking komen, verre van duidelijk was en met name ingewikkelde juridische vragen opwierp (in overeenkomstige zin arrest FEFC, reeds aangehaald in punt 196 supra, punt 484).

1616 Daarbij valt op te merken, dat zoals uit de punten 496 tot en met 507 en 520 tot en met 528 supra blijkt, de Commissie, ofschoon de redengeving van de bestreden beschikking 611 punten telt, eerst ter terechtzitting duidelijkheid heeft geschapen over de vraag, in hoeverre de praktijken van de TACA met betrekking tot dienstencontracten volgens die beschikking in strijd waren met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Ter terechtzitting en in haar antwoorden op schriftelijke vragen van het Gerecht desbetreffend heeft de Commissie zelf toegegeven, dat zowel het dispositief als sommige paragrafen van de considerans van de bestreden beschikking op zich beschouwd voor verschillende uitlegging vatbaar waren. In het bijzonder bevat de beschikking verscheidene tegenstrijdige passages met betrekking tot de vraag, of de partijen bij de TACA conference-dienstencontracten mochten sluiten en of zij vrijelijk de inhoud ervan mochten bepalen, en dit ofschoon, naar uit de punten 421 tot en met 423 van het arrest TAA blijkt, reeds de beschikking TAA aanleiding had gegeven tot uitleggingsproblemen op dat punt.

1617 In de vierde plaats is het misbruik dat uit de praktijken met betrekking tot dienstencontracten resulteert, geen klassieke vorm van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

1618 Anders dan de Commissie stelt, kunnen de in geding zijnde praktijken in geen geval zonder meer op één lijn worden gesteld met de gevallen van verkoopweigerings die in eerdere rechtspraak als onrechtmatig zijn gekwalificeerd en waarbij het, onder meer, ging om het staken van leveringen aan een afnemer zonder dat diens bestellingen een abnormaal karakter hadden (arrest United Brands/Commissie, reeds aangehaald in punt 853 supra, punt 186), het weigeren een afnemer te beleveren teneinde een afgeleide markt voor zichzelf te houden (arrest Hof van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 24), of het weigeren een afnemer te beleveren teneinde exclusieve rechten te beschermen (arresten Hof van 5 oktober 1988, Volvo, C-238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 9, en 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 54). Want ook al hebben de partijen bij de TACA in casu door de in geding zijnde praktijken beperkingen gesteld aan de toegang tot en de inhoud van dienstencontracten, zij hebben het de verladers nooit onmogelijk gemaakt hun vracht in het kader van dienstencontracten dan wel in het kader van de lijsttarieven door leden van de conference in het relevante vaargebied te doen vervoeren. Daarbij moet overigens worden aangetekend, dat de Commissie in punt 553 van de considerans van de bestreden beschikking zelf vaststelt, dat het bij de in geding zijnde praktijken niet ging om „een rechtstreekse weigering om diensten te verlenen”, maar, in haar eigen woorden, „een weigering om diensten te verlenen anders dan op basis van oneerlijke voorwaarden”.

1619 Ofschoon de in geding zijnde beperkingen bij dienstencontracten in punt 592 van de considerans van de bestreden beschikking stellig als een „ernstige” inbreuk in de zin van de richtsnoeren konden worden aangemerkt, daar zij ertoe strekten de prijsconcurrentie te beperken, wat verzoeksters niet serieus kunnen betwisten, aangezien zij die beperkingen rechtvaardigen met de noodzaak de prijsstabiliteit te verzekeren, is het daarentegen niet zonder meer duidelijk dat zij als een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag zijn te beschouwen.

1620 Immers, behalve dat de Commissie het aanvankelijk op dat punt geformuleerde verwijt van misbruik in de beschikking TAA heeft laten vallen, heeft zij in de onderhavige zaak pas in de mededeling van punten van bezwaar, na drie jaar onderzoek van de gewraakte praktijken, de partijen bij de TACA voor het eerst laten weten dat zij beoogde artikel 86 van het Verdrag op die praktijken toe te

passen, ofschoon zij ze blijkens de tijdens de administratieve procedure gevoerde briefwisseling eind 1994 begin 1995 al gedetailleerd had onderzocht, zonder dat zij op dat moment ook maar had gezinspeeld op de mogelijkheid van toepassing van artikel 86 van het Verdrag. In haar brief van 15 december 1994 wees de Commissie er enkel op, dat de praktijken met betrekking tot dienstencontracten niet onder de groepsvrijstelling van verordening nr. 4056/86 vielen en dat zij, om voor een individuele vrijstelling in aanmerking te komen, wijziging behoefden. En toen de partijen bij de TACA na de tussenkomst van de FMC de Commissie informeerden over de toepassing van de bepalingen van artikel 14 van de TACA-overeenkomst op individuele dienstencontracten, bestond haar enige reactie erin, hen er in haar brief van 16 mei 1995 op te wijzen, dat die toepassing de mededinging leek te beperken en waarschijnlijk niet voor individuele vrijstelling in aanmerking kwam.

1621 In die omstandigheden kan de partijen bij de TACA er geen verwijt van worden gemaakt dat zij, ondanks rechtspraak dat door een onderneming met een machtspositie gesloten overeenkomsten misbruik kunnen opleveren, niet beseften dat hun praktijken met betrekking tot dienstencontracten als misbruik konden worden aangemerkt. Daarbij moet verder worden bedacht, dat de Commissie pas ter terechtzitting voor het eerst heeft gepreciseerd, dat terwijl de bestreden beschikking tot de bevinding kwam, dat de bepalingen van artikel 14 van de TACA-overeenkomst uitsluitend met artikel 85 van het Verdrag in strijd waren voorzover zij op individuele dienstencontracten, maar niet op conference-dienstencontracten van toepassing waren, er daarentegen in werd vastgesteld dat genoemde bepalingen in elk geval in strijd waren met artikel 86 van het Verdrag, ook in zoverre zij op conference-dienstencontracten van toepassing waren.

1622 In de vijfde plaats hadden verzoeksters tijdens de administratieve procedure alle reden om aan te nemen, dat de Commissie hen niet voor hun praktijken met betrekking tot dienstencontracten zou beboeten.

1623 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat voorzover die praktijken onder verordening nr. 4056/86 vallen, de partijen bij de TACA immuniteit genoten

voor de geldboeten waarin die verordening bij inbreuken op artikel 86 van het Verdrag voorziet. Hoewel het krachtens verordening nr. 4056/86 opgelegde gedeelte van de geldboeten in het kader van de hier besproken middelen buiten beschouwing kan blijven, moet wel worden opgemerkt, dat de Commissie ongelijk heeft met haar opmerking in punt 604 van de considerans van de bestreden beschikking, dat „alle partijen bij de TACA toegang hadden tot voldoende juridisch advies om op de hoogte te zijn van de mogelijkheid van de oplegging van geldboeten wegens inbreuken op artikel 86, ongeacht de aanmelding van de TACA”.

- 1624 Voorzover de betrokken praktijken onder verordening nr. 1017/68 vallen, moet worden opgemerkt, dat er destijds echte onzekerheid heerste omtrent het bestaan van boete-immuniteit in het kader van die verordening. Hoewel het Gerecht in zijn arrest *Atlantic Container Line e.a./Commissie* (reeds aangehaald in punt 44 supra) had beslist, dat verordening nr. 1017/68 niet in boete-immuniteit voorzag en dat deze niet uit de algemene beginselen kon worden afgeleid, valt niet te betwisten dat er ernstige twijfel dienaangaande bestond, want in de beschikking waartegen het beroep in die zaak was gericht, had de Commissie zelf het voorzorgshalve nodig gevonden de partijen bij de TACA de boete-immuniteit te ontnemen ten aanzien van de TACA-regeling inzake de bepaling van de inlandtarieven, voor het geval zij op grond van verordening nr. 1017/68 aanspraak op immuniteit zouden kunnen maken. Het argument in punt 604 van de considerans van de bestreden beschikking, dat verzoeksters niet onkundig konden zijn van het risico, dat hun ter zake van de aangemelde overeenkomsten geldboeten in het kader van artikel 86 van het Verdrag zouden worden opgelegd, houdt dus evenmin stand met betrekking tot het krachtens verordening nr. 1017/68 opgelegde gedeelte van de geldboeten, het enige gedeelte dat in het kader van de hier besproken middelen nog moet worden onderzocht.

- 1625 Dus ook al heeft de Commissie bij haar brief van 15 december 1994 de partijen bij de TACA ervan op de hoogte gesteld, dat de TACA-praktijken met betrekking tot dienstencontracten haars inziens niet onder de toepassing van de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 4056/86 vielen, hetgeen stellig duidelijk maakte dat zij bezwaren tegen die praktijken had, dit belet niet, dat de partijen bij

de TACA ervan mochten uitgaan, dat het feit dat zij die praktijken hadden aangemeld, hen beschermd tegen het risico van geldboeten in het kader van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. In punt 604 van de considerans van de beschikking kon de Commissie zich derhalve tegenover verzoeksters niet op die brief beroepen om iedere verzachtende omstandigheid uit te sluiten.

1626 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat de Commissie, hoewel zij tijdens de administratieve procedure voortdurend in briefwisseling met de partijen bij de TACA stond, hen tot de verzending van de mededeling van punten van bezwaar niet ervan in kennis heeft gesteld, dat zij de gewraakte praktijken niet slechts als mededingingsbepalingen in de zin van artikel 85 van het Verdrag, maar ook als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag beoogde te kwalificeren.

1627 Alle geldboeten die bij de bestreden beschikking zijn opgelegd, betreffen echter de periode tussen de aanmelding van de TACA-overeenkomst en de verzending van de mededeling van punten van bezwaar.

1628 Dus ook indien de partijen bij de TACA van mening waren geweest, dat de aanmelding van de praktijken met betrekking tot dienstencontracten hun geen immuniteit verschafte voor geldboeten ter zake van inbreuken op artikel 86 van het Verdrag, hadden zij geen reden die praktijken te wijzigen teneinde geldboeten in het kader van die bepaling te ontlopen, aangezien zij op dat moment niet wisten dat de Commissie ze als misbruiken beschouwde.

1629 Ook om deze reden kan het in punt 604 van de considerans van de beschikking vermelde argument, dat „alle partijen bij de TACA toegang hadden tot voldoende juridisch advies om op de hoogte te zijn van de mogelijkheid van de oplegging van geldboeten wegens inbreuken op artikel 86, ongeacht de aanmelding van de TACA”, niet worden aanvaard.

1630 Ten slotte moet erop worden gewezen dat, zoals verzoeksters in hun memories hebben aangevoerd, de Commissie in haar beschikkingspraktijk reeds heeft aanvaard, dat geen geldboete moet worden opgelegd wanneer een zelfde gedraging in strijd is met zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag en zij met het oog op een individuele vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag is aangemeld. Zo is bij beschikking 89/113, waarin de Commissie vaststelde dat Racal Decca met bepaalde voor vrijstelling aangemelde overeenkomsten inbreuk had gemaakt op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, die onderneming noch in het kader van artikel 85 noch in dat van artikel 86 een geldboete opgelegd, onder meer omdat Racal Decca de onrechtmatige praktijken meteen ter kennis van de Commissie had gebracht. Evenzo heeft het Hof vastgesteld, dat de Commissie bij beschikking 76/353 United Brands geen geldboete in het kader van artikel 86 van het Verdrag had opgelegd wegens het verbod aan haar distributeurs-rijpers om groene bananen te verkopen, omdat dat verbod voorkwam in de algemene verkoopvoorwaarden die United Brands voor vrijstelling had aangemeld (arrest United Brands/Commissie, reeds aangehaald in punt 853 supra, punten 291 en 292).

1631 Ter terechtzitting hebben verzoeksters voorts terecht opgemerkt, dat in de zaak Van den Bergh Foods [beschikking 98/531/EG van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (zaken IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (PB L 246, blz. 1)] de door die overheersende onderneming voor individuele vrijstelling aangemelde overeenkomsten, die voorzagen in de levering van diepvriescasten aan verkooppunten die consumptie-ijs van genoemde onderneming verkochten, op voorwaarde dat zij uitsluitend voor dit ijs werden gebruikt, wel als concurrentiebeperkend én als misbruik werden aangemerkt, doch niet tot geldboeten hebben geleid.

1632 Daartegenover heeft de Commissie geen andere beschikkingen weten te noemen waarbij een geldboete in het kader van artikel 86 van het Verdrag is opgelegd ter zake van gedragingen die krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag waren aangemeld.

- 1633 Gelet op een en ander, en zonder dat over de andere middelen en argumenten van verzoeksters moet worden beslist, houdt het Gerecht het krachtens zijn volledige rechtsmacht voor gerechtvaardigd, in casu geen geldboete op te leggen ter zake van de in artikel 14 van de TACA-overeenkomst bedoelde onrechtmatige praktijken, voorzover deze praktijken onder de toepassing van verordening nr. 1017/68 vallen.
- 1634 Artikel 8 van het dispositief van de bestreden beschikking moet derhalve nietig worden verklaard.

VII — *Middel ontleend aan schending van artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag*

Argumenten van partijen

- 1635 Verzoekster in zaak T-213/98 stelt dat de Commissie haar onrechtmatig schade heeft berokkend door haar te verplichten een bankgarantie voor de haar opgelegde geldboete te stellen.
- 1636 De Commissie houdt dit middel voor niet-ontvankelijk en ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 1637 Krachtens artikel 21, eerste alinea, van 's Hofs Statuut, ingevolge artikel 53, eerste alinea, van dat statuut van toepassing op de procedure voor het Gerecht, en

artikel 44, lid 1, sub c en d, van het Reglement voor de procesvoering dient het verzoekschrift onder meer te bevatten een omschrijving van het voorwerp van het geschil en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen. Die gegevens moeten voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat de verwerende partij in staat is haar verweer voor te bereiden en het Gerecht in voorkomend geval zonder nadere informatie op het beroep kan beslissen. Om de eerbiediging van het tegenspraakbeginsel, de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te verzekeren, is het voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk dat de belangrijkste elementen feitelijk en rechtens waarop het is gebaseerd, ten minste summier, maar coherent en begrijpelijk, uit de tekst van het verzoekschrift zelf volgen (beschikking De Hoe/Commissie, punt 20, arrest Ismeri Europa/Rekenkamer, punt 29, en beschikking Partido Latinoamericano/Raad, punt 6, alle reeds aangehaald in punt 281 supra).

- 1638 Volgens vaste rechtspraak is het, gezien die vereisten, in eerste instantie de partij die zich op de aansprakelijkheid van de Commissie beroept, die het bewijs moet leveren van het bestaan en de omvang van de gestelde schade en het causale verband tussen die schade en de gewraakte gedraging van de gemeenschapsinstellingen moet aantonen (arresten Hof van 21 mei 1976, Roquette Frères/Commissie, 26/74, Jurispr. blz. 677, punten 22 en 23, en 7 mei 1998, Somaco/Commissie, C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 71).
- 1639 Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, kan in casu aan de hand van het verzoekschrift niet met de nodige nauwkeurigheid worden bepaald, wat de aan de Commissie verweten onrechtmatige gedraging is.
- 1640 In haar memories beperkt verzoekster zich immers tot de opmerking, dat „het aandringen van de Commissie om een bankgarantie te krijgen, NYK in de moeilijke positie heeft gebracht daar tegen aanzienlijke kosten in te moeten voorzien”, en dat „gezien de volstrekt uitzonderlijke aard van de zaak, die wordt gekenmerkt door een ongehoord aantal voorbeelden van slecht bestuur van de zijde van de Commissie, NYK eerbiedig stelt dat de Commissie haar onrechtmatig

schade heeft veroorzaakt”. Ook ter terechtzitting heeft verzoekster slechts betoogd, dat de in haar nietigheidsmiddelen gestelde onrechtmatigheden zo ernstig zijn, dat een schadevergoeding krachtens artikel 215 van het Verdrag gerechtvaardigd is.

1641 Aan de hand van de aangehaalde zinsneden uit het verzoekschrift en de ter terechtzitting aangevoerde elementen is het niet mogelijk te bepalen waarin de aan de Commissie verweten onrechtmatige gedragingen bestaan, en zelfs niet of die gedragingen in iets anders bestaan dan in de onwettigheid van de bestreden beschikking (arrest Gerecht van 21 januari 1999, Riviera Auto Service e.a./Commissie, T-185/96, T-189/96 en T-190/96, Jurispr. blz. II-93, punt 90; in de sfeer van het EGKS-Verdrag: arrest Gerecht van 10 oktober 2001, Corus UK/Commissie, T-171/99, Jurispr. blz. II-2967, punt 45). In het bijzonder blijkt niet duidelijk uit het verzoekschrift, of de gestelde onrechtmatige gedraging bestaat in het vaststellen van de bestreden beschikking, in het eisen van een bankgarantie of in beide.

1642 Hieruit volgt, dat de in het verzoekschrift geformuleerde eis tot schadevergoeding reeds om deze reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

1643 Voorzover verzoekster in het kader van haar schadevordering krachtens artikel 215 van het Verdrag ter terechtzitting bovendien heeft betoogd, dat de Commissie ingevolge artikel 176 EG-Verdrag (thans artikel 233 EG) bij de uitvoering van het nietigverklaringsarrest van het Gerecht de voor het stellen van een bankgarantie gemaakte kosten dient te vergoeden, volstaat het eraan te herinneren, dat een dergelijke vordering, die los staat van die tot verwijzing in de proceskosten, volgens de rechtspraak niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien zij in werkelijkheid de uitvoering van het arrest betreft. Volgens artikel 176 van het Verdrag staat het immers aan de Commissie de voor die uitvoering noodzakelijke maatregelen te nemen (arresten Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald in punt 172 supra, punt 5118, en 9 juli 2003, Archer Daniels Midland e.a./Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 356). In elk geval, daar dit aan schending van artikel 176 van het Verdrag ontleende middel in het verzoekschrift niet voorkomt en niet gebaseerd is op een element waarvan eerst tijdens de procedure is gebleken, moet het worden aangemerkt als een nieuw middel in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

- 1644 Op grond van een en ander moet de vordering tot schadevergoeding worden afgewezen, daar zij hoe dan ook niet-ontvankelijk is.

Kosten

- 1645 Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld dan wel om bijzondere redenen.
- 1646 In casu is het stellig zo, dat de bestreden beschikking een van de langste is die de Commissie ooit krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag heeft gegeven, dat die beschikking zowel feitelijk als rechtens betrekkelijk ingewikkelde vraagstukken opwerpt waarover op het moment van instelling van de beroepen geen relevante rechtspraak voorhanden was, en dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand geen beperkingen stelt aan de omvang van de memories en stukken die tot staving van een op de grondslag van artikel 173 van het Verdrag ingesteld beroep tot nietigverklaring worden ingediend. Niettemin moet worden vastgesteld, dat de vier door verzoeksters ingediende verzoekschriften alsook de bijlagen ervan ongewoon volumineus zijn — elk van de verzoekschriften telt bijna 500 bladzijden, terwijl de bijlagen omstreeks honderd dossiermappen omvatten — en dat er een overmatig groot aantal middelen in wordt aangevoerd die, ofschoon enkele ervan gegrond zijn verklaard, voor het merendeel elke grond ontberen.
- 1647 Hoewel het beroep op verscheidene punten gegrond is verklaard, hebben verzoeksters door hun gedraging de behandeling van de zaak aanzienlijk verzwaard en daardoor onder meer de kosten van de Commissie onnodig opgedreven. Gelet op deze omstandigheden lijkt het billijk om te beslissen dat elk van de partijen haar eigen kosten zal dragen.

1648 Met betrekking tot de interveniërende partij, de ECTU, komt het juist voor om haar overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement van de procesvoering in de eigen kosten te verwijzen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart artikel 5 van beschikking 1999/243/EG van de Commissie van 16 september 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Zaak IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) nietig.

- 2) Verklaart artikel 6 van beschikking 1999/243 nietig voorzover het van toepassing is op de uitwisseling door verzoeksters van informatie over het bestaan en de inhoud van hun individuele dienstencontracten

- 3) **Verklaart artikel 7 van beschikking 1999/243 nietig voorzover dat wegens de nietigverklaring van de artikelen 5 en 6 nodig is**

- 4) **Verklaart artikel 8 van beschikking 1999/243 nietig.**

- 5) **Verwerpt de beroepen voor het overige.**

- 6) **Verstaat dat verzoeksters en de Commissie elk hun eigen kosten zullen dragen.**

- 7) **Verstaat dat de European Council of Transport Users ASBL zijn eigen kosten zal dragen.**

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 september 2003.

De griffier

De president van de Derde kamer

H. Jung

K. Lenaerts

II - 3812

Inhoud

De toepasselijke regeling	II - 3301
De feiten	II - 3312
I — Trans-Atlantic Agreement („TAA”)	II - 3312
II — Trans-Atlantic Conference Agreement („TACA”)	II - 3315
Aanmeldingen door de TACA	II - 3315
De administratieve procedure tot opheffing van de boete-immuniteit	II - 3317
De administratieve inbreukprocedure krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag	II - 3318
De bestreden beschikking	II - 3320
I — De relevante bepalingen van de TACA	II - 3320
Gezamenlijke vaststelling van de vervoerprijzen	II - 3320
Dienstencontracten	II - 3321
Beloning van makelaars en expediteurs	II - 3324
II — De relevante markt	II - 3324
III — Juridische beoordeling	II - 3325
Toepassing van artikel 85 van het Verdrag	II - 3325
Toepassing van artikel 86 van het Verdrag	II - 3327
Geldboeten	II - 3328
Dispositief	II - 3328
Het procesverloop	II - 3332
Conclusies van partijen	II - 3336
In rechte	II - 3337
I — Middelen ontleend aan schending van de rechten van de verdediging	II - 3337
Eerste onderdeel: schending van het recht te worden gehoord	II - 3338
A — Onwettigheid van de mededeling van punten van bezwaar wegens haar prematuur karakter	II - 3339
1. Argumenten van partijen	II - 3339
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3342
	II - 3813

B — Het voorkomen van nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in de bestreden beschikking	II - 3348
1. Nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard in verband met het tweede misbruik	II - 3348
a) Argumenten van partijen	II - 3348
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3352
i) Wijziging van de aard van het tweede misbruik in de bestreden beschikking	II - 3352
ii) De bewijsstukken voor het in de bestreden beschikking vastgestelde tweede misbruik	II - 3363
2. Andere nieuwe beweringen van feitelijke of juridische aard	II - 3374
a) Opmerkingen vooraf	II - 3374
b) Nieuwe beweringen betreffende de wettigheid van gezamenlijke dienstencontracten, het feit dat de partijen bij de TACA een collectieve positie innemen en dat die positie een machtspositie is	II - 3377
i) Argumenten van partijen	II - 3377
ii) Beoordeling door het Gerecht	II - 3378
— De beweringen inzake de wettigheid van de gezamenlijke dienstencontracten	II - 3379
— De beweringen inzake het collectieve karakter van de positie van de partijen bij de TACA	II - 3384
— De bewering dat de positie van de partijen bij de TACA een machtspositie is	II - 3390
c) Nieuwe beweringen resulterend uit de antwoorden van verzoekers op verzoeken om inlichtingen van na de mededeling van punten van bezwaar	II - 3395
i) Argumenten van partijen	II - 3395
ii) Beoordeling door het Gerecht	II - 3396
— De ontvankelijkheid van het middel	II - 3396
— De gegrondheid van het middel	II - 3399

Het verzoek om inlichtingen van 22 mei 1996	II - 3401
Het verzoek om inlichtingen van 11 juli 1996	II - 3401
De verzoeken om inlichtingen van 17 juli en 8 augustus 1996	II - 3406
Het verzoek om inlichtingen van 12 september 1996	II - 3406
Het verzoek om inlichtingen van 8 november 1996	II - 3408
Het verzoek om inlichtingen van 12 februari 1997	II - 3408
Het verzoek om inlichtingen van 13 februari 1997	II - 3409
Het verzoek om inlichtingen van 15 mei 1997	II - 3410
Het verzoek om inlichtingen van 19 juni 1997	II - 3410
Het verzoek om inlichtingen van 2 oktober 1997	II - 3411
d) Conclusie	II - 3411
Tweede onderdeel: schending van het recht op toegang tot het dossier	II - 3412
A — Opmerkingen vooraf	II - 3412
B — Het middel inhoudende dat de verslagen van de gesprekken tussen de Commissie en de klagers niet zijn medegedeeld	II - 3415
1. Argumenten van partijen	II - 3415
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3417
C — Het middel inhoudende dat geen verslag of enig memorandum betreffende een bijeenkomst van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, met de ESC is meegegeeld	II - 3420
1. Argumenten van partijen	II - 3420
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3425
D — Het middel inhoudende dat het dossier onvolledig is	II - 3433
1. Argumenten van partijen	II - 3433
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3433
Derde onderdeel: schending van de beginselen van goed bestuur, objectiviteit en onpartijdigheid	II - 3434
A — Het verloop van de administratieve procedure	II - 3435
1. Argumenten van partijen	II - 3435

2. Beoordeling door het Gerecht	II-3436
a) Het premature karakter van de mededeling van punten van bezwaar	II-3436
b) De opstelling van de bestreden beschikking	II-3443
c) De bedreiging met geldboeten	II-3445
B — De beoordeling van de relevante feiten, bewijzen en vragen	II-3450
1. Argumenten van partijen	II-3450
2. Beoordeling door het Gerecht	II-3452
C — De beoordeling van de geldboeten	II-3454
1. Argumenten van partijen	II-3454
2. Beoordeling door het Gerecht	II-3455
D — Conclusie betreffende het derde onderdeel	II-3456
Conclusie betreffende de middelen ontleend aan schending van de rechten van de verdediging	II-3457
II — Middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt	II-3457
Eerste onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de overeenkomst inzake de bepaling van de prijzen van inlandvervoerdiensten	II-3458
Tweede onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor dienstencontracten	II-3459
A — De bevoegdheid van de partijen bij de TACA om conference-dienstencontracten te sluiten	II-3459
1. Toepassing van de groepsvrijstelling bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 4056/86	II-3460
a) Argumenten van partijen	II-3460
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3462
2. Verlening van individuele vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II-3467
a) Argumenten van partijen	II-3467
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3468

B — De TACA-regels inzake dienstencontracten	II - 3468
1. De regels betreffende de inhoud van conference-dienstencontracten.	II - 3468
a) Argumenten van partijen	II - 3468
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3470
2. De regels betreffende de beschikbaarheid en de inhoud van individuele dienstencontracten	II - 3474
a) Argumenten van partijen	II - 3474
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3475
3. Het verbod van zelfstandige acties ten aanzien van dienstencontracten	II - 3477
a) Argumenten van partijen	II - 3477
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3477
Derde onderdeel: de beoordelingen in de bestreden beschikking van de regels voor de beloning van makelaars en expediteurs	II - 3479
A — Argumenten van partijen	II - 3479
B — Beoordeling door het Gerecht	II - 3482
Conclusie betreffende de middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag en artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt	II - 3487
III — Middelen ontleend aan het ontbreken van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag en aan verscheidene motiveringsgebreken op dat punt	II - 3487
Opmerking vooraf over de ontvankelijkheid van deze middelen	II - 3488
Eerste onderdeel: ontbreken van een door de partijen bij de TCA collectief ingenomen machtspositie	II - 3489
A — Verkeerde beoordeling van de economische banden tussen de partijen bij de TACA	II - 3489
1. Argumenten van partijen	II - 3489
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3492

B — Verkeerde beoordeling van de interne mededinging tussen de partijen bij de TACA	II-3505
1. Het in de bestreden beschikking gehanteerde verkeerde juridische criterium	II-3505
a) Argumenten van partijen	II-3505
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3509
2. De middelen ontleend aan verkeerde beoordeling van de interne concurrentie op het gebied van de prijzen en op andere gebieden ..	II-3512
a) Argumenten van partijen	II-3512
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3527
i) Interne prijsconcurrentie	II-3528
ii) Andere vormen van interne concurrentie	II-3533
iii) De specifieke argumenten van verzoekster in zaak T-213/98 .	II-3538
iv) Conclusie betreffende de mate van interne concurrentie	II-3540
3. De middelen ontleend aan motiveringsgebreken	II-3540
a) Argumenten van partijen	II-3540
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3542
C — Conclusie betreffende het eerste onderdeel	II-3547
Tweede onderdeel: de positie van de partijen bij de TACA als machtspositie ...	II-3547
A — De afbakening van de relevante markt	II-3547
1. De relevante dienstenmarkt	II-3548
a) De relevante vervoersdiensten	II-3548
i) Argumenten van partijen	II-3548
ii) Beoordeling door het Gerecht	II-3556
— Substitutie aan de vraagzijde	II-3556
Het luchtvervoer	II-3556
Het traditionele zeevrachtvervoer (in bulk of „break bulk”)	II-3558

De NVOCC's	II- 3566
De inaanmerkingneming van het cumulatief effect van de bronnen van mededinging	II - 3567
— Substitutie aan de aanbodzijde	II - 3568
b) De geografische dimensie van de relevante diensten	II - 3573
i) Argumenten van partijen	II - 3573
ii) Beoordeling door het Gerecht	II - 3576
c) Conclusie betreffende de relevante dienstenmarkt	II - 3585
2. De relevante geografische markt	II - 3585
a) Argumenten van partijen	II - 3585
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3586
3. Conclusie betreffende de afbakening van de relevante markt	II - 3587
B — Het bestaan van een machtspositie op de relevante markt	II - 3588
1. Het marktaandeel van de partijen bij de TACA	II - 3588
a) Argumenten van partijen	II - 3588
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3592
2. De daadwerkelijke externe concurrentie	II - 3602
a) Argumenten van partijen	II - 3602
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3605
i) Het aantal concurrenten van de TACA en de groei van hun marktaandeel	II - 3607
ii) De groei van het door TACA's concurrenten vervoerde vrachtvolume	II - 3609
iii) De daadwerkelijke concurrentie door Evergreen en Lykes ...	II - 3610
iv) Het prijsleiderschap van de TACA en de onafhankelijke concurrenten als prijsnemers	II - 3613
v) De mededinging via de Canadian Gateway	II - 3614
vi) Conclusie betreffende de daadwerkelijke externe concurrentie	II - 3619

3. De potentiële concurrentie	II-3619
a) Argumenten van partijen	II-3619
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3623
i) De kosten van toetreding tot de markt	II-3624
ii) Recente toetredingen tot de relevante markt buiten de TACA om	II-3627
iii) De dienstencontracten	II-3629
iv) Conclusie betreffende de potentiële concurrentie	II-3631
4. De interne concurrentie binnen de TACA	II-3631
a) Argumenten van partijen	II-3631
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3632
5. De tariefontwikkeling in het relevante vaargebied	II-3633
a) Argumenten van partijen	II-3633
b) Beoordeling door het Gerecht	II-3639
i) De verhouding tussen de tegen de normale tarieven vervoerde vracht en de vracht vervoerd onder TVR's en dienstencon- tracten	II-3639
ii) De stijging van de door de partijen bij de TACA toegepaste tarieven	II-3643
6. Conclusie betreffende de middelen inzake het bestaan van een machtspositie op de relevante markt	II-3646
C — Conclusie betreffende het tweede onderdeel	II-3647
Derde onderdeel: geen misbruik van machtspositie	II-3647
A — Eerste misbruik: onrechtmatige beperking van de toegang tot diensten- contracten	II-3647
1. Het objectief gerechtvaardigd zijn van de praktijken waarin het eerste misbruik bestaat	II-3648
a) Argumenten van partijen	II-3648

b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3653
i) De noodzaak van sommige van de gewraakte praktijken	II - 3655
ii) Overeenstemming van sommige van de gewraakte praktijken met wat in het zeevervoer gebruikelijk is	II - 3659
iii) Overeenstemming van sommige van de gewraakte praktijken met het recht van de Verenigde Staten	II - 3660
2. De motivering van de beschikking met betrekking tot het eerste misbruik	II - 3669
a) Argumenten van partijen	II - 3669
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3672
3. Conclusie betreffende het eerste misbruik	II - 3678
B — Tweede misbruik: onrechtmatige wijziging van de mededingingsstructuur van de markt	II - 3678
1. Het bewijs van de praktijken waarin het tweede misbruik bestaat .	II - 3679
a) Argumenten van partijen	II - 3679
i) Inleidende opmerkingen	II - 3679
ii) De specifiek op Hanjin en Hyundai gerichte maatregelen ...	II - 3684
iii) De op potentiële concurrenten in het algemeen gerichte maatregelen	II - 3692
— De dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur	II - 3692
— De dienstencontracten met NVOCC's	II - 3696
b) Beoordeling door het Gerecht	II - 3698
i) De specifieke stimulansen voor Hanjin en Hyundai	II - 3700
— De verplichtingen ingevolge het Amerikaanse recht	II - 3700
— Het bewijs van de op Hanjin en Hyundai gerichte maatregelen	II - 3702
De toetreding van Hanjin tot de TACA	II - 3703
De toetreding van Hyundai tot de TACA	II - 3713
	II - 3821

ii) De algemene stimulansen voor potentiële concurrenten	II-3718
— De dienstencontracten met tweeledige tariefstructuur	II-3719
— De dienstencontracten met NVOCC's	II-3724
iii) Conclusie betreffende het bewijs van de maatregelen waarin het tweede misbruik bestaat	II-3729
IV — Middelen ontleend aan schending van de in verordening nr. 4056/86 geregelde procedure	II-3730
Argumenten van partijen	II-3730
Beoordeling door het Gerecht	II-3731
V — Middel ontleend aan het ontbreken van een motivering voor het niet in aanmerking nemen van het recht van de Verenigde Staten	II-3735
Argumenten van partijen	II-3735
Beoordeling door het Gerecht	II-3738
VI — Middelen betreffende het bedrag van de geldboeten en diverse motiverings- gebreken dienaangaande	II-3743
Eerste onderdeel: de boete-immuniteit	II-3744
A — Argumenten van partijen	II-3744
B — Beoordeling door het Gerecht	II-3750
1. De draagwijdte van de in verordening nr. 4056/86 geregelde immuniteit	II-3752
2. De toepassing van de boete-immuniteit ten aanzien van het eerste misbruik	II-3760
Tweede onderdeel: de berekening van de geldboeten	II-3762
A — De door de Commissie gehanteerde methode ter bepaling van de geldboeten	II-3763
1. Argumenten van partijen	II-3763

2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3772
a) Het vereiste van individuele beoordeling	II - 3773
b) Het beginsel van gelijke behandeling en het evenredigheids- beginsel	II - 3780
c) Het vertrouwensbeginsel	II - 3786
d) Conclusie betreffende de door de Commissie gehanteerde methode ter bepaling van de geldboeten	II - 3789
B — De beoordeling van de verzachtende omstandigheden	II - 3790
1. Argumenten van partijen	II - 3790
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 3796
VII — Middel ontleend aan schending van artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag	II - 3807
Argumenten van partijen	II - 3807
Beoordeling door het Gerecht	II - 3807
Kosten	II - 3810