

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer — uitgebreid)  
8 oktober 1996 \*

In de gevoegde zaken T-24/93,

**Compagnie maritime belge transports SA,**

en

**Compagnie maritime belge SA,**

vennootschappen naar Belgisch recht, gevestigd te Antwerpen (België), vertegenwoordigd door M. Waelbroeck en D. Waelbroeck, advocaten te Brussel, en A. Pappalardo, advocaat te Trapani, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, tijdens de schriftelijke procedure vertegenwoordigd door B. Langeheine en R. Lyal en tijdens de mondelinge behandeling door R. Lyal, P. Nemitz en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

\* Procestaal: Engels, Duits, Nederlands.

verweerster,

ondersteund door

**Grimaldi**, vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Palermo (Italië),

en

**Cobelfret**, vennootschap naar Belgisch recht, gevestigd te Antwerpen (België),  
vertegenwoordigd door M. Clough, Barrister, domicilie gekozen hebbende te  
Luxemburg ten kantore van A. May, advocaat aldaar, Grand-Rue 31,

intervenienten,

T-25/93,

**Dafra-Lines A/S**, vennootschap naar Deens recht, gevestigd te Kopenhagen, ver-  
tegenwoordigd door M. Waelbroeck en D. Waelbroeck, advocaten te Brussel, en  
A. Pappalardo, advocaat te Trapani, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten  
kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, tijdens de schriftelijke procedure vertegenwoordigd door B. Langeheine en R. Lyal en tijdens de mondelinge behandeling door R. Lyal, P. Nemitz en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

T-26/93,

**Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.**, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Hamburg (Duitsland), vertegenwoordigd door M. Strobel, advocaat te Hamburg, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van N. Decker, advocaat aldaar, Avenue Marie-Thérèse 16,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, tijdens de schriftelijke procedure vertegenwoordigd door B. Langeheine en R. Lyal en tijdens de mondelinge behandeling door R. Lyal, P. Nemitz en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

T-28/93,

**Nedlloyd Lijnen BV**, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Rotterdam (Nederland), tijdens de schriftelijke procedure vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger, advocaat te Rotterdam, en tijdens de mondelinge behandeling door J. Steenbergen, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van C. Zeyen, advocaat aldaar, Rue de l'Avenir 4,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, tijdens de schriftelijke procedure vertegenwoordigd door B. Langeheine en R. Lyal en tijdens de mondelinge behandeling door R. Lyal, P. Nemitz en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 93/82/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) en artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal) (PB 1993, L 34, blz. 20),

wijst

II - 1210

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

samengesteld als volgt: C. P. Briët, kamerpresident, P. Lindh, A. Potocki, R. M. Moura Ramos en J. L. Cooke, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 26 maart 1996,

het navolgende

**Arrest**

**Feitelijke achtergrond van het geschil**

- 1 Naar aanleiding van klachten die bij haar waren ingediend op grond van artikel 10 van verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB 1986, L 378, blz. 4; hierna: „verordening nr. 4056/86”), heeft de Commissie een onderzoek ingesteld naar de praktijken van de lijnvaartconferenties die op de scheepvaartverbindingen tussen Europa en West-Afrika opereren.
- 2 Een van die klachten was ingediend door de Association of Independent West African Shipping Interests (hierna: „Aiwasi”), een groep van onafhankelijke, dat wil zeggen niet bij een lijnvaartconferentie aangesloten reders in de Gemeenschap. Grimaldi, een onafhankelijke reder met zetel te Palermo, en Cobelfret, een

onafhankelijke reder met zetel te Antwerpen (hierna tezamen genoemd: „G en C”), zijn oprichters van Aiwasi. In juli 1985 hebben G en C een gemeenschappelijke dienst tussen Noord-Europa en Zaïre ingesteld.

- 3 Associated Central West Africa Lines (hierna: „Cewal”) is een lijnvaartconferentie waarvan het secretariaat te Antwerpen is gevestigd. In Cewal zijn scheepvaartmaatschappijen verenigd die een regelmatige lijndienst onderhouden tussen havens in Zaïre en Angola en de Noordzeehavens, met uitzondering van die in het Verenigd Koninkrijk.
- 4 De Compagnie maritime belge SA (hierna: „CMB”) is een holdingmaatschappij van de CMB-groep. Deze is onder meer actief in de rederij en in het beheer en de exploitatie van scheepvaartlijnen. Op 7 mei 1991 werden de lijndiensten en de multi-modale vervoersdiensten samengevoegd in een afzonderlijke rechtspersoon, de Compagnie maritime belge transports SA (hierna: „CMBT”), ingaande 1 januari 1991.
- 5 Dafra-Lines A/S (hierna: „Dafra-Lines”) is lid van Cewal. Sinds 1 januari 1988 maakt Dafra-Lines deel uit van de CMB-groep.
- 6 Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. (hierna: „DAL”) is lid van de Cewal-conferentie. Tot 1 april 1990 was zij enig aandeelhouder van de vennootschap Woermann-Linie Afrikanische Schifffahrts-Gesellschaft mbH. Op die datum droeg zij haar aandeel over aan CMB, die de activiteiten van die vennootschap per 1 januari 1991 bij CMBT heeft ondergebracht.
- 7 Nedlloyd Lijnen BV (hierna: „Nedlloyd”) is eveneens lid van Cewal.

- 8 Na afsluiting van haar onderzoek gaf de Commissie beschikking 93/82/EEG van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) en artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal) (PB 1993, L 34, blz. 20; hierna: de „beschikking”). Bij deze beschikking wordt vastgesteld dat drie lijnvaartconferenties inbreuk hebben gemaakt op artikel 85, alsmede dat de leden van Cewal inbreuk hadden gemaakt op artikel 86, en wordt aan sommigen van hen een geldboete opgelegd. De beschikking kan als volgt worden samengevat.

## De beschikking

### *Het juridisch kader van het internationale goederenvervoer over zee*

- 9 De wijze van verdeling van de door een lijnvaartconferentie vervoerde ladingen voor een bepaalde zeeverbinding wordt geregeld door een door de Conferentie van de Verenigde Naties voor handel en ontwikkeling opgestelde gedragscode (hierna: „Unctad-gedragscode”) en meer in het bijzonder door de zogenaamde „40: 40: 20”-verdeelsleutel. Volgens deze verdeelsleutel krijgen de nationale rederijen van elk van beide landen waartussen een bepaalde zeeverbinding bestaat, 40 % van de door de conference vervoerde ladingen toegewezen en wordt de resterende 20 % toebedeeld aan bij die conference aangesloten rederijen uit derde landen.
- 10 Verder wordt het beleid van de Afrikaanse staten op het gebied van het internationale zeevervoer geharmoniseerd binnen de in 1975 opgerichte Conférence ministérielle des États de l’Afrique de l’Ouest et du Centre pour le transport maritime (Cmeaoc; Ministersconferentie van de Staten van West- en Midden-Afrika voor het zeevervoer). De Cmeaoc heeft diverse resoluties aangenomen, waarin de Afrikaanse staten worden aangemoedigd, bij het verdelen van hun lading voorrang te verlenen aan de in hun land gevestigde rederijen en systemen van toezicht op de daadwerkelijke toepassing van de door de Unctad-gedragscode voorgeschreven „verdeelsleutel” van het vervoer in te voeren.

11 Op de scheepvaartverbinding tussen Noord-Europa en Zaïre heeft de verdeling van de ladingen volgens de 40: 40: 20-verdeelsleutel van de Unctad-gedragscode concreet gestalte gekregen in drie soorten van maatregelen:

- de deelneming van de Compagnie maritime zaïroise (hierna: „CMZ”) als lid van de Cewal-conference;
- de vaststelling door de Zaïrese overheid van een normatief kader, gevormd door ordonnance-loi nr. 67/272 van 23 juni 1967 en circulaire nr. 139 (IV) van 13 januari 1972 van de Banque du Zaïre. Deze circulaire, vastgesteld in het kader van de deviezenvoorschriften, bepaalde onder meer, dat vanuit Duitse, Belgische, Nederlandse en Scandinavische havens in Zaïre ingevoerde goederen of vanuit Zaïre naar genoemde havens uitgevoerde goederen moesten worden vervoerd met schepen van bij Cewal aangesloten rederijen. Teneinde bovendien de reders te dwingen om in het kader van de met de verladers gesloten bevrachtingsovereenkomsten een stelsel van uitgestelde korting — dat de Zaïrese monetaire autoriteiten veel geld kostte —, te vervangen door een stelsel van contante korting, mochten de Zaïrese banken de vrachtprijs voor ladingen die wegens niet-naleving van deze voorschriften niet voor de op de factuur vermelde contante korting in aanmerking kwamen, niet meer afwikkelen in vreemde valuta.

Na de bekendmaking van deze circulaire werd in de door de rederijen van de Cewal-conference gesloten contracten inderdaad een stelsel van contante kortingen opgenomen. Tot 1985 werd de toepassing van dit stelsel verzekerd door een op de deviezendocumenten aangebrachte speciale vermelding, dat de vracht werd vervoerd door een door de Cewal-conference bevracht schip („Verschepping per Cewal-schip”). Bij circulaire van 26 december 1985 maakte de Banque du Zaïre de afschaffing van dit stelsel bekend;

- de sluiting van een overeenkomst tussen het Zaïrese Office de gestion du fret maritime (hierna: „Ogefrem”) en Cewal, waarvan artikel 1 bepaalt:

„L'Ogefrem, tenant compte des prérogatives légales à lui confiées, et la conférence Cewal veilleront à ce que l'ensemble des marchandises à transporter dans le cadre du champ d'action de la conférence Cewal soit confié aux armements membres de cette conférence maritime.



Avec l'accord explicite des deux parties concernées, des dérogations pourront être accordées."

Deze tweede alinea van deze bepaling ten spijt, heeft Ofregem zonder instemming van Cewal een niet bij de conference aangesloten scheepvaartmaatschappij, namelijk interveniënten G en C, toegestaan aan het vervoer naar en van Zaïre deel te nemen.

*De inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

- 12 Ten tijde van de litigieuze feiten was het vervoer tussen de havens in West- en Noord-Europa en de havens in West-Afrika in beginsel verdeeld tussen drie conferences, te weten Cewal, Continent West Afrika Conference (hierna: „Cowac”) en United Kingdom West Africa Lines Joint Service (hierna: „Ukwal”), waarbij elke conference een eigen reeks van lijnvaartroutes onderhield.
- 13 Naar de Commissie in haar beschikking vaststelde, was deze verdeling van het vervoer het resultaat van een aantal overeenkomsten tussen de drie conferences, waarmee werd beoogd, te beletten dat leden van de ene conference als onafhankelijk reder in de havens binnen de zones van een van de beide andere conferences zouden opereren. Om op de lijn van een andere conference te kunnen opereren, moest een maatschappij eerst tot die conference toetreden.
- 14 De Commissie kwam tot de conclusie dat die overeenkomsten een compartimentering van de markt opleverden, die in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet in aanmerking kwamen voor een vrijstelling op grond van artikel 3 van verordening nr. 4056/86 of artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

*De inbreuk op artikel 86 van het Verdrag*

15 Na de relevante markt te hebben afgebakend, stelde de Commissie vast, dat de leden van de Cewal-conference gezamenlijk een machtspositie innamen. Een drietal praktijken die door de leden van deze conference worden gehanteerd teneinde de belangrijkste onafhankelijke concurrent in het zeevervoer uit te schakelen, heeft de Commissie als misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag aangemerkt, te weten:

- er werd deelgenomen aan de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem en herhaaldelijk werd langs verschillende wegen aangedrongen op strikte naleving van die overeenkomst;
- in afwijking van de geldende tarieven, werden de vrachttarieven gewijzigd tot hetzelfde tarief of een lager tarief dan dat van de belangrijkste onafhankelijke concurrent voor schepen met dezelfde of nagenoeg dezelfde afvaartdatum als de schepen van deze concurrent (de zogenoemde „fighting ships” of vechtschepen). Volgens de beschikking leden de leden van Cewal door dit systeem uiteindelijk verlies;
- er werden getrouwheidskortingen op 100 % basis (met inbegrip van op fob-basis verkochte goederen) opgelegd die verder gaan dan is bepaald in artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86, met specifiek gebruik van „zwarte lijsten” van niet-trouwe verladers.

*Het dispositief van de beschikking en de opgelegde sancties*

16 In het dispositief van de beschikking wordt vastgesteld, dat inbreuk is gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag (artikel 1) en op artikel 86 van het Verdrag (artikel 2). Daarin wordt gelast, de inbreuken te beëindigen (artikel 3), alsmede herhaling van de in artikel 1 vastgestelde inbreuk te voorkomen (artikel 4). Daarin wordt

de aanbeveling gegeven de getrouwheidsovereenkomsten aan de bepalingen van artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86 aan te passen (artikel 5). Op basis van artikel 19, lid 2, van deze verordening worden wegens de in artikel 2 vastgestelde misbruiken van een machtspositie de volgende geldboeten opgelegd (artikel 6):

— 9 600 000 ECU voor CMB;

— 200 000 ECU elk voor Dafra-Lines A/S en voor Deutsche Afrika Linien—Woermann-Linie;

— 100 000 ECU voor Nedlloyd Lijnen BV.

Deze geldboeten dienden binnen drie maanden na kennisgeving van de beschikking te worden betaald, bij gebreke waarvan van rechtswege rente zou zijn verschuldigd tegen een jaarlijkse rentevoet van 13,25 % (artikel 7).

### Procesverloop

- 17 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht 19 maart 1993, hebben CMB en CMBT beroep ingesteld, ingeschreven onder nummer T-24/93, primair strekkende tot nietigverklaring van de beschikking.
- 18 Bij afzonderlijke akte, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 13 april 1993, heeft CMBT in kort geding verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging — totdat het Gerecht ten gronde uitspraak zal hebben gedaan — van de artikelen 6 en 7 van het dispositief van de beschikking, voorzover daarbij CMB een geldboete wordt opgelegd, en daarnaast van artikel 3 van de beschikking, voorzover daarbij de Cewal-conference en haar leden worden verplicht de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem te beëindigen.

- 19 Bij beschikking van 13 mei 1993 (zaak T-24/93 R, CMBT, Jurispr. 1993, blz. II-543) heeft de president van het Gerecht G en C toegelaten tot interventie in de procedure in kort geding en het verzoek om voorlopige maatregelen afgewezen.
- 20 Bij beschikking van 23 juli 1993 (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie) heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht G en C toegelaten tot interventie in het geding, ter ondersteuning van de conclusies van verweerster, en het verzoek van verzoeksters om vertrouwelijke behandeling jegens G en C van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift en de bijlagen daarbij gedeeltelijk ingewilligd.
- 21 Bij beschikking van 21 maart 1994 (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie) heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht het verzoek van verzoeksters om vertrouwelijke behandeling jegens G en C van bepaalde onderdelen van het verzoekschrift, de memorie van repliek en dupliek, alsmede van een aantal bijlagen daarbij gedeeltelijk ingewilligd.
- 22 Bij beschikking van 19 maart 1996 (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie) heeft de president van de Derde kamer — uitgebreid van het Gerecht het verzoek van verzoeksters om vertrouwelijke behandeling jegens G en C van bepaalde passages in de antwoorden van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht en een aantal bijlagen bij deze antwoorden, afgewezen.
- 23 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 19 en 22 maart 1993, hebben Dafra-Lines A/S, DAL en Nedlloyd beroep ingesteld. Die beroepen zijn ingeschreven onder nrs. T-25/93, T-26/93 en T-28/93 en strekken primair tot nietigverklaring van de beschikking.
- 24 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) besloten zonder voorafgaande instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht partijen evenwel verzocht om bepaalde documenten over te leggen en een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden.

- 25 Ter openbare terechtzitting van 26 maart 1996 hebben partijen pleidooi gehouden en mondelinge vragen beantwoord.

### Conclusies van partijen

- 26 In zaak T-24/93 concluderen verzoeksters dat het het Gerecht behage:
- de beschikking in haar geheel nietig te verklaren;
  - subsidiair:
    - de aan verzoekster opgelegde geldboete in te trekken of althans te verlagen;
    - de Commissie te gelasten alle documenten betreffende de berekening van de geldboete over te leggen;
  - in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten.

De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten van het verzoek om voorlopige maatregelen.

Interveniënten concluderen dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten die de Commissie en interveniënten ter zake van het kort geding hebben gemaakt.

27 In zaak T-25/93 concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

- de beschikking nietig te verklaren;
- subsidiair:
  - de aan verzoekster opgelegde geldboete in te trekken of althans te verlagen;
  - de Commissie te gelasten, alle documenten betreffende de berekening van de geldboete over te leggen;
- in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten.

28 In zaak T-26/93 concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

- de beschikking nietig te verklaren;
- subsidiair, de aan verzoekster opgelegde geldboete in te trekken of althans te verlagen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

- 29 In zaak T-28/93 concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:
- de beschikking in haar geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;
  - de aan verzoekster opgelegde geldboete in te trekken of althans te verlagen;
  - de maatregelen te nemen die het gepast oordeelt;
  - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 30 In de zaken T-25/93, T-26/93 en T-28/93 concludeert verweerster dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;
  - verzoekster te verwijzen in de kosten.
- 31 Na partijen dienaangaande ter terechtzitting te hebben gehoord, besluit het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) de vier zaken te voegen voor arrest.

### **De primaire vorderingen, strekkende tot nietigverklaring van de beschikking**

- 32 Verzoeksters voeren voor hun vordering tot nietigverklaring vier middelen aan. In de eerste plaats voert verzoekster in zaak T-26/93 als middel aan, dat procedurefouten zijn gemaakt. In de tweede plaats stellen verzoeksters in de zaken T-24/93, T-25/93 en T-28/93, dat de gewraakte praktijken geen nadelige invloed hebben op het intracommunautaire handelsverkeer en, in de zaken T-24/93 en T-25/93, dat de relevante markten geen deel uitmaken van de gemeenschappelijke markt. In de

derde plaats bestrijden verzoeksters in de zaken T-24/93, T-25/93 en T-26/93, dat de gewraakte praktijken ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt vervalst, in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. In de vierde plaats stellen verzoeksters in elk van de zaken, dat de gewraakte praktijken geen misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag opleveren.

### *1. Het eerste middel: onwettigheid van de beschikking wegens procedurefouten*

#### *Argumenten van partijen*

- 33 Verzoekster in zaak T-26/93, DAL, stelt in de eerste plaats, dat de mededeling van de punten van bezwaar van 14 augustus 1990 niet tot haar, maar tot de vennootschap Woermann-Linie Afrikanische Schiffahrts-Gesellschaft mbH was gericht. Op die datum was laatstgenoemde vennootschap evenwel reeds aan CMB overgedragen, ingaande 1 april 1990, en was DAL geen lid meer van Cewal. De door de Commissie geformuleerde punten van bezwaar waren gericht tot de in bijlage A van de mededeling genoemde leden van de conference, waarop verzoekster niet voorkomt. Daarom is bij de vaststelling van de beschikking het recht van verweer niet geëerbiedigd (arrest Hof van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639). In de tweede plaats wordt in artikel 6 van de beschikking een geldboete opgelegd aan Deutsche Afrika Linien—Woermann-Linie, een maatschappij die niet bestaat. Wanneer in een beschikking een geldboete wordt opgelegd aan degenen tot wie zij is gericht, zoals in casu, moeten de betrokkenen duidelijk kunnen worden geïdentificeerd. Nu de beschikking niet preciseert of zij geldt voor DAL en/of Woermann-Linie Afrikanische Schiffahrts-Gesellschaft mbH, is zij nietig wegens een procedurefout.

- 34 De Commissie herinnert er om te beginnen aan, dat verzoekster aanvankelijk enig aandeelhouder van Woermann-Linie Afrikanische Schiffahrts-Gesellschaft mbH was en dat zij haar aandelen per 1 april 1990 heeft overgedragen aan CMB. Verzoekster heeft de mededeling van de punten van bezwaar wel degelijk ontvangen, zoals blijkt uit bijlage K 7 van het verzoekschrift, en heeft erop gereageerd, zodat er geen sprake kan zijn van schending van het recht van verweer. Ten aanzien van



de adressering van de beschikking stelt de Commissie dat verzoekster moest weten dat het in de beschikking ging om haar verantwoordelijkheid voor de gedraging van Woermann-Linie, waarvan verzoekster — die in West- en Centraal-Afrika alleen opereerde onder de naam Woermann-Linie — ten tijde van de feiten enig aandeelhouder was. In die omstandigheden meent de Commissie, dat verzoekster ten onrechte stelt dat de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking tot verschillende ondernemingen waren gericht.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 35 Het Gerecht stelt in de eerste plaats vast, dat verzoekster DAL tot 1 april 1990 enig aandeelhouder van Woermann-Linie Afrikanische Schiffahrts-Gesellschaft mbH was. Zoals uit bijlage K 7 van het verzoekschrift blijkt, heeft verzoekster zelf op de mededeling van punten van bezwaar gereageerd, en bestrijdt zij niet dat zij van deze mededeling kennis heeft gekregen. Bovendien heeft verzoekster de ten name van Woermann-Linie geredigeerde mededeling van de punten van bezwaar beantwoord omdat, zoals zij in de aanhef van haar antwoord zelf bevestigt, de gewraakte feiten dateren van voor de overdracht van de dochtermaatschappij. In die omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat het eerste onderdeel van het middel, betreffende schending van het recht van verweer, dient te worden verworpen.
- 36 In de tweede plaats stelt het Gerecht vast, dat blijkens bijlage I van de beschikking, deze beschikking onder meer was gericht tot de vennootschap „Deutsche Afrika Linien—Woermann-Linie”. Niet wordt betwist dat geen juridisch bestaande vennootschap aan deze benaming beantwoordt. Zoals reeds gezegd, kan verzoekster evenwel niet staande houden, niet te hebben begrepen dat de mededeling van de punten van bezwaar betrekking had op haar, in haar hoedanigheid van moedermaatschappij van Woermann-Linie ten tijde van de feiten. Het Gerecht is dan ook van oordeel, dat de in bijlage I en in artikel 6 van de beschikking gebezigde formulering, waarbij de namen van de moeder- en de dochtermaatschappij achter elkaar worden geschreven en samengetrokken, voor verzoekster een duidelijke aanwijzing was dat de beschikking tot haar was gericht en haar een geldboete oplegde wegens de gedragingen van haar voormalige dochtermaatschappij, waarvan zij tot 1 april 1990 enig aandeelhouder was, en onder wier naam zij in West- en Centraal-Afrika actief was.
- 37 Derhalve dient het eerste middel te worden verworpen.

2. *Het tweede middel: ontbreken van een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

*Argumenten van partijen*

- 38 Naar verzoeksters in de eerste plaats stellen, hebben lijnvaartconferenties juist ten doel, de zeevervoerdiensten te rationaliseren, zoals wordt erkend in het document van de Commissie, getiteld „*Op weg naar een gemeenschappelijk vervoerbeleid — Vervoer over zee*” [COM (85) 90 def., paragrafen 62 en volgende] en in de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86. De door die lijnvaartconferenties geboden voordelen rechtvaardigen daarom bepaalde beperkingen van de mededinging, ter compensatie van het voordeel dat de gebruikers aan het stelsel ontlenu. Voor de door de Commissie gewraakte praktijk is overigens vrijstelling verleend bij artikel 3 van verordening nr. 4056/86.
- 39 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat het door de lijnvaartconferenties gekozen stelsel in de praktijk de mededinging tussen hun leden in stand laat, aangezien het de mogelijkheid om tot een andere conference toe te treden en als lid van die andere conference op de betrokken lijnen te varen, volstrekt onverlet laat. Anders dan de Commissie in punt 37 van haar beschikking stelt, vergt de toetreding van een lid van de ene conference tot een andere geen lange of onzekere procedure, getuige het feit dat van de 45 leden die bij een van de drie betrokken conferences zijn aangesloten, er 27 lid zijn van ten minste twee conferences. Dat G en C niet hebben kunnen toetreden tot Cewal, door de Commissie ten onrechte een „gesloten” conference genoemd, is uitsluitend te wijten aan hun weigering om de toetredingsvragenlijst in te vullen.
- 40 In repliek vechten verzoeksters de geldigheid aan van het bewijsmateriaal waarop de beschikking steunt, en daarmee de juistheid van het gestelde in punt 38 van de beschikking, volgens hetwelk het de leden van de conferences krachtens tussen hen gesloten overeenkomsten verboden is om als onafhankelijke reders in de zones van elk van de beide andere conferences te opereren.

- 41 Tegen het eerste onderdeel van het middel brengt de Commissie in, dat het door de lijnvaartconferenties geboden voordeel weliswaar volgens verordening nr. 4056/86 bepaalde beperkingen van de mededinging rechtvaardigt, maar dat de in artikel 3 van de verordening voorziene vrijstelling niet alle activiteiten van de lijnvaartconferenties dekt, met name niet overeenkomsten tot uitsluiting van de mededinging van het soort als in casu aan de orde is. In de achtste overweging van de considerans van de verordening wordt overigens uitdrukkelijk uitgegaan van het bestaan van onafhankelijke reders.
- 42 Tegen het tweede onderdeel van het middel brengt de Commissie in, dat verzoeksters hierin niet ontvankelijk zijn, nu zij voor het eerst bij repliek bestrijden dat er enigerlei afspraak tot uitsluiting van de mededinging tussen de drie conferenties bestaat.
- 43 Wat de zaak ten gronde betreft, de verklaring van verzoeksters dat er geen overeenkomsten tussen de lijnvaartconferenties bestaan, wordt haars inziens weerlegd door zowel het antwoord van Cewal op de mededeling van punten van bezwaar als een aantal andere door Cewal overgelegde documenten. In al die documenten wordt gesproken van afspraken van niet-inmenging door de leden van de ene conference in de lijnvaartroutes van de twee andere, welke afspraken na de inwerking-treding van verordening nr. 4056/86 zijn gehandhaafd.
- 44 Bovendien, aldus de Commissie, gaat het er alleen om of er mededingings-verstorende overeenkomsten tussen lijnvaartconferenties bestonden. Dat een deel van het vervoer wellicht door onafhankelijke rederijen werd verzorgd, speelt daarom geen rol. Ook de bewering dat de mededinging tussen de drie conferenties onverlet zou blijven, doordat het de leden van een conference vrijstaat om lid te worden van een andere, is volgens de Commissie niet ter zake dienend, nu de gewraakte overeenkomsten tot doel hebben de mededinging te beperken. Het gesloten karakter van de conference zegt de Commissie niet als punt van bezwaar te hebben aangevoerd.
- 45 Intervenienten hebben op dit punt geen opmerkingen gemaakt.

*Beoordeling door het Gerecht*

- 46 Om te beginnen wijst het Gerecht erop, dat in het telexbericht van 6 oktober 1989 van de voorzitter van Cewal aan Cowac, en in het verslag van het Zaïre Pool Committee van 19 september 1989 uitdrukkelijk wordt gesproken van overeenkomsten tussen conferences, volgens welke de leden van een conference zich ervan dienen te onthouden om zich als onafhankelijk reder te begeven in de zone van een andere conference die partij is bij de overeenkomst. In haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft Cewal overigens het bestaan van deze overeenkomsten uitdrukkelijk toegegeven. Daarom moet het middel waarin het bestaan van die overeenkomsten tussen conferences wordt ontkend, worden verworpen, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de vraag of hier sprake is van een nieuw middel in de zin van het Reglement voor de procesvoering.
- 47 Voorts komt verzoeksters' betoog erop neer, dat wordt ontkend dat dergelijke overeenkomsten een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag kunnen opleveren.
- 48 In dit verband herinnert het Gerecht er in de eerste plaats aan dat, gelet op het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde algemene beginsel dat mededingingsversturende overeenkomsten verboden zijn, afwijkende bepalingen in een vrijstellingsverordening naar hun aard restrictief dienen te worden uitgelegd (arrest Gerecht van 22 april 1993, zaak T-9/92, Peugeot, Jurispr. 1993, blz. II-493, r. o. 37). Zulks geldt eveneens voor de bepalingen van verordening nr. 4056/86, die bepaalde overeenkomsten vrijstellen van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, waarbij artikel 3 van de verordening moet worden aangemerkt als een groepsvrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 49 Deswege is het Gerecht van oordeel, dat verzoeksters niet kunnen stellen dat de litigieuze praktijken in aanmerking komen voor de in artikel 3, sub c, van verordening nr. 4056/86 verleende vrijstelling ten behoeve van de coördinatie of de onderlinge verdeling van de reizen of de aanloop „tussen leden van de conference”, aangezien het in casu gaat om overeenkomsten betreffende de verdeling tussen conferences. Bovendien geldt de vrijstelling van artikel 3 voor overeenkomsten waarbij in de eerste plaats gemeenschappelijk tarieven worden vastgesteld, waarvan in het onderhavige geval geen sprake is.

- 50 Voorts kunnen partijen geen beroep doen op het feit dat het doel zelf van een lijnvaartconference als gunstig is erkend, wat door de Commissie geenszins wordt bestreden. Dat feit kan weliswaar de bij de verordening verleende vrijstellingen rechtvaardigen, maar kan niet betekenen dat iedere aantasting van de mededinging door een lijnvaartconference aan het principiële verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ontsnapt.
- 51 Voor het overige acht het Gerecht de argumenten van verzoeksters niet ter zake dienend. Zo zijn de redenen waarom G en C niet tot Cewal hebben kunnen toetreden niet relevant, nu de gewraakte aantasting van de mededinging gelegen is in het bestaan van overeenkomsten tussen conferences. Evenmin relevant is de omstandigheid dat de procedure van toetreding tot een conference niet langdurig of onzeker is, aangezien het doel zelf van de overeenkomsten is, de leden van een conference te verbieden om als onafhankelijke reder een lijnvaartroute van een andere conference te bedienen.
- 52 Het middel, betreffende het ontbreken van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag, dient derhalve te worden verworpen.

### *3. Het derde middel: ontbreken van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag*

*Het eerste onderdeel van dit middel: de leden van Cewal bezitten niet gezamenlijk een machtspositie*

De vraag, of de positie van de leden van Cewal op de markt een collectieve positie is

— Argumenten van partijen

- 53 Artikel 86 van het Verdrag, aldus verzoeksters, verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie, maar niet dat een of meer ondernemingen individueel of gezamenlijk een machtspositie innemen. Dat betekent dat

het begrip misbruik van een collectieve machtspositie slechts kan worden gehanteerd voor de uitzonderlijke situatie waarin ondernemingen gezamenlijk misbruik hebben gemaakt van de machtspositie die zij individueel innemen; anders zou artikel 85 geen nuttige werking hebben.

- 54 Volgens verzoeksters heeft het Gerecht in het arrest van 10 maart 1992 (gevoegde zaken T-68/89, 77/89 en 78/89, SIV e. a., Jurispr. 1992, blz. II-1403) enkel in beginsel erkend, dat een collectieve machtspositie kan bestaan. Op geen enkele manier kan dit arrest, dat in rechtsoverweging 359 spreekt van lijnvaartconferenties, aldus worden uitgelegd dat de leden van een lijnvaartconferentie verondersteld worden als zodanig een collectieve machtspositie te bezitten. In strijd met de door het Gerecht in rechtsoverweging 360 van het arrest SIV gestelde regel, heeft de Commissie zich ertoe beperkt, de feiten die een inbreuk op artikel 85 zouden opleveren, maar die krachtens verordening nr. 4056/86 zijn vrijgesteld, te „recycleren” om die feiten vervolgens op basis van artikel 86 te veroordelen. Met de vaststelling dat de leden van Cewal een gemeenschappelijk tarief hanteren, heeft de Commissie in dit geval niet het bestaan van een collectieve machtspositie aangetoond, zoals zij wel heeft gedaan in haar beschikking 92/262/EEG van 1 april 1992 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.450 — Frans-Westafrikaanse rederscomités) (PB 1992, L 134, blz. 1, punten 53 e. v.).

- 55 Volgens de Commissie, die verwijst naar onder meer het reeds aangehaalde arrest SIV (r. o. 358 en 359), kan het bestaan van collectief ingenomen machtsposities niet meer worden ontkend. In dat arrest had het Gerecht de lijnvaartconferenties overigens als voorbeeld genoemd van ondernemingsgroepen die zich in een dergelijke positie kunnen bevinden. Volgens het arrest van Gerecht kan een machtspositie worden ingenomen door twee of meer onafhankelijke economische eenheden die door zodanige economische banden zijn verenigd dat zij hierdoor te zamen ten opzichte van de andere ondernemingen op dezelfde markt een machtspositie bezitten. Het begrip collectieve machtspositie maakt artikel 85 van het Verdrag geenszins overbodig: dat artikel geldt voor horizontale afspraken die, wegens het ontbreken van voldoende sterke economische banden tussen de deelnemers, hen geen collectieve machtspositie verlenen. Artikel 85 verbiedt bepaalde vormen van samenspanning, terwijl artikel 86 geldt voor eenzijdige gedragingen. In casu traden de lijnvaartsconferenties tegenover de gebruikers en de concurrenten in hoge mate

op als een en dezelfde entiteit. Verzoeksters hebben het bestaan van dergelijke uit de conference-overeenkomst voortvloeiende nauwe economische banden trouwens ook niet ontkend.

56 De Commissie bestrijdt eveneens, dat de toepassing van artikel 85 van het Verdrag de toepassing van artikel 86 zou uitsluiten. Volgens haar is een cumulatieve toepassing van deze bepalingen mogelijk, mits aan de specifieke voorwaarden voor de toepassing van elk van deze twee bepalingen is voldaan (arrest Gerecht van 10 juli 1990, zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309, r. o. 21). Daarom meent de Commissie dat haar niet kan worden verweten dat zij de door artikel 85 van het Verdrag bestreken feiten heeft „gerecycleerd” om deze onder artikel 86 te brengen. Vanuit juridisch oogpunt belet het bestaan van een groepsvrijstelling niet de toepasselijkheid van artikel 86, wanneer de betrokken onderneming een machtspositie heeft op de relevante markt (arrest Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 25), zoals trouwens artikel 8, lid 2 van verordening nr. 4056/86 uitdrukkelijk bepaalt. Vanuit feitelijk oogpunt werd het door Cewal gemaakte misbruik niet door de groepsvrijstelling van verordening nr. 4056/86 gedekt. Volgens de Commissie bestaat er, anders dan verzoeksters beweren, geen rechtspraak op grond waarvan de toepassing van artikel 86 van het Verdrag kan worden uitgesloten in een door spanning ontstane situatie.

57 Overigens kan volgens de Commissie niet worden gesproken van „recyclage” in de zin van het aangehaalde arrest SIV, nu de Commissie genoegzaam heeft aangetoond dat aan elk van de voorwaarden van artikel 86 was voldaan.

58 Volgens interveniënten is het in casu onmogelijk dat de feiten die volgens de vaststelling in de beschikking het bestaan van een collectieve machtspositie aantonen, zijn „gerecycleerd” in de zin van het aangehaalde arrest SIV.

#### — Beoordeling door het Gerecht

59 Naar het oordeel van het Gerecht bestaat het betoog van verzoeksters uit twee middelen: enerzijds rechtsdwaling, daarin gelegen dat de positie van de leden op de markt als een collectieve positie wordt aangemerkt en anderzijds ontoereikende motivering.

- 60 Wat in de eerste plaats de gestelde rechtsdwaling betreft — het begrip collectieve machtspositie zou slechts betrekking hebben op collectief misbruik door ondernemingen die ieder een machtspositie bezitten — moet worden beklemtoond dat artikel 86 volgens vaste rechtspraak, en anders dan verzoeksters verklaren, kan worden toegepast op situaties waarin meerdere ondernemingen te zamen een machtspositie op de relevante markt bezitten (arrest SIV, reeds aangehaald, r. o. 358; arresten Hof van 27 april 1994, zaak C-393/92, Almelo, Jurispr. 1994, blz. I-1477, r. o. 42; 5 oktober 1995, zaak C-96/94, Centro Cervizi Spediporto, Jurispr. 1995, blz. I-2883, r. o. 32 en 33, en 17 oktober 1995, gevoegde zaken C-140/94, C-141/94 en C-142/94, DIP e. a., Jurispr. 1995, blz. I-3257, r. o. 25 en 26). Bovendien is dit argument, ofschoon het stellig juist is dat het enkele bezit van een machtspositie niet laakbaar is uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag, in casu niet relevant, aangezien de Commissie een sanctie heeft opgelegd voor het misbruik van de machtspositie en niet voor de machtspositie zelf.
- 61 Wat in de tweede plaats de onvoldoende motivering betreft, zij om te beginnen opgemerkt dat de motivering van een bezwarende beschikking de belanghebbende in staat moet stellen om te weten waarom de maatregel is genomen, zodat hij in voorkomend geval zijn rechten kan verdedigen en kan nagaan of de beschikking al dan niet gegrond is, en de communautaire rechter om zijn toezicht uit te oefenen (arrest Gerecht van 29 juni 1993, zaak T-7/92, Asia Motor France e. a., Jurispr. 1993, blz. II-669, r. o. 30).
- 62 Het Hof heeft uitgemaakt dat voor het bestaan van een collectieve machtspositie is vereist, dat de betrokken ondernemingen door zodanige banden met elkaar verenigd zijn, dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren (arrest DIP, reeds aangehaald, r. o. 26).
- 63 In de ter toetsing aan het Gerecht voorgelegde beschikking heeft de Commissie uitdrukkelijk verwezen naar verordening nr. 4056/86. Artikel 1, lid 3, sub b, van die verordening definieert lijnvaartconferenties als „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". Het Gerecht neemt in aanmerking dat verzoeksters, die zich meermaals op verordening nr. 4056/86 beroepen, niet bestrijden dat Cewal een lijnvaartconference in de zin van deze verordening is.

- 64 Het Gerecht wijst er verder nadrukkelijk op, dat artikel 8 van verordening nr. 4056/86 verklaart dat artikel 86 van het Verdrag van toepassing blijft. Door de nauwe relaties die de scheepvaartmaatschappijen onderling binnen een lijnvaartconference onderhouden, zijn zij te zamen op de relevante markt in staat om gemeenschappelijk uitvoering te geven aan praktijken die kunnen worden aange-merkt als eenzijdige gedragingen. Zulke gedragingen kunnen het karakter hebben van een inbreuk op artikel 86, indien overigens aan de andere voorwaarden voor toepassing van deze bepaling is voldaan.
- 65 Gelet op de in de bestreden beschikking vervatte gegevens stelt het Gerecht vast, dat de scheepvaartmaatschappijen een gemeenschappelijke entiteit hebben opgericht, de lijnvaartconference Cewal. Uit de beschikking komt naar voren dat deze structuur als kader diende voor verschillende comités waartoe de leden van de conference behoorden, zoals het Zaïre Pool Committee en het Special Fighting Committee, die meermaals in de beschikking worden genoemd, onder meer in de punten 26, 29, 31 en 32, en het Zaïre Action Committee, genoemd in punt 74. Bovendien heeft deze gemeenschappelijke structuur, zoals blijkt uit artikel 1 van verordening nr. 4056/86, naar haar aard tot doel eenvormige vervoertarieven en andere gemeenschappelijke vervoersvoorwaarden vast te stellen en toe te passen, waarvan het bestaan door de Commissie in punt 61 uitdrukkelijk wordt vermeld. Aldus presenteert Cewal zich op de markt als een enkele eenheid. Ten slotte merkt het Gerecht op dat de in de beschikking omschreven praktijken die de leden van Cewal ten laste worden gelegd — zonder dat thans behoeft te worden ingegaan op de kwalificatie van deze praktijken —, de wil tot uiting komt om gezamenlijk een zelfde gedragslijn op de markt in te nemen om ieder voor zich te reageren op een bedreigend geachte ontwikkeling van de concurrentieverhoudingen op de markt waarop zij opereren. Deze praktijken, die in de beschikking nauwkeurig worden omschreven, waren bestanddelen van een algemene strategie, ter uitvoering waarvan de leden van Cewal hun krachten hebben gebundeld.
- 66 Het Gerecht is derhalve, gelet op de beschikking in haar geheel, van oordeel dat de Commissie genoegzaam heeft aangetoond, dat de positie van de leden van Cewal op de relevante markt collectief moest worden beoordeeld.

- 67 Voorts zij erop gewezen dat het Gerecht in rechtsoverweging 360 van het arrest SIV heeft overwogen, dat het voor het bewijzen van een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag niet voldoende is om de feiten die een inbreuk op artikel 85 opleveren, te „recycleren” en hieruit af te leiden, dat de partijen bij een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging gezamenlijk een groot marktaandeel bezitten, dat zij door dit enkele feit een collectieve machtspositie bezitten en dat hun ongeoorloofd gedrag misbruik van die collectieve machtspositie vormt. Anders dan verzoeksters verklaren, is dit in casu niet gebeurd. De Commissie heeft genoegzaam aangetoond dat er naast de overeenkomsten tussen de scheepvaartmaatschappijen tot oprichting van de Cewal-conference — overeenkomsten waarvan het bestaan niet wordt betwist — er tussen hen zodanige banden bestonden dat zij een uniforme gedragslijn volgden op de markt. In die omstandigheden heeft de Commissie terecht kunnen aannemen, dat artikel 86 van toepassing kan zijn, mits aan de andere door deze bepaling vereiste voorwaarden is voldaan.
- 68 Gelet op een en ander moet het eerste onderdeel van het middel worden verworpen.

De vraag of de positie van de leden van Cewal een machtspositie is

— Argumenten van partijen

- 69 Volgens verzoeksters kan een machtspositie op de markt niet worden afgeleid uit het enkele bezit van grote marktaandelen (arresten Hof van 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, *Jurispr.* 1978, blz. 207, en 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo*, *Jurispr.* 1991, blz. I-3359, r. o. 60). In casu heeft de Commissie zich enkel gebaseerd op het marktaandeel van Cewal. Hoe dit ook zij, het feit dat Cewal over een exclusief recht beschikt voor het zeevervoer tussen Zaïre en de havens in Noord-Europa, dat is ingesteld bij eenzijdig en souverain besluit van de Zaïrese overheid, is volgens verzoeksters een uitzonderingsgeval waardoor de marktaandelen hun eventueel beslissende karakter verliezen (arrest *Akzo*, reeds aangehaald, r. o. 60). Bovendien heeft de Commissie onvoldoende rekening gehouden met het feit dat de handelspolitiek van Cewal en haar leden in feite grotendeels door de Zaïrese overheid werd gedictieerd.

- 70 Verzoeksters stellen dat het vermogen om een machtspositie te handhaven, volgens de rechtspraak van het Hof (arrest Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) een essentiële factor is bij de beoordeling van die positie. Het feit dat de leden van Cewal ondanks een verlaging van hun vrachttarieven om de concurrentie door G en C het hoofd te bieden, hun marktaandeel hebben zien dalen tot een marktaandeel van niet meer dan 64 %, volstaat om aan te tonen dat er geen machtspositie is.
- 71 Bij repliek stellen verzoeksters, dat de Commissie het marktaandeel van Cewal heeft opgeklopt, door geen rekening te houden met de scheepvaart van en naar Franse havens, hoewel zij die routes een aanvaardbaar alternatief noemt voor de door de leden van Cewal geëxploiteerde lijnen. Daarnaast betogen zij dat Cewal en G en C grotendeels op onderscheiden markten actief waren, namelijk op die van het vervoer van containers en conventionele goederen enerzijds en op die van het „rijdend materieel” anderzijds.
- 72 Verweerster beschouwt de middelen inzake de afbakening van de markt als nieuwe middelen, die derhalve niet-ontvankelijk zijn. Bovendien bedroeg het marktaandeel van Cewal gedurende de door de beschikking bestreken periode bijna 90 % en niet 64 %, zoals verzoeksters thans beweren, overigens zonder toelichting omtrent de herkomst van dat cijfer. Een groot marktaandeel biedt op zich zelf in beginsel voldoende aanwijzing van een machtspositie, uitzonderingsomstandigheden daargelaten (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 41). Bovendien heeft de Commissie in punt 59 van de beschikking ook andere relevante factoren dan het marktaandeel genoemd, op grond waarvan een machtspositie kan worden aangenomen. Zij merkt op dat verzoeksters geen enkel gegeven hebben aangedragen dat het op hun marktaandeel gebaseerde vermoeden weerlegt. Ten slotte bestrijdt verweerster dat de prijsverlagingen van Cewal en het verlies van een stuk marktaandeel de conclusie wettigen dat er geen machtspositie is; een machtspositie is immers niet synoniem met een „onwrikbare positie”.
- 73 Intervenienten betogen dat het marktaandeel van de leden van de conference groter is dan 90 %, hoe het marktaandeel ook wordt berekend, zodat de conference hoe dan ook over een machtspositie beschikt.

## — Beoordeling door het Gerecht

- 74 Het Gerecht stelt om te beginnen vast, dat het middel van een onjuiste beoordeling van de relevante markt, dat voor het eerst in het stadium van repliek is voorgedragen, een nieuw middel is in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Als zodanig is het, bij gebreke van aanwijzingen dat dit middel steunt op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken, niet-ontvankelijk. Onder deze omstandigheden moet dus worden aangenomen dat de afbakening van de markt zoals in de beschikking weergegeven, juist is.
- 75 Wat bovendien de beweerde tegenstrijdigheid in de motivering betreft, die het Gerecht ambtshalve aan de orde kan stellen en die daarin gelegen zou zijn dat de Commissie de routes van en naar de Franse havens een aanvaardbaar alternatief noemt maar deze niettemin buiten beschouwing laat bij de berekening van de respectieve marktaandelen, volstaat de vaststelling dat de Commissie in punt 54 van haar beschikking heeft aangegeven waarom de routes van of naar de Franse havens niet in de relevante markt behoeften te worden begrepen. De Commissie heeft het aandeel van de leden op de relevante markt zoals zij die eerst had afgebakend, correct in aanmerking genomen. Haar kan dus geen tegenstrijdigheid in de motivering worden verweten.
- 76 Wat de eigenlijke beoordeling van de machtspositie betreft, zij herinnerd aan de vaste rechtspraak, volgens welke het bestaan van een machtspositie kan voortvloeien uit verschillende factoren die, afzonderlijk, niet noodzakelijkerwijs beslissend zouden zijn. Niettemin leveren zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie (arrest Akzo, reeds aangehaald, r. o. 60; arresten Gerecht van 12 december 1991, zaak T-30/89, Hilti, Jurispr. 1991, blz. II-1439, r. o. 92, en 6 oktober 1994, zaak T-83/91, Tetra Pak, Jurispr. 1994, blz. II-755, r. o. 109).
- 77 In casu bestrijden partijen niet dat het marktaandeel van Cewal in 1988 en 1989, de periode die voor de bepaling van de geldboeten hoofdzakelijk in aanmerking is genomen, groter was dan 90 %. Het door verzoeksters genoemde en door de Commissie bestreden cijfer van 64 % heeft alleen betrekking op het jaar 1992; in 1990 en 1991 bedroeg het marktaandeel volgens de door verzoeksters verschaft

cijfers meer dan 80 respectievelijk 70 %. Gedurende de gehele betrokken periode is het marktaandeel van Cewal ondanks een geleidelijke erosie groot gebleven. Het Gerecht is van oordeel dat ofschoon het behoud van marktaandelen op handhaving van een machtspositie kan wijzen (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 44), de verkleining van een nog steeds zeer aanzienlijk marktaandeel op zichzelf niet het bewijs van het ontbreken van een machtspositie kan vormen.

- 78 Bovendien stelt het Gerecht vast dat de Commissie, anders dan verzoeksters beweren, haar analyse niet uitsluitend heeft gebaseerd op het marktaandeel van Cewal. Uit punt 59 van de beschikking blijkt immers, dat ook andere factoren in aanmerking zijn genomen, te weten het beduidende verschil tussen haar marktaandeel en dat van de belangrijkste concurrent, de voordelen ontleend aan de overeenkomst met Ogefrem, waarbij aan Cewal exclusieve rechten zijn verleend, de omvang van haar lijnennet, haar vervoerscapaciteit en de frequentie van haar diensten, en ten slotte de ervaring die Cewal heeft opgedaan in de tientallen jaren dat zij op de betrokken markt actief is.
- 79 Het Gerecht is op grond van deze factoren van oordeel dat de Commissie terecht heeft kunnen concluderen dat er een machtspositie bestaat.
- 80 Voor het overige zij beklemtoond dat het argument van verzoeksters dat Cewal een exclusief recht heeft uit hoofde van de overeenkomst met Ogefrem, niet afdoet aan de vaststelling van het bestaan van een machtspositie. De oorsprong van het marktaandeel van verzoeksters kan immers de kwalificatie als machtspositie niet uitsluiten. Integendeel, het Gerecht beschouwt het bestaan van een exclusief recht als een factor die de Commissie zeer wel in aanmerking kon nemen bij het vaststellen van het bestaan van een machtspositie.
- 81 Ook kan, waar het begrip machtspositie volgens vaste rechtspraak een objectief begrip is, de beweerde invloed van de Zaïrese overheid op het commerciële beleid van Cewal of van haar leden, zo deze vast komt te staan, niet afdoen aan de vaststelling van het bestaan zelf van een machtspositie. Het argument is daarom niet relevant.

- 82 Gelet op al deze overwegingen, moet het eerste onderdeel van het middel in zijn geheel worden verworpen.

*Het tweede onderdeel van het middel: het ontbreken van misbruik*

De overeenkomst Cewal-Ogefrem

— Argumenten van partijen

- 83 In repliek stellen verzoeksters, dat de Commissie in strijd met het recht van weer in de mededeling van punten van bezwaar, die betrekking had op de verkrijging van een exclusief recht middels een soevereine handeling van de Zairese overheid, een ander standpunt heeft ingenomen dan in de beschikking, waarin alleen de deelneming aan de uitvoering van die overeenkomst werd gelaakt. De president van het Gerecht heeft in rechtsoverweging 34 van de beschikking CMBT (reeds aangehaald) overigens vastgesteld, dat artikel 3 van het dispositief van de beschikking de adressaten niet gelast de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem te beëindigen.
- 84 Ten gronde stellen verzoekster in het eerste onderdeel van hun betoog, dat Ogefrem geen onderneming is in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Die artikelen zijn dus niet van toepassing op Ogefrem (arrest Hof van 4 mei 1988, zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479, r. o. 18).
- 85 In het tweede onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters, dat de hun ten laste gelegde inbreuk geen schending van artikel 86 kan opleveren.
- 86 Naar zij in de eerste plaats betogen, is de samenwerkingsovereenkomst tussen Cewal en Ogefrem niet onder druk van Cewal tot stand gekomen, maar haar door de Zairese overheid in haar eigen belang opgelegd. Deze overeenkomst is in werkelijkheid een concessieovereenkomst, waarbij Ogefrem overeenkomstig de wette-

lijke prerogatieven die haar door de Zairese overheid zijn verleend, een exclusief recht toekent aan Cewal. De contractsbepalingen in de overeenkomst hebben slechts betrekking op bijkomende rechten. Artikel 86 van het Verdrag verzet zich er niet tegen, dat een onderneming die een rechtmatige exclusiviteit geniet, maatregelen neemt die de eerbiediging van die exclusiviteit kunnen verzekeren.

87 Het exclusieve recht dat door Ogefrem aan Cewal is verleend, zo vervolgen verzoeksters, is eveneens een rechtstreeks gevolg van de in 1981 gesloten en in 1983 in werking getreden bilaterale overeenkomst tussen Zaïre en België. Artikel 3, lid 3, van die overeenkomst schrijft voor dat in het handelsverkeer tussen België en Zaïre alle vracht wordt verdeeld volgens de sleutel 40: 40: 20. Verzoeksters noemen het daarom verrassend, dat de Commissie artikel 86 van het Verdrag in stelling brengt tegen een op een internationale afspraak berustende overeenkomst, waartegen de Commissie heeft besloten krachtens artikel 169 van het Verdrag op te treden.

88 Verzoeksters stellen voorts dat het enkele feit dat een regering tot een bepaalde handeling wordt aangezet, geen misbruik kan opleveren in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Op dit punt verwijzen zij naar de Amerikaanse rechtspraak, met name de zogenoemde „act of state”-doctrine, volgens welke een onderneming niet kan worden bestraft omdat zij een regering tot een bepaald handelen heeft bewogen, zelfs wanneer dit handelen de mededinging beperkt (arrest van de U. S. Supreme Court, *American Banana/United Fruit*, 213 US, 347-358, 53 L ed 826, 1909), en de zogenoemde „Noerr-Pennington”-doctrine, volgens welke de mededeling van gegevens aan overheidsautoriteiten ter beïnvloeding van hun gedrag, niet onder de werkingssfeer van de antitrustwetgeving valt (arresten van de U. S. Supreme Court, *Eastern Railroad Presidents Conference/Noerr Motor Freight Inc.*, 365 US 127, 5 L ed 2d 464, 1961; *United Mine Workers/Pennington*, 381 US 657, 14 L ed 2d, 1965). Het gemeenschapsrecht en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden, dat over de vrijheid van meningsuiting handelt, zijn volstrekt verenigbaar met deze beginselen. Dit wordt niet gelogenstraft door de resolutie van de OESO van 1987, die in de beschikking wordt genoemd, aangezien die resolutie geen bindende werking heeft. Ten slotte menen verzoeksters onder verwijzing naar de *comitas gentium*, dat de rechterlijke instanties van een staat zich dienen te onthouden van een oordeel over de handelingen die een andere staat op zijn eigen grondgebied verricht.

- 89 In het derde onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters dat de beschikking niet-aantoonbaar is dat de leden van de conferentie aan de opstelling of de uitvoering van de overeenkomst hebben deelgenomen. In dit verband benadrukken zij, dat de op 18 december 1985 gesloten samenwerkingsovereenkomst tussen Cewal en Ogefrem van eerdere datum is dan het besluit van de Zaïrese Bank van 26 december 1985 tot opheffing van de tot dusver geldende verplichting te bewijzen dat de vracht werd vervoerd door een door Cewal gereed schip. De Commissie kan dus niet stellen dat de overeenkomst werd gesloten teneinde een bescherming die door het besluit van de Zaïrese Bank was komen te vervallen, weer te herstellen. Toen Zaïre bovendien in 1983 had besloten Ogefrem in het leven te roepen, was Cewal al op een aanzienlijk deel van de markt actief, zodat de toekenning van een exclusief vervoersrecht niet werd ervaren als een versterking van de positie van deze conferentie.
- 90 Verzoeksters beklemtonen dat zij Ogefrem hebben gevraagd de bepalingen van de overeenkomst na te leven, omdat Ogefrem, in strijd met artikel 1, tweede alinea, van de overeenkomst met Cewal en zonder voorafgaand overleg met de conferentie, rechten had verleend aan een onafhankelijke reder, en daarnaast Cewal had gediscrimineerd ten gunste van C en G.
- 91 In het vierde onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters, dat de Commissie bij een conflict tussen de wetgeving van een derde land en een bepaling van gemeenschapsrecht, de procedure van de artikelen 7, lid 2, sub c-i, en 9 van verordening nr. 4056/86 had moeten volgen. Door dit na te laten heeft de Commissie zich schuldig gemaakt aan misbruik van bevoegdheid.
- 92 In het vijfde onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters dat volgens de voorstellen die de Commissie uiteenzet in punt 63 van haar document getiteld „*Op weg naar een gemeenschappelijk vervoerbeleid — Vervoer over zee*”, er geen geldboeten aan de conferentie of haar leden kunnen worden opgelegd zonder dat eerst de groepsvrijstelling voor lijnvaartconferenties wordt ingetrokken, zoals de Commissie overigens ook in haar mededeling van de punten van bezwaar zou hebben erkend. Door uiteindelijk toch een geldboete aan verzoeksters op te leggen zonder eerst de vrijstelling in te trekken, heeft de Commissie het vertrouwensbeginsel geschonden.



- 93 Verweerster herinnert eraan dat de beschikking zich beperkt tot een onderzoek en veroordeling van het gedrag van Cewal en niet kan worden beschouwd als een middel om van de Afrikaanse staten gedaan te krijgen wat niet langs diplomatieke weg kon worden bereikt, namelijk vrije toegang tot het vervoer voor alle scheepvaartmaatschappijen, ongeacht of zij al dan niet lid zijn van een conferentie.
- 94 Volgens haar steunt het betoog van verzoeksters geheel op de volgens haar onjuiste zienswijze dat de overeenkomst met Ogefrem door de Zairese staat aan de ondernemingen zou zijn opgelegd. De Commissie is van oordeel dat de overeenkomst tussen Cewal en Ogefrem geen overheidshandeling of een publiekrechtelijke concessie is — dat zou een wetgevende handeling tot instelling van een exclusief recht en een administratieve procedure voor toekenning van dat recht hebben gevergd —, maar een in alle vrijheid bedongen samenwerkingsovereenkomst tussen Cewal en Ogefrem. De inhoud van de overeenkomst, de aan de sluiting van de overeenkomst voorafgaande onderhandelingen en ten slotte de na die onderhandelingen in de oorspronkelijke versie aangebrachte wijzigingen tonen volgens de Commissie aan, dat het niet om een publiekrechtelijke concessie kan gaan.
- 95 Uit de bilaterale overeenkomst tussen Zaïre en België, die voorziet in een verdeling van alle vracht volgens de sleutel 40: 40: 20, af te leiden dat de gewraakte overeenkomst een Zairese „overheidshandeling” is, is volgens verweerster logisch onjuist, omdat de verdeling van alle — en niet alleen de door de conferentie vervoerde — ladingen geen exclusief recht ten gunste van deze conferentie inhoudt. De Commissie herinnert er bovendien aan, dat deze overeenkomst in werking is getreden op 13 april 1987, dus na de sluiting van de overeenkomst met Ogefrem, zodat deze niet als rechtsgrondslag kan dienen.
- 96 Wat de uitvoer van de litigieuze overeenkomst betreft, wijst de Commissie erop dat verzoeksters niet bestrijden dat zij sterk op de handhaving van het exclusief beding hebben aangedrongen. Bij gebreke van een publiekrechtelijke concessie kunnen de pogingen van Cewal niet anders worden gekwalificeerd dan als misbruik van machtspositie, te meer omdat die pogingen zich niet beperkten tot het nastreven van een gelijke behandeling door de Zairese staat van Cewal en G en C, maar rechtstreeks beoogden G en C van het vervoer uit te sluiten.

- 97 De verwijzingen van verzoeksters naar het gerechtvaardigd uitlokken van regeringsmaatregelen, gesteund door uitspraken in het Amerikaanse recht, zijn volgens verweerster irrelevant, omdat ook zij berusten op de veronderstelling dat de litigieuze overeenkomst het karakter van een publiekrechtelijke concessie heeft.
- 98 Het middel van schending van het recht van verweer dat voor het eerst werd voorgedragen bij repliek, is volgens de Commissie niet-ontvankelijk en in ieder geval niet gegrond. De vermeende discrepantie tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking is immers slechts een gevolg van een onjuiste lezing van de mededeling van de punten van bezwaar. Verzoeksters kunnen zich er trouwens niet over beklagen dat in de beschikking slechts een deel van de in de mededeling genoemde punten van bezwaar tegen hen in aanmerking is genomen, daar de bezwaren met betrekking tot feiten van vóór 1 juli 1987, zoals het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst, niet in aanmerking zijn genomen. Bovendien behoeft een beschikking niet noodzakelijkerwijze gelijklopend te zijn met de mededeling van de punten van bezwaar (arrest Hof van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80, 101/80, 102/80 en 103/80, *Musique Diffusion française e. a.*, Jurispr. 1983, blz. 1825, r. o. 14).
- 99 Wat betreft het argument dat uit de beschikking niet op te maken zou zijn in hoeverre de overeenkomst zelf onwettig is, blijkt eenduidig uit de beschikking dat alleen de feiten van na 1 juli 1987, de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 4056/86, ten laste worden gelegd, zodat geen actie is ondernomen tegen de vóór die datum gelegen sluiting van de overeenkomst.
- 100 Intervenienten G en C ontkennen dat de zeevervoersconcessies hun zouden zijn toegekend, zoals verzoeksters beweren, ten gevolge van discriminatie jegens Cewal in hun voordeel, en stellen alle door Ogefrem uitgevaardigde regels te hebben nageleefd. In dit verband verklaren zij dat zij op de zelfde voet als de leden van de Cewal-conference een waarborgsom moesten storten, de administratieve voorschriften van Ogefrem hadden na te leven op straffe van een geldboete, en kenne-

lijk een hoger percentage aan commissie moesten betalen dan de leden van de Cewal-conference.

- 101 Met de samenwerkingsovereenkomst tussen Ogefrem en Cewal, aldus interveniënten, werd een feitelijk monopolie omgezet in een contractuele exclusiviteit, waarbij de conference een machtspositie op de markt werd verleend, die zij heeft gebruikt om hen van de markt te weren. Zonder de samenwerkingsovereenkomst had Cewal een zelfde soort adhesiecontract met Ogefrem als met G en C gesloten, zonder enig recht op de exclusiviteit die haar nochtans in staat stelde om druk op Ogefrem uit te oefenen teneinde de eerbiediging van haar contractuele monopolie te bewerkstelligen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 102 Om te beginnen merkt het Gerecht op, dat in casu slechts in het geding is, of de leden van Cewal misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie. Om te bepalen of artikel 86 van het Verdrag van toepassing is, behoeft enkel in aanmerking te worden genomen of de leden van de conference de hoedanigheid van onderneming hebben in de zin van artikel 86 van het Verdrag — wat verzoeksters niet bestrijden —, en niet of Ogefrem die hoedanigheid heeft.
- 103 Bovendien meent het Gerecht dat nu alleen een eenzijdige gedraging van Cewal in het geding is, de precieze aard van de overeenkomst tussen Cewal en Ogefrem niet doorslaggevend is voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag. Gesteld al dat die overeenkomst een concessie behelst, zoals verzoeksters beweren, en dat Cewal dus concessiehoudster is, dan is dat immers niet voldoende om misbruik van haar kant uit te sluiten (arrest Bodson, reeds aangehaald, r. o. 30).
- 104 In casu stelt het Gerecht vast, dat artikel 1, eerste alinea, van de samenwerkingsovereenkomst tussen Cewal en Ogefrem een exclusief recht bevat ten gunste van de leden van Cewal voor alle te vervoeren goederen in het kader van het werkter-

rein van de conference, maar de tweede alinea van dit artikel biedt uitdrukkelijk de mogelijkheid om daarvan met instemming van beide partijen af te wijken. Er zij in de eerste plaats aan herinnerd, dat de Commissie heeft gemeend niet te kunnen optreden tegen het sluiten van de overeenkomst zelf, nu deze dateert van voor de inwerkingtreding van verordening nr. 4056/86. Aangezien hier alleen de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst in het geding is, is artikel 1, tweede alinea, van die overeenkomst naar het oordeel van het Gerecht voldoende om ieder conflict van internationaal recht uit te sluiten. Gesteld immers, dat de overeenkomst tussen Cewal en Ogefrem een publiekrechtelijke concessie is en uit dien hoofde kan worden gelijkgesteld met een bestuursrechtelijke bepaling van een derde land in de zin van artikel 9 van verordening nr. 4056/86, waardoor artikel 7 van die verordening, inzake mededingingsregelingen, in casu niet van toepassing zou zijn, dan moet worden aangenomen dat die overeenkomst een mogelijkheid tot concurrentie bood, waardoor de uitvoering kon worden aangepast aan de vereisten van artikel 86 van het Verdrag. Het is dus niet zo, dat de opzet van de overeenkomst onvermijdelijk moest leiden tot een conflict tussen het Verdrag en die overeenkomst, daar deze, zo partijen dit wilden, kon worden gewijzigd om haar verenigbaar te maken met een werkzame mededinging.

105 Uit deze vaststelling blijkt dat in de beschikking terecht het gedrag van Cewal bij de uitvoering van de overeenkomst wordt onderzocht. Ogefrem heeft eenzijdig officiële goedkeuring verleend aan een onafhankelijk reder, voor in beginsel 2 % van het totale Zairese vervoer, welk aandeel vervolgens evenwel is gegroeid. De leden van Cewal hebben daarop bij Ogefrem stappen ondernomen om te bewerkstelligen dat G en C van de markt zouden worden gedrongen. Uit de talloze documenten waarnaar de Commissie in haar beschikking verwijst, blijkt immers dat de leden van Cewal Ogefrem aan haar verplichtingen hebben herinnerd en onder meer hebben overwogen om zonder uitzondering weer het systeem van uitgestelde kortingen in te voeren, wanneer Ogefrem haar houding niet zou veranderen. Het Gerecht wijst er op, dat verzoeksters weliswaar de aan deze stappen te hechten betekenis betwisten en bestrijden dat het hier om misbruik gaat, maar het gebeuren zelf niet ontkennen. Uit de notulen van de vergadering van het Special Fighting Committee van 18 mei 1989 blijkt bovendien, dat die stappen onderdeel uitmaakten van een strategie die erop was gericht de onafhankelijke reder G en C uit te schakelen.

106 Voor de beoordeling van deze houding moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak, dat artikel 86 van het Verdrag op een onderneming met een machtspositie, los van de oorzaken van die positie, een bijzondere verantwoordelijkheid doet rusten om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onver-

valste mededinging op de gemeenschappelijke markt (ondermeer het arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 114). Onder artikel 86 valt dus iedere gedraging van een onderneming met een machtspositie, die de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande concurrentie tegengaat op een markt waar, juist door de aanwezigheid van die onderneming, de mededinging reeds is verflauwd (idem).

- 107 Ten slotte verliest een onderneming met een machtspositie stellig niet om die reden het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en dient men haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid te laten, te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht; dat gedrag is echter niet toelaatbaar wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leidt (arrest Gerecht van 1 april 1993, zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389, r. o. 69).
- 108 Het Gerecht is van oordeel dat een onderneming met een machtspositie die een exclusief recht geniet, dat een van haar toestemming afhankelijke mogelijkheid tot afwijking kent, gehouden is om van het haar bij de overeenkomst toegekende veto-recht met betrekking tot de toegang van derden tot de markt een redelijk gebruik te maken. Gelet op de hierboven genoemde feitelijke omstandigheden, hebben de leden van Cewal dit niet gedaan.
- 109 In die omstandigheden is het Gerecht van mening dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft kunnen stellen dat de leden van Cewal, door actief deel te nemen aan de uitvoering van de overeenkomst met Ogefreem en door herhaaldelijk om strikte naleving van die overeenkomst te vragen, in het kader van een plan om de enige onafhankelijk reder uit te schakelen wiens toegang tot de markt was toegestaan door Ogefreem, inbreuk hebben gemaakt op artikel 86 van het Verdrag.
- 110 Het argument van verzoeksters dat het geen misbruik kan opleveren om een regering te bewegen een bepaalde handeling te verrichten, is niet ter zake dienend, nu een dergelijke handelwijze in casu niet ten laste wordt gelegd.

- 111 Verzoeksters kunnen zich evenmin beroepen op enigerlei gewettigd vertrouwen dat zij zouden ontlene n aan punt 63 van het document, getiteld „*Op weg naar een gemeenschappelijk vervoerbeleid — Vervoer over zee*”, aangezien dit punt slechts betrekking heeft op de verhouding tussen een groepsvrijstelling en een individuele ontheffing, en niet afdoet aan de mogelijkheid om een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag vast te stellen en deswege een geldboete op te leggen.
- 112 Verzoeksters kunnen niet staande houden dat het exclusieve recht dat hun in de overeenkomst met Ogefrem is toegekend, wordt erkend in de bilaterale overeenkomst tussen België en Zaïre, nu die overeenkomst eerst op 13 april 1987 in werking is getreden, dus enkele maanden nadat de overeenkomst tussen Cewal en Ogefrem is gesloten. Artikel 3, lid 3, van deze bilaterale overeenkomst, waarop verzoeksters zich beroepen, betreft bovendien de regeling die door de overeenkomstsluitende partijen moet worden toegepast op de schepen die door hun respectieve nationale scheepvaartmaatschappijen worden geëxploiteerd en niet door een bepaalde lijnvaartconferentie.
- 113 Ten slotte constateert het Gerecht dat het middel betreffende de schending van het recht van verweer, bij repliek voorgedragen, een nieuw middel is in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Bij gebreke van elementen op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat het steunt op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken, moet dit middel niet-ontvankelijk worden verklaard. In ieder geval zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de beschikking niet noodzakelijkerwijs gelijklopend behoeft te zijn met de mededeling van punten van bezwaar (arrest Gerecht van 10 maart 1992, zaak T-9/89, Hüls, Jurispr. 1992, blz. II-499, r. o. 59). Dat in de mededeling van de punten van bezwaar de verkrijging van het exclusieve recht en het herhaaldelijk aandringen van Cewal op de uitvoering ervan wordt gegisp t, terwijl in de beschikking enkel dat laatste in aanmerking wordt genomen, kan het recht van verweer van verzoeksters niet aantasten.
- 114 In die omstandigheden moet het betoog van verzoeksters met betrekking tot de samenwerkingsovereenkomst tussen Cewal en Ogefrem worden verworpen.

## Het gebruik van „fighting ships”

## — Argumenten van partijen

- 115 Het betoog van verzoeksters valt in wezen uiteen in twee onderdelen. Verzoeksters maken in de eerste plaats bezwaar tegen het begrip „fighting ships” (vechtschepen); vervolgens stellen zij dat de gewraakte praktijk geen misbruik van een machtspositie kan opleveren in de zin van artikel 86 van het Verdrag.
- 116 In het eerste onderdeel van hun betoog, betreffende het begrip „fighting ships”, wijzen verzoeksters erop dat de Commissie in haar verweerschrift verklaart dat geen van de elementen van de inbreuk die zij nochtans in haar beschikking in aanmerking had genomen, in feite essentieel was, en dat het bij de gewraakte praktijk om iets anders gaat dan het hanteren van afbraakprijzen. Verweester verwijt verzoeksters nog slechts dat zij van hun gebruikelijke tarieven zijn afgeweken met de bedoeling een concurrent uit te schakelen. Moet nu de beschikking zo worden gelezen, dat deze nieuwe omschrijving is bedoeld, dan is er sprake van schending van het recht van verweer, doordat partijen worden veroordeeld voor een praktijk die niet in de mededeling van punten van bezwaar ten laste was gelegd. Bovendien zou de Commissie de motivering van de beschikking niet in het stadium van het verweerschrift mogen aanvullen, zodat ook artikel 190 van het Verdrag is geschonden.
- 117 In het tweede onderdeel van hun betoog, betreffende de kwalificatie van de in casu toegepaste praktijk, beklemtonen verzoeksters dat de omstandigheid dat de leden van Cewal in verschillende door de Commissie geciteerde notulen zelf het woord „fighting ships” gebruiken, de Commissie nog niet van haar plicht ontslaat na te gaan of aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 86 van het Verdrag daadwerkelijk is voldaan.
- 118 Wat in de eerste plaats de afvaartdata betreft, is, nu de Commissie in punt 74 van de beschikking constateert dat Cewal noch haar dienstregeling heeft gewijzigd, noch aan een schip een zodanige aanlegplaats heeft toegewezen dat dat schip op zijn reis G en C zou beconcurreren, kennelijk niet voldaan aan een van de voorwaarden die volgens verzoeksters noodzakelijk zijn voor de vaststelling van de gestelde praktijk.

- 119 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat zij niet meer hebben gedaan dan hun prijzen af te stemmen op die van G en C, en nooit — met uitzondering van tarieven voor de levering van personenauto's — hebben geprobeerd lagere prijzen te hanteren dan de onafhankelijke reder. Om het hoofd te bieden aan de discriminatie van Cewal door Ogefrem ten opzichte van G en C, een door de onafhankelijk reder begonnen prijzenoorlog en de druk van de klanten die tarieven verlangden die vergelijkbaar waren met die van G en C, was Cewal genoopt te reageren teneinde zich aan een nieuwe concurrentiesituatie aan te passen. Een dergelijk gedrag is volgens haar geen misbruik (arrest BPB Industries en British Gypsum, reeds aangehaald, r. o. 69).
- 120 Volgens verzoeksters heeft de Commissie, door eenvoudig op basis van de „multilaterale” vaststelling van de vrachttarieven een inbreuk op artikel 86 vast te stellen, zich beperkt tot het „recycleren” van de feiten die een toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag hadden kunnen rechtvaardigen, maar die de vrijstelling uit hoofde van artikel 1, lid 3, sub b, en artikel 4 van verordening nr. 4056/86 genieten. Verzoeksters benadrukken dat elke wijziging van prijzen om deze op de prijzen van een concurrent af te stemmen, is vrijgesteld.
- 121 In de derde plaats zou de Commissie slechts hebben aangetoond, dat de winstmarges zijn verkleind, maar niet dat de leden van de conference verliezen hebben geleden, wat nochtans een kenmerkend element is van de door artikel 86 van het Verdrag verboden praktijk van prijzen om een concurrent van de markt te drijven (arrest Akzo, reeds aangehaald, r. o. 71 en 72). Evenmin heeft de Commissie aangetoond dat Cewal een „oorlogskas” aanhield om een afbraakprijzencampagne te kunnen beginnen.
- 122 Onder verwijzing naar nationale rechtspraak en doctrine stellen verzoeksters, dat de door de Commissie in aanmerking genomen factoren niet relevant zijn. Met name het begrip „fighting ship” veronderstelt dat door de leden van de conference „verliezen” worden geleden. Daarom moet deze praktijk op één lijn worden gesteld met het hanteren van afbraakprijzen, en onderscheidt zij zich van het enkele afstemmen van de tarieven op die van een concurrent om met deze onder faire omstandigheden te concurreren.



- 123 In de vierde plaats bestrijden verzoeksters dat de andere in de beschikking gewraakte praktijken misbruik kunnen opleveren. Aangezien de dienstregeling voor vrachtschepen in de pers wordt gepubliceerd, kan het Fighting Committee niet worden verweten dat het de leden van de conference op de hoogte heeft gesteld van de afvaartdata van de schepen van G en C. Evenmin kan de beschikking, nu verordening nr. 4056/86 de gemeenschappelijke vaststelling van vrachttarieven toestaat, de gemeenschappelijke vaststelling van vechttarieven veroordelen. Dat die vechttarieven werden vastgesteld aan de hand van de tarieven van de onafhankelijke reder, is inherent aan een normale concurrerende tariefstelling. En dat ten slotte de leden van Cewal de verschillen tussen het normale tarief en het vechttarief voor hun rekening namen, was slechts de consequentie van het gezamenlijk aangaan van risico's, hetgeen door verordening nr. 4056/86 is vrijgesteld.
- 124 In de vijfde plaats stellen verzoeksters, dat aangezien alle verladers op een bepaald tijdstip op dezelfde wijze worden behandeld, de Commissie in punt 83 van haar beschikking ten onrechte prijsdiscriminatie in de zin van artikel 86, sub c, van het Verdrag ten laste heeft gelegd, een punt van bezwaar dat bovendien niet was opgenomen in de mededeling van de punten van bezwaar.
- 125 Ten slotte stellen verzoeksters, dat de Commissie bij haar beoordeling of de litigieuze praktijk misbruik oplevert, een aantal beslissende factoren niet in aanmerking heeft genomen.
- 126 Zo is de Commissie voorbij gegaan aan het feit dat het marktaandeel van G en C gedurende de betrokken periode van 2 naar 25 % is gegroeid. Aangezien de bewuste praktijk geen enkele invloed op de markt had, is zij niet laakbaar vanuit het oogpunt van artikel 86 van het Verdrag (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 91).
- 127 Bovendien heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat de activiteiten van G en C zijn ontplooid in strijd met het rechtmatig aan Cewal verleende monopolie. In die omstandigheden kunnen de pogingen van de leden van de conference om dit monopolie te beschermen niet als misbruik worden gekwalificeerd.

- 128 Ten slotte heeft de Commissie geen acht geslagen op het feit dat de sector zeevervoer wat het mededingingsrecht betreft aan een soepeler, afwijkende regeling is onderworpen. Zo heeft de Commissie erkend dat de coördinatie van tarieven tussen lijnvaartconferenties en onafhankelijke reders kan worden vrijgesteld [mededeling van de Commissie overeenkomstig artikel 23, lid 3, van verordening nr. 4056/86 en artikel 26, lid 3, van verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad betreffende de zaken IV/32.380 en IV/32.772 — Eurocorde-overeenkomsten (PB 1990, C 162, blz. 13)]. Artikel 86 van het Verdrag is niet van toepassing op de onderhavige praktijken, zolang de groepsvrijstelling niet is ingetrokken, en de verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990 (Tetra Pak, reeds aangehaald) is in casu niet relevant. Zolang een onderneming een ontheffing geniet of over een „troostbrief” beschikt, kan haar geen geldboete worden opgelegd zonder dat eerst de vrijstelling wordt ingetrokken (beschikking van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG — zaken IV/31.533 en IV/34.072 (PB 1993, L 183, blz. 1, punten 148-151).
- 129 De Commissie bestrijdt dat er op het punt van de definitie van „fighting ships” een verschil zou bestaan tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking enerzijds en haar verweerschrift anderzijds. Zij wijst er met name op dat de beschikking, anders dan verzoeksters beweren, niet ingaat op de praktijk van afbraakprijzen.
- 130 Ten gronde stelt de Commissie, dat de vraag waarom het in wezen draait, geen terminologische kwestie is. Het gaat er alleen om of het gedrag van de leden van Cewal een normale en wettige mededinging was (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 91; arrest Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 70, en het arrest Akzo, reeds aangehaald, r. o. 69 en 70). In casu levert de praktijk van „fighting ships” evenwel misbruik op, waar deze erop was gericht, met andere dan bij normale mededinging gebruikelijke middelen de enige concurrent van Cewal, G en C, uit te schakelen.
- 131 De Commissie acht de door verzoeksters aangevoerde criteria geen essentiële criteria van de praktijk die bekend staat als „fighting ships”, of van een gedraging die misbruik oplevert in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

- 132 Het speelt dus geen rol of Cewal de afvaartdata van de schepen van haar leden heeft moeten wijzigen. Aangezien de schepen van de lijnvaartconferentie een bepaalde verbinding met een grote frequentie onderhouden, terwijl de schepen van G en C daarentegen slechts elke 35 of 36 dagen afvaren, kon Cewal gemakkelijk de reeds in de dienstregeling voorziene schepen als „fighting ships” inzetten.
- 133 Evenmin is het essentieel of de tarieven lager waren dan die van G en C. Het is voldoende dat deze tarieven gelijk zijn aan of lager dan die van de concurrent die men van de markt tracht te verdrijven. De Commissie voegt eraan toe dat verzoeksters zich niet op enigerlei vrijstelling uit hoofde van verordening nr. 4056/86 kunnen beroepen, zodra de selectieve tariefverlagingen van de conferentie tot doel hadden de enige concurrent van de markt te verdrijven.
- 134 Ten slotte is evenmin essentieel of er daadwerkelijk financiële verliezen zijn geleden. Anders dan bij afbraakprijsprijktijken, volstaat het dat er inkomsten zijn gederfd, wat in casu het geval is, getuige verschillende notulen van vergaderingen van het Special Fighting Committee en van het Zaïre Pool Committee, alsmede een telexbericht van Woermann-Linie van 19 mei 1988.
- 135 Wat de bewering betreft dat de praktijk geen effect zou hebben gehad, stelt de Commissie dat als criterium voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag relevant is: de gedraging waarmee een onderneming blijkt geeft de concurrent van de markt te willen verdrijven. Het speelt geen rol of die gedraging daadwerkelijk een beperkend effect op de mededinging heeft. In casu is een dergelijk effect trouwens niet uitgesloten. Zo noemt de Commissie het veelzeggend dat de groei van het marktaandeel van G en C — dat ten tijde van de feiten in de orde van 5 tot 6 % lag — plaatsvond nadat de bewuste praktijken waren beëindigd.
- 136 Volgens de Commissie kon noch de handhaving door Cewal van haar monopolie — waarvan zij bestrijdt dat het een rechtmatig monopolie is —, noch de beweerde oneerlijke concurrentie van de zijde van G en C, noch de vrijstelling van verordening nr. 4056/86 een rechtvaardiging opleveren voor het aanwenden van misbruikpraktijken.

137 Interveniënten betogen dat de conference toegeeft gebruik te hebben gemaakt van de door de Commissie veroordeelde praktijk van „fighting ships”, en dat zij die praktijk niet kan rechtvaardigen met de nieuwe concurrentieverhoudingen die na de komst van G en C op de markt zijn ontstaan. De door de Commissie gehanteerde criteria zijn juist en uit de in de beschikking genoemde stukken en het antwoord van Cewal op de mededeling van de punten van bezwaar blijkt dat in casu aan die criteria is voldaan.

#### — Beoordeling door het Gerecht

138 In het eerste onderdeel van hun betoog, betreffende het begrip „fighting ships”, voeren verzoeksters twee middelen aan, namelijk schending van het recht van verweer en schending van artikel 190 van het Verdrag. Het betoog van verzoeksters berust op de veronderstelling dat de Commissie in haar verweerschrift de definitie van de in de beschikking verweten praktijk heeft gewijzigd.

139 In de punten 73 en 74 van haar beschikking heeft de Commissie drie elementen in aanmerking genomen die bepalend zijn voor de praktijk van „fighting ships” die door de leden van Cewal is gehanteerd om de concurrenten G en C uit te schakelen, namelijk: de aanwijzing als „fighting ships” van de schepen waarvan de afvaartdatum het dichtst bij die van de schepen van G en C lag, zonder wijziging van de vastgestelde dienstregeling; de in gemeenschappelijk overleg vastgestelde vechttarieven die afweken van de tarieven die normaal door de leden van Cewal werden gehanteerd, en wel zodanig dat zij gelijk aan of lager waren dan de door G en C bekendgemaakte prijzen, en de daaruit voortvloeiende inkomstenderving die door de leden van Cewal werd gedragen. In punt 80 van de beschikking wordt opgemerkt dat deze praktijk zich onderscheidt van die van afbraakprijzen. Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij in haar verweerschrift stelt, enerzijds dat een „fighting ship” niet een speciaal gecharterd schip behoeft te zijn, dat de prijzen niet lager behoeven te zijn dan die van de concurrent en dat de operatie geen daadwerkelijke verliezen behoeft op te leveren, maar anderzijds dat de litigieuze praktijk zich onderscheidt van die van afbraakprijzen.

140 Het Gerecht stelt vast dat genoemde elementen geenszins een nieuwe definitie van de praktijk van „fighting ships” ten opzichte van de beschikking invoeren, maar volstrekt verenigbaar zijn met de beschikking. De premisse van het betoog van verzoeksters is niet juist, zodat beide middelen die tegen het begrip „fighting ships” zijn aangevoerd, moeten worden verworpen.

- 141 Ten aanzien van het tweede onderdeel van het betoog van verzoeksters, betreffende de kwalificatie van de bewuste praktijk in het licht van artikel 86 van het Verdrag, stelt het Gerecht in de eerste plaats vast, dat verzoeksters in werkelijkheid niet bestrijden dat aan de drie criteria die bepalend zijn voor de praktijk van „fighting ships”, zoals door de Commissie gehanteerd, is voldaan. Zij stellen namelijk, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de schepen speciaal als „fighting ships” werden ingezet, maar zij dragen geen enkel gegeven aan waarmee kan worden aangetoond dat zij geen reeds in dienstregeling opgenomen schepen als „fighting ships” hebben ingezet, wat nochtans aan het eerste gehanteerde criterium beantwoordt. Zij verwijten de Commissie dat zij niet heeft aangetoond dat er lagere prijzen dan die van G en C werden gehanteerd, maar tonen niet aan dat zijzelf geen prijzen hebben gehanteerd die gelijk waren aan of lager dan die van de concurrent, wat het tweede criterium uitmaakt. Zij erkennen wel dat zij zich aan de prijzen van G en C hebben aangepast en in een bijzonder geval lagere prijzen in rekening hebben gebracht. Ten slotte verwijten zij de Commissie dat zij geen verlies heeft aangetoond die kenmerkend zijn voor een afbraakprijsp praktijk, maar zij dragen geen enkel gegeven aan dat kan aantonen dat zij geen inkomstenderving hebben geleden, wat nochtans het derde in de beschikking gehanteerde criterium is. Zij erkennen integendeel, lagere inkomsten te hebben behaald.
- 142 Derhalve moet worden aangenomen dat de elementen die bepalend zijn voor de inbreuk, zoals in de beschikking in aanmerking genomen, zijn aangetoond.
- 143 Met hun betoog willen verzoeksters in werkelijkheid aantonen dat deze praktijk, aldus gedefinieerd, geen misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86 van het Verdrag.
- 144 In de eerste plaats betogen zij dienaangaande, dat de door de Commissie verweten praktijk niet overeenkomt met de definitie die daaraan volgens hen in het algemeen wordt gegeven wanneer zij als aantasting van de mededinging wordt bestraft. Dat argument kan niet worden aanvaard. Het Gerecht is namelijk van oordeel dat het van weinig belang is, of de door de Commissie gekozen definitie overeenkomt met andere definities die door verzoeksters zijn voorgesteld. De enige vraag is, of de praktijk zoals deze door de Commissie in haar beschikking wordt omschreven, zonder in tegenspraak te zijn met de in de beschikking aangehaalde literatuur en regelgeving, misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

- 145 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat zij met de toepassing van de ten laste gelegde praktijk de vrije mededinging hebben verstoord.
- 146 Zoals reeds gezegd, verliest een onderneming met een machtspositie volgens vaste rechtspraak niet om die reden het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen en moet haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid worden gelaten te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar is dat gedrag niet toelaatbaar wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik leidt (zie onder meer het arrest BPB Industries en Britisch Gypsum, reeds aangehaald, r. o. 69).
- 147 In dit verband is het Gerecht van oordeel, dat gelet op in het bijzonder de notulen van het Special Fighting Committee, geciteerd in voetnoot 2 bij punt 32 van de beschikking, en met name de notulen van 18 mei 1989 waarin sprake is van het „zich ontdoen” van de onafhankelijk reder, de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat deze praktijk werd gevolgd met het doel de enige concurrent van Cewal op de relevant markt uit te schakelen. Weliswaar is de benaming van de door de leden van Cewal aangewende praktijk op zichzelf niet voldoende om deze als een inbreuk op artikel 86 te kwalificeren, doch gelet op het feit dat ondernemers in het internationaal zeevervoer een in deze sector welbekende benaming bezigen en binnen hun conference een Special Fighting Committee in het leven roepen, heeft de Commissie zich op het standpunt mogen stellen, dat daaruit de bedoeling bleek om een praktijk toe te passen, die de werking van de vrije mededinging diende aan te tasten.
- 148 Aangezien de praktijk tot doel had de enige concurrent van de markt te verdrijven, is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters niet staande kunnen houden dat zij enkel hebben gereageerd op een schending, door G en C, van het rechtmatig aan Cewal verleende monopolie, hun discriminatie door Ogefrem hebben gecompenseerd, deelgenomen hebben aan een door de concurrent begonnen prijzenoorlog ofwel aan een verwachting van hun klantenkring hebben beantwoord. Die omstandigheden, gesteld al dat deze zijn aangetoond, kunnen de door de leden van Cewal toegepaste represaille niet redelijk of evenredig maken.

- 149 In de derde plaats beroepen verzoeksters zich op de groei van het marktaandeel van G en C, ten betoge dat de verweten praktijk geen effect heeft gehad en dat er dus ook geen sprake is van misbruik van een machtspositie. Het Gerecht is evenwel van mening, dat wanneer een of meer ondernemingen met een machtspositie daadwerkelijk een praktijk toepassen die tot doel heeft een concurrent van de markt te verdrijven, het uitblijven van het gewenste resultaat niet kan volstaan om te beletten dat deze praktijk als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag wordt aangemerkt. Overigens betekent de groei van het marktaandeel van G en C niet dat, zoals verzoeksters beweren, de praktijk geen effect heeft gehad, aangezien zonder deze praktijk het marktaandeel van G en C nog hoger had kunnen uitvallen.
- 150 In de vierde plaats, aldus verzoeksters, verwijt de Commissie de leden van Cewal in punt 83 van haar beschikking, dat zij de verladers, in strijd met artikel 86, sub c, ongelijke voorwaarden hebben opgelegd bij gelijkwaardige prestaties. Hiermee zou de Commissie het recht van verweer van verzoeksters hebben geschonden en zich aan een kennelijke beoordelingsfout schuldig hebben gemaakt. Het Gerecht merkt in dit verband op, dat inderdaad een dergelijk bezwaar in punt 83 van de beschikking wordt genoemd, doch niet is overgenomen in het dispositief van de beschikking en ook niet noodzakelijk is ter onderbouwing van het dispositief. Gesteld al dat de in dit verband door verzoeksters voorgedragen middelen en argumenten gegrond zijn, kan dit nog niet leiden tot een, zij het gedeeltelijke, nietigverklaring van een onderdeel van het dispositief van de beschikking (arrest Gerecht 17 september 1992, zaak T-138/89, NBV en NVB, Jurispr. 1992, blz. II-2181, r. o. 31). Nu verzoeksters geen procesbelang hebben, acht het Gerecht het niet nodig deze middelen te onderzoeken.
- 151 In de vijfde plaats menen verzoeksters, dat de Commissie ten onrechte bepaalde praktijken als misbruik heeft gekwalificeerd, namelijk het feit dat het Fighting Committee de leden van Cewal op de hoogte stelde van de afvaarten van de onafhankelijke rederijen en dat de vechttarieven met gezamenlijke instemming werden vastgesteld op basis van de door G en C geboden tarieven. Dit argument is kennelijk niet gegrond. Het Gerecht stelt namelijk vast, dat de Commissie nergens heeft gezegd dat deze „andere praktijken” op zichzelf een misbruik in de zin van artikel 86 opleverden, maar deze als, door verzoeksters overigens niet weersproken, feitelijke gedraging in aanmerking heeft genomen, op basis waarvan zij onder meer het bestaan van de drie criteria heeft aangetoond die voor de bewuste praktijk bepalend zijn.

152 Ten slotte ontlenen verzoeksters een aantal argumenten aan het feit dat voor de sector van het zeevervoer op het gebied van het mededingingsrecht een afwijkende regeling geldt. In de eerste plaats constateert het Gerecht dat de zaken Eurocorde en Schöller Lebensmittel, waarop verzoeksters zich beroepen, betrekking hadden op de toepassing van artikel 85 van het Verdrag en dus niet relevant zijn voor de vraag of de praktijk van „fighting ship”, als een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag moet worden gekwalificeerd. In de tweede plaats berust het argument dat artikel 86 in casu geen toepassing kan vinden zolang de bij verordening nr. 4056/86 verleende vrijstelling niet is ingetrokken, op de veronderstelling dat die vrijstelling geldt voor zowel artikel 85 als artikel 86. In dit verband behoeft er slechts aan te worden herinnerd, dat het misbruik van een machtspositie, gezien de bewoordingen van artikel 86, niet vatbaar is voor enigerlei vrijstelling (arrest Hof van 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Jurispr. 1989, blz. 803, r. o. 32), en dat gelet op de beginselen inzake de hiërarchie der normen, niet bij een handeling van afgeleid recht bij wege van vrijstelling kan worden afgeweken van een bepaling van het Verdrag, in casu artikel 86 (arrest van 10 juli 1990, Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 25). Het argument van verzoeksters is dus kennelijk ongegrond. In de derde plaats is het argument dat meer in het bijzonder wordt ontleend aan artikel 1, lid 3, sub b, en artikel 4 van verordening nr. 4056/86, dat een prijswijziging om zich aan te passen aan de prijzen van de concurrentie zou zijn vrijgesteld, niet relevant daar deze wijziging niet als misbruik ten laste is gelegd.

153 Gelet op al deze overwegingen, is het Gerecht van mening dat de Commissie terecht tot de conclusie is kunnen komen dat de praktijk van „fighting ships”, zoals in de beschikking omschreven, een misbruik van een machtspositie opleverde in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

## De getrouwheidsregelingen

### — Argumenten van partijen

154 Verzoeksters klagen algemeen over het gebrek aan duidelijkheid van de beschikking, dat op zichzelf reeds de nietigverklaring daarvan zou rechtvaardigen. Het standpunt van de Commissie zou betekenen, dat dezelfde feiten grond kunnen zijn voor de toepassing van zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag. Bij inbreuk op de eerste bepaling kan echter slechts een aanbeveling worden gegeven, terwijl bij een inbreuk op de tweede een geldboete kan worden opgelegd.



- 155 In het eerste onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters, dat de Commissie niet kan verklaren dat de getrouwheidsregelingen van Cewal een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag opleveren en uit dien hoofde een geldboete opleggen, zonder de groepsvrijstelling in te trekken. In dit verband kan de omstandigheid dat de leden van Cewal een collectieve machtspositie bezitten, op zichzelf niet volstaan om te verklaren dat die regelingen de kenmerken van misbruik vertonen.
- 156 In de eerste plaats zou die interpretatie aan verordening nr. 4056/86 immers elk nuttig effect ontnemen. Wanneer, zoals de Commissie schijnt te denken, lijnvaartconferenties het voorbeeld bij uitstek zouden zijn van overeenkomsten tot vestiging van een collectieve machtspositie, en wanneer de getrouwheidsregelingen een misbruik van die positie zouden vormen, die met een geldboete kan worden bestraft, dan zou een verordening die slechts een vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, verleent, geen belang hebben.
- 157 In de tweede plaats werd met verordening nr. 4056/86 beoogd, de getrouwheidsregelingen vrij te stellen ten aanzien van zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag. Die — door de Raad vastgestelde — verordening regelt immers blijkens de titel zelf de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het internationale zeevervoer. In dat opzicht verschilt zij van verordening (EEG) nr. 2349/84 (PB 1984, L 219, blz. 15), die aan de orde was in het arrest van 10 juli 1990 (arrest Tetra Pak, reeds aangehaald). Deze laatste verordening, die is vastgesteld door de Commissie, betrof alleen de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 158 In de derde plaats stellen verzoeksters, dat de vrijstelling moet worden ingetrokken voordat de gedragingen waarvoor zij geldt, als door artikel 86 van het Verdrag verboden kunnen worden beschouwd. Volgens hen houdt artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4056/86 in, dat de bij de artikelen 3 en 6 van die verordening verleende vrijstelling de inbreuken op zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag dekt. Zolang een gedraging door de vrijstelling wordt gedekt, kan daarvoor dus geen geldboete worden opgelegd. Omdat de intrekking van een vrijstelling bovendien geen terugwerkende kracht heeft (arrest van 10 juli 1990, Tetra Pak, reeds aangehaald, r. o. 25) kan er geen geldboete worden opgelegd voor het verleden, zelfs niet wanneer de Commissie de vrijstelling had ingetrokken, zoals zij aanvankelijk in de mededeling van de punten van bezwaar had overwogen. Uit artikel 8, lid 2, van de

verordening volgt, dat de Commissie eerst na intrekking van de vrijstelling uit hoofde van artikel 10 van verordening nr. 4056/86 de passende maatregelen had kunnen nemen om een eind te maken aan de inbreuken op artikel 86. De oplegging van een geldboete, waarmee achteraf wegens een bepaalde gedraging een sanctie wordt opgelegd, kan niet een dergelijke maatregel zijn.

- 159 Ten slotte herinneren verzoeksters eraan, dat de Commissie ingevolge artikel 8, lid 3, van de verordening aan de betrokken conference aanbevelingen kan doen met het oog op het beëindigen van de inbreuk, alvorens een beslissing te nemen uit hoofde van lid 2 van dit artikel. Nu de Commissie tegelijkertijd een aanbeveling en een beschikking tot de betrokken ondernemingen heeft gericht heeft zij dus ook deze bepaling geschonden.
- 160 In het tweede onderdeel van hun betoog bestrijden verzoeksters dat de getrouwheidsregelingen een misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag kunnen opleveren. De verklaring van de Commissie, dat het gedrag van Cewal in zijn geheel misbruik oplevert, wordt nergens gestaafd. In feite zou de Commissie slechts proberen via het Gerecht een wijziging van de duidelijke bewoordingen van de verordening te bewerkstelligen.
- 161 In punt 91 van haar beschikking constateert de Commissie, dat de door Cewal opgestelde getrouwheidsovereenkomsten in drie opzichten niet voldoen aan het bepaalde in artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86. Verzoeksters bestrijden deze bevinding. Het verwijt dat in de overeenkomsten niet de rechten van de gebruikers of de verplichtingen van de leden van de conference worden vermeld, gaat niet op: per definitie is dat juist het voorwerp van een overeenkomst; wat de opzeggingstermijn betreft, beklemtonen verzoeksters dat de overeenkomsten na de hoorzitting van 22 oktober 1990 zijn gewijzigd; ten slotte worden in de overeenkomsten uitdrukkelijk de gevallen vermeld waarin de verladers van hun verplichtingen zijn ontslagen, en omdat de overeenkomsten niet zijn opgelegd, vereist de verordening niet dat daarin een lijst met ladingen wordt opgenomen, die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de overeenkomst.

- 162 In ieder geval betreft de beweerde strijdigheid slechts ondergeschikte aspecten van de overeenkomsten. Aangezien deze strijdigheid volgens de slotzin van punt 91 slechts aanleiding was voor een aanbeveling, menen verzoeksters dat hierin niet de reden kan liggen voor de opgelegde geldboete. Evenwel valt hun geen enkel ander misbruik te verwijten dan de gedeeltelijke niet-naleving van de letter van artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86, die de oplegging van een geldboete rechtvaardigt.
- 163 Zo bestrijden verzoeksters in de eerste plaats, dat de conferences kan worden verweten, 100 %-getrouwheidscontracten te hebben afgesloten. Zij herinneren eraan, dat de betrokken praktijk moet worden beoordeeld met inachtneming van de speciale bepalingen die gelden voor de sector van het internationale zeevervoer. In tegenstelling tot hetgeen algemeen is aanvaard (arrest Hoffmann-Laroche, reeds aangehaald), laat verordening nr. 4056/86 de afsluiting van 100 %-getrouwheidscontracten wel toe. Onder die omstandigheden mag de Commissie de beweerde aantasting van de mededinging die deze overeenkomsten, die zelf zijn vrijgesteld, tot gevolg hebben, niet veroordelen. Een getrouwheidsovereenkomst beperkt per definitie de vrijheid van de gebruikers, beperkt voor G en C de mogelijkheid hun activiteiten duurzaam uit te oefenen en leidt tot de toepassing van ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties.
- 164 Bovendien heeft de Commissie geenszins aangetoond dat de 100 %-getrouwheidscontracten aan de verladers werden opgelegd. Het enkele feit dat een overeenkomst een dergelijke bepaling bevat is niet voldoende om zulks aan te tonen, anders zou de verordening geen nuttig effect meer hebben. Evenzo is het feit dat die overeenkomsten ook de franco-aan-boord (hierna: „fob”) verkochte goederen omvatten, inherent aan een getrouwheid van 100 % en bewijst dit niet dat die overeenkomsten zijn opgelegd.
- 165 In de tweede plaats bestrijden verzoeksters dat er zwarte lijsten met niet-trouwe verladers zijn opgesteld. Het is mogelijk dat deze uitdrukking binnen de Cewal is gebruikt, maar dat was slechts bedoeld om de verladers te indentificeren die gebruik maakten van schepen buiten de conference, om hun de voordelen van de getrouwheidsovereenkomst te ontnemen. Bovendien is die sanctie in de praktijk zelfs niet toegepast, zoals de Commissie in de loop van de administratieve procedure is meegedeeld. Gesteld al dat zulke lijsten hebben bestaan, blijkt uit de tiende overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86, dat sancties tegen verladers die hun verplichtingen niet nakomen, zijn toegestaan. In feite is het opstellen van een lijst van zulke verladers inherent aan een stelsel van 100 %-getrouwheidscontracten, waarvoor een vrijstelling geldt.

- 166 Ten slotte heeft het Hof volgens verzoeksters uitgemaakt, dat een onderneming met een machtspositie misbruik van die positie maakt, wanneer zij exclusieve getrouwheidsovereenkomsten met haar afnemers aangaat, behalve wanneer zulke overeenkomsten wegens uitzonderlijke omstandigheden aanvaardbaar worden in het licht van artikel 85, lid 3, van het Verdrag (arrest Hoffmann-Laroche, reeds aangehaald, r. o. 90). In casu levert de uitdrukkelijke vrijstelling in verordening nr. 4056/86 zo'n uitzonderlijke omstandigheid op.
- 167 Verweerster meent dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het feit dat de getrouwheidsovereenkomsten tussen Cewal en de verladers niet beantwoorden aan de bepalingen van artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86, en anderzijds het feit dat Cewal 100 %-getrouwheidscontracten heeft opgelegd, de werking daarvan heeft uitgebreid tot de fob-verkochte goederen en dat zij zwarte lijsten van niet-trouwe verladers heeft opgesteld. Die laatste feiten vormden het verweten misbruik, terwijl het feit dat de overeenkomsten niet aan artikel 5, punt 2, van de verordening beantwoordden, slechts een reden was voor een aanbeveling aan Cewal om de bepaling van de verordening na te leven.
- 168 De getrouwheidsovereenkomsten zijn volgens verweerster niet in overeenstemming met de voorschriften van de verordening, ten eerste omdat zij de rechten van de gebruikers en de verplichtingen van de leden van de conference niet vermelden, vervolgens omdat zij niet vermelden welke ladingen van hun werkingsfeer zijn uitgesloten en ten slotte omdat zij de opzegtermijn gebrekkig regelen.
- 169 Wat het opleggen van 100 %-getrouwheidscontracten betreft, beklemtoont de Commissie, dat de verladers geen andere keus hadden dan een dergelijke overeenkomst te accepteren of het volle tarief te betalen, waarbij iedere korting in het geval van gedeeltelijke getrouwheid was uitgesloten; deze gedragslijn van een conference met een machtspositie, die ten tijde van de feiten meer dan 90 % van de markt in handen had, komt erop neer dat die contracten aan de verladers werden opgelegd. Een dergelijke dwang is misbruik (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald). Verzoeksters kunnen niet staande houden dat dit gedrag gedekt wordt door de bij verordening nr. 4056/86 verleende vrijstelling. Artikel 5, punt 2, van die verordening staat weliswaar getrouwheidsregelingen toe, doch het verbiedt de een-

zijdige oplegging van zulke overeenkomsten. Ten slotte benadrukt de Commissie, dat de toepassing van de getrouwheidsclausule op fob-verkochte goederen het misbruik nog versterkt. Bij dat verkoopsbeding wordt het schip door de koper aangewezen, waardoor de getrouwheidsverplichting wordt uitgebreid tot goederen die niet door de verkoper worden verzonden.

- 170 Wat de zwarte lijsten van niet-trouwe verladers betreft, benadrukt de Commissie in de eerste plaats dat deze niet kunnen worden geacht door verordening nr. 4056/86 te zijn vrijgesteld. De Commissie bevestigt in dit verband, dat de notulen van de vergaderingen van het Zaïre Pool Committee van 28 juni 1988 en 20 april 1989 volgens haar uitsluitsel geven over het bestaan en de bedoeling van die lijsten. Die bedoeling was de niet-trouwe verladers te straffen door hen de gewone dienstverlening te onthouden.
- 171 Ook het argument van verzoeksters, dat er geen geldboete zou kunnen worden opgelegd zolang de getrouwheidsovereenkomsten door de vrijstelling worden gedekt, noemt de Commissie ongegrond, nu het feit dat bepaalde gedragingen vrijstelling genieten uit hoofde van artikel 85, van geen enkele invloed is op de mogelijke toepassing van artikel 86. Het reeds aangehaalde arrest Tetra Pak is volgens de Commissie zeer wel overdraagbaar op onderhavige zaak.
- 172 Intervenienten stellen dat een lijnvaartconferentie met een machtspositie, die zwarte lijsten opstelt van verladers die hun goederen aan G en C toevertrouwen in plaats van aan Cewal, teneinde die verladers in het kader van 100 %-getrouwheidscontracten van de normale dienstverlening van de conferentie uit te sluiten, iedere werkelijke mededinging van G en C beoogt uit te schakelen, hetgeen dus misbruik van een machtspositie oplevert. In artikel 8 van verordening nr. 4056/86 wordt erop gewezen dat de verordening de toepassing van artikel 86 niet uitsluit; iedere andere uitlegging is trouwens onjuist.

— Beoordeling door het Gerecht

- 173 Het Gerecht stelt vast, dat de Commissie bij haar onderzoek van de getrouwheids-overeenkomsten van Cewal, in de punten 84-91 van haar beschikking, twee afzonderlijke inbreuken heeft vastgesteld, een op artikel 85 van het Verdrag en een andere op artikel 86 van het Verdrag. De eerste inbreuk bestaat in het sluiten van

- overeenkomsten die niet op alle punten in overeenstemming zijn met de in artikel 5 van verordening nr. 4056/86 genoemde verplichtingen, die moeten zijn vervuld voor de vrijstelling uit hoofde van artikel 3 van de verordening; de tweede inbreuk is gelegen in het feit dat er 100 %-getrouwheidscontracten zijn opgelegd, dat de fob-verkochte goederen daaronder zijn gebracht, en dat er zwarte lijsten van niet-trouwe verladers zijn opgesteld met het oogmerk die verladers te bestraffen.
- 174 Ten aanzien van de eerste inbreuk heeft de Commissie vastgesteld, dat de litigieuze getrouwheidsovereenkomsten niet voldoen aan drie van de in artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86 gestelde voorwaarden. Verzoeksters bestrijden dit; elk van de drie door de Commissie genoemde grieven dient te worden onderzocht.
- 175 In de eerste plaats bepaalt artikel 5, punt 2, sub a, eerste streepje, van de verordening: „in het geval van een systeem van contante korting moet elk van de partijen de getrouwheidsregeling zonder sanctie en met een opzegtermijn van ten hoogste zes maanden te allen tijde kunnen beëindigen”. Uit de overeenkomst van 10 januari 1989, die verzoeksters hebben overgelegd, blijkt dat „ieder der partijen deze overeenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden kan beëindigen per hetzij de eerste januari, hetzij de eerste juli van elk jaar”. De Commissie heeft dus terecht kunnen vaststellen dat de overeenkomsten op dit punt niet conform zijn.
- 176 In de tweede plaats behoort de conference ingevolge artikel 5, punt 2, sub b-i, op te stellen: „een lijst van de met de vervoergebruikers overeengekomen ladingen en delen van ladingen die uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de getrouwheidsregeling”. Uit de overgelegde overeenkomst blijkt evenwel niet dat een dergelijke lijst is opgesteld. In tegenstelling tot hetgeen verzoeksters verklaren, volgt verder niet uit artikel 5, punt 2, sub b-i, dat een dergelijke lijst alleen hoeft te worden opgesteld in geval de getrouwheidsovereenkomsten eenzijdig door de conference worden opgelegd.
- 177 In de derde plaats bepaalt artikel 5, punt 2, sub b-ii, van de verordening, dat de conference behoort op te stellen: „een lijst van de omstandigheden waaronder de vervoergebruikers van hun getrouwheidsverplichting worden ontslagen”. Twee van de omstandigheden die in die lijst moeten voorkomen, worden onder het eerste en het tweede streepje van diezelfde bepaling uitdrukkelijk genoemd: geen van deze twee omstandigheden is in de door Cewal gesloten overeenkomsten te vinden.

- 178 Zo gezien, meent het Gerecht dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat de getrouwheidsovereenkomsten niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van verordening nr. 4056/86. Zij heeft dus de leden van Cewal terecht krachtens artikel 7 van deze verordening de aanbeveling gegeven, de voorwaarden van hun getrouwheidsovereenkomsten aan te passen aan artikel 5, punt 2, van de verordening.
- 179 Overigens is het Gerecht van oordeel dat de omstandigheid dat de getrouwheidsovereenkomsten na de hoorzitting van 22 oktober 1990, maar vóór de vaststelling van de beschikking zijn gewijzigd, wat verzoeksters overigens alleen stellen met betrekking tot de opzegtermijn, het bepaalde in artikel 5 van de beschikking niet nietig maakt. Een dergelijke wijziging zou alleen tot resultaat hebben, dat de tot de leden van Cewal gerichte aanbeveling geen effect sorteert.
- 180 Ten aanzien van de tweede inbreuk geldt het betoog van verzoeksters twee punten: ten eerste de kwalificatie van de bewuste praktijk in het licht van artikel 86 van het Verdrag en ten tweede de afbakening van artikel 85 ten opzichte van artikel 86 van het Verdrag in het kader van verordening nr. 4056/86.
- 181 In het eerste onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters, dat de door de Commissie ten laste gelegde praktijk geen misbruik van een machtspositie oplevert. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de omstandigheid dat de getrouwheidsovereenkomsten van Cewal in drie opzichten niet in overeenstemming waren met verordening nr. 4056/86, niet met het oog op artikel 86, maar enkel in het kader van de toetsing aan artikel 85 van het Verdrag in aanmerking is genomen. Daarom kan verzoeksters' argument dat de ontbrekende overeenstemming op drie naar hun zeggen ondergeschikte punten niet zulke hoge geldboeten kan rechtvaardigen als hun werden opgelegd, geen doel treffen bij de toetsing van de ten laste gelegde praktijken aan artikel 86 van het Verdrag.
- 182 In casu moet dus worden onderzocht of de Commissie, zoals verzoeksters verklaren, ten onrechte heeft aangenomen dat 100 %-getrouwheidscontracten waren opgelegd, dat die overeenkomsten ook de fob-verkopen omvatten en dat er zwarte lijsten van niet-trouwe verladers waren opgesteld om deze te bestraffen.

- 183 In de eerste plaats is het Gerecht van oordeel dat, zoals de Commissie heeft bevestigd, het feit dat de leden van Cewal, die ten tijde van de feiten 90 % van de markt in handen hadden, de verladers alleen 100 %-getrouwheidscontracten hebben aangeboden, hen slechts de keuze liet tussen een korting, indien zij al hun goederen door Cewal lieten vervoeren, of geen korting in alle andere gevallen, zodat zulke overeenkomsten door deze leden in feite zijn opgelegd. Verzoeksters kunnen niet staande houden dat een dergelijke praktijk zou zijn vrijgesteld uit hoofde van artikel 85 van het Verdrag; in dit verband volstaat immers de vaststelling dat volgens artikel 5, punt 2, sub b-i, 100 %-getrouwheidsregelingen mogen worden aangeboden, maar niet eenzijdig mogen worden opgelegd.
- 184 In de tweede plaats meent het Gerecht, dat de Commissie terecht het feit in aanmerking heeft genomen dat deze getrouwheidsovereenkomsten ook betrekking hadden op FOB-verkopen; een dergelijke praktijk leidt er immers toe dat de verkoper een getrouwheidsverplichting op zich neemt, terwijl hij niet verantwoordelijk is voor de verzending van de goederen.
- 185 In de derde plaats stelt het Gerecht vast, dat in de notulen van het Zaïre Pool Committee van 28 juni 1988, met zoveel woorden geciteerd in voetnoot 3 bij punt 29 van de beschikking, sprake is van zwarte lijsten van niet-trouwe verladers die niet meer zouden kunnen rekenen op een normale adequate behandeling van hun verdere ladingen door de conference. In de notulen van een latere vergadering van hetzelfde Committee, eveneens in die voetnoot geciteerd, wordt in een paragraaf betreffende de activiteiten van G en C en na een overzicht van de schepen van deze onafhankelijke reder die tussen januari en april 1989 zijn afgevaren, verklaard dat dit systeem van zwarte lijsten werkt. Overigens is het Gerecht van oordeel dat het gebruik van de term „zwarte lijsten” weliswaar niet volstaat om de aanwezigheid van misbruik aan te tonen, maar wel erop duidt dat die lijsten niet slechts voor statistische doeleinden werden opgesteld, zoals verzoeksters beweren. Ten slotte moet worden benadrukt, dat het opstellen van zulke lijsten, anders dan verzoeksters lijken aan te voeren, niet kan worden geacht te zijn vrijgesteld door enige bepaling van verordening nr. 4056/86.
- 186 Onder deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie mocht concluderen dat deze praktijk, in haar geheel bezien, tot gevolg had dat de vrijheid van de gebruikers werd beperkt en derhalve de concurrentiepositie van de enige concurrent van Cewal op de markt werd aangetast (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 90).



- 187 Gelet op al deze overwegingen, moet het eerste onderdeel van het betoog van verzoeksters worden afgewezen.
- 188 In het tweede onderdeel van hun betoog stellen verzoeksters in de eerste plaats, dat verordening nr. 4056/86 een vrijstelling verleent uit hoofde van zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag. Zoals reeds gezegd kent deze laatste bepaling evenwel niet de mogelijkheid van een vrijstelling en kan, gelet op de beginselen inzake de hiërarchie van normen, bij handeling van afgeleid recht niet worden afgeweken van een verdragsbepaling. Integendeel, in artikel 8, lid 1, van de verordening wordt bepaald: „Misbruik van machtsposities in de zin van artikel 86 van het Verdrag is verboden zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit is vereist.” Het betoog van verzoeksters, voor zover gebaseerd op de premisse dat verordening nr. 4056/86 een vrijstelling uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag verleent, is derhalve kennelijk ongegrond.
- 189 Bovendien moet worden benadrukt dat dit niet afdoet aan de nuttige werking van de verordening. Het argument van verzoeksters op dit punt berust immers onder meer op de premisse, dat elke lijnvaartconferentie, of de leden daarvan, een machtspositie zou innemen. Geconstateerd moet echter worden, dat de Commissie zulks geenszins heeft verklaard, maar integendeel juist heeft aangetoond dat de leden van Cewal in casu te zamen een machtspositie bezaten.
- 190 In de tweede plaats beweren verzoeksters, dat ook al zou de verordening geen vrijstelling verlenen uit hoofde van artikel 86, de Commissie ingevolge artikel 8, lid 2, gehouden zou zijn de in artikel 3 verleende vrijstelling in te trekken alvorens sancties op te leggen voor misbruik van een machtspositie. Ter zake herinnert het Gerecht aan artikel 8, lid 2, van de verordening, dat luidt als volgt: „Wanneer de Commissie (...) tot de bevinding komt dat gedragingen van conferenties 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 vrijstellingen intrekken en uit hoofde van artikel 10 alle passende maatregelen nemen om een eind te maken aan inbreuken op artikel 86 van het Verdrag.” Uit de bewoordingen van dit artikel blijkt dus duidelijk, dat hierin wordt bedoeld op de situatie waarin een praktijk, hoewel vrijgesteld uit hoofde van artikel 85 van

het Verdrag, niettemin in strijd is met artikel 86 van het Verdrag. In casu is dit evenwel niet het geval, aangezien noch het opleggen van 100 %-getrouwheidsovereenkomsten, noch het hanteren van zwarte lijsten in de door de Commissie begrepen zin zijn vrijgesteld uit hoofde van artikel 85. Daarom vindt artikel 8, lid 2, van de verordening in casu geen toepassing.

- 191 Uit deze bevinding volgt, dat het bepaalde in artikel 8, lid 3, van de verordening: „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”, in casu evenmin in het geding is. Het argument dat deze bepaling door de Commissie zou zijn geschonden, dient dus te worden afgewezen.
- 192 Gelet op al deze overwegingen, is het Gerecht van oordeel dat de middelen en argumenten van verzoeksters met betrekking tot het onderzoek van de getrouwheidsregelingen, ongegrond zijn.
- 193 Onder deze omstandigheden moet het derde middel in zijn geheel worden verworpen.

*4. Het vierde middel: het intracommunautaire handelsverkeer is niet ongunstig beïnvloed, en de betrokken markten maken geen deel uit van de gemeenschappelijke markt*

#### *Argumenten van partijen*

- 194 In de zaken T-24/93, T-25/93 en T-28/93 stellen verzoeksters in de eerste plaats, dat de bewuste praktijken, voorzover zij het Noord-Zuidverkeer en dus de uitvoer naar Afrika betreffen, de mededinging op de gemeenschappelijke markt niet ongunstig beïnvloeden, anders dan in de punten 39, 40 en 92 van de beschikking wordt gesteld. In de beschikking wordt het bestaan van deze ongunstige beïnvloeding niet voldoende aangetoond (arrest Hof van 13 juli 1966, gevoegde zaken

56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 450). Het staat aan de Commissie om aan te tonen dat elk misbruik afzonderlijk de mededingingen op de gemeenschappelijke markt ongunstig beïnvloedt; zij kan zich volgens verzoeksters niet met succes beroepen op rechtspraak volgens welke de gevolgen van een overeenkomst voor het intracommunautaire handelsverkeer aan de hand van de overeenkomst in haar geheel en niet aan de hand van ieder van de clausules afzonderlijk moeten worden beoordeeld (arrest Hof van 25 februari 1986, zaak 193/83, Windsurfing, Jurispr. 1986, blz. 611).

195 In de zaken T-24/93 en T-25/93 betogen verzoeksters in de tweede plaats, dat de door de bewuste praktijken geraakte markten geen deel uitmaken van de gemeenschappelijke markt. Door de communautaire mededingingsregels toe te passen op exportmarkten, gaat de beschikking voorbij aan zowel de rechtspraak (arrest Hof van 18 februari 1986, zaak 174/84, Bulk Oil, Jurispr. 1986, blz. 559), als de beschikkingspraktijk van de Commissie [beschikking 77/100/EEG van de Commissie van 21 december 1976 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/5715 — Junghans) (PB 1977, L 30, blz. 10)]. Evenzo heeft het Hof in het arrest van 27 september 1988 (gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85, 126/85, 127/85, 128/85 en 129/85, Ahlström e. a., Jurispr. 1988, blz. 5193) uitgemaakt, dat uitsluitend de plaats waar een mededingingsbeperkende overeenkomst wordt uitgevoerd, beslissend is.

196 Naar de mening van de Commissie omvat het betrokken verkeer de verrichting van vervoersdiensten van en naar havens van de Gemeenschap, door in de Gemeenschap gevestigde vervoerders, ten behoeve van verladers en importeurs die eveneens in de Gemeenschap zijn gevestigd. De betrokken mededingingsbeperkende praktijken moeten worden onderzocht met inachtneming van hun gevolgen voor de markt van de betrokken dienst, en vervolgens met inachtneming van hun indirecte gevolgen voor de handel in de vervoerde goederen (arrest Hof van 3 december 1987, zaak 136/86, Aubert, Jurispr. 1987, blz. 4789, r. o. 18). De vervoersdiensten in de richting Noord-Zuid en in de richting Zuid-Noord kunnen trouwens niet los van elkaar worden gezien en derhalve ook niet afzonderlijk worden onderzocht.

197 Verweerster benadrukt dat de mogelijkheid dat mededingingsbeperkende praktijken op het gebied van het internationale zeevervoer de intracommunautaire handel ongunstig kunnen beïnvloeden, uitdrukkelijk in de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 is voorzien. Het feit dat dit mogelijk is, kan dus niet worden betwist, zonder dat de wettigheid van de verordening zelf in geding wordt gebracht.

- 198 Ten aanzien van de inbreuken op artikel 85 van het Verdrag betoogt de Commissie, dat de conferences een extra compartimentering van de markt hebben bewerkstelligd door te beletten dat leden van de ene conference als onafhankelijk reder in de zone van een andere conference opereren.
- 199 Ten aanzien van de inbreuken op artikel 86 herhaalt de Commissie dat de — ruim uit te leggen — voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer rechtens genoegzaam is aangetoond, wanneer een voldoende plausibele — en niet puur hypothetische — beïnvloeding van de intracommunautaire handel als gevolg van de gewraakte praktijk wordt aangetoond (arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald).
- 200 Intervenienten hebben op dit punt geen opmerkingen gemaakt.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 201 Volgens vaste rechtspraak moet een overeenkomst tussen ondernemingen, evenals overigens misbruik van een machtspositie, om de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van de objectieve bestanddelen ervan feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat de overeenkomst — of het misbruik — al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen tussen Lid-Staten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten wordt geschaad (arrest Hof van 15 december 1994, zaak C-250/92, DLG, Jurispr. 1994, blz. I-5641, r. o. 54). Zo is het in het bijzonder niet nodig dat de gewraakte gedraging de handel tussen de Lid-Staten daadwerkelijk in aanzienlijke mate ongunstig heeft beïnvloed; voldoende is wanneer vast staat dat die gedraging een dergelijk effect kan hebben (zie, voor artikel 86, arrest Hof van 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, RTE en ITP, Jurispr. 1995, blz. I-743, r. o. 69, en, voor artikel 85, arrest Gerecht van 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e. a., Jurispr. 1995, blz. II-289).

- 202 De overeenkomsten tussen conferences, ten aanzien waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat zij onverenigbaar zijn met artikel 85 van het Verdrag, hebben tot doel, de leden van de ene lijnvaartconferentie te verbieden om als onafhankelijk reder op een route te varen vanuit communautaire havens die samenvalt met de zone van een andere lijnvaartconferentie die partij is bij de overeenkomst. Een dergelijke overeenkomst, die wil voorkomen dat de leden van een conferentie de leden van een andere conferentie als onafhankelijk reder concurrentie aandoen, heeft tot doel de markt voor door ondernemingen in de Gemeenschap aangeboden zeevervoersdiensten nog meer te compartimenteren. Bovendien kunnen die overeenkomsten, zoals de Commissie terecht heeft onderstreept, indirect de mededinging in de gemeenschappelijke markt ongunstig beïnvloeden, namelijk enerzijds de mededinging tussen de havens in de Gemeenschap waarop deze overeenkomsten betrekking hebben, door hun respectieve aantrekkingszones te veranderen, en anderzijds de mededinging tussen de activiteiten in deze aantrekkingszones.
- 203 Wat het door artikel 86 bedoelde misbruik betreft, moeten volgens vaste rechtspraak voor de beoordeling van de vraag of misbruik van een machtspositie op de betrokken markt tot ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten kan leiden, de gevolgen voor de effectieve concurrentiestructuur op de gemeenschappelijke markt in de beschouwing worden betrokken (zie bij voorbeeld het arrest *Bodson*, reeds aangehaald, r. o. 24). In die omstandigheden kunnen de praktijken waarmee een groep ondernemingen hun belangrijkste binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde concurrent van de markt tracht te verdrijven, naar hun aard de concurrentiestructuur op de gemeenschappelijke markt en daarmee de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Alleen al op grond van deze bevinding moet het argument van verzoeksters worden verworpen. Bovendien kunnen dergelijke praktijken, zoals de Commissie onder verwijzing naar de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 4056/86 heeft onderstreept, de mededinging indirect ongunstig beïnvloeden, namelijk enerzijds de mededinging tussen de verschillende havens van de Gemeenschap, door hun respectieve aantrekkingszones te veranderen, en anderzijds de mededinging tussen de activiteiten in deze aantrekkingszones.
- 204 Ten slotte is het Gerecht van oordeel dat aangezien de misbruikpraktijken, gericht op uitschakeling van een concurrent, de handel tussen Lid-Staten elk op dezelfde manier en om dezelfde redenen ongunstig beïnvloeden, van de Commissie niet kan worden verlangd dat zij voor iedere praktijk een ongunstige beïnvloeding aantoon, wat slechts tot een formele herhaling van dezelfde motivering kan leiden.

- 205 Ter zake van het tweede onderdeel van het middel, dat de betrokken markten geen deel zouden uitmaken van de gemeenschappelijke markt, moet worden benadrukt dat de relevante markt die rechtstreeks wordt beïnvloed, de markt van lijnvervoersdiensten is, en niet die van de uitvoer van goederen naar derde landen. Zowel de overeenkomsten tussen conferences als de misbruikpraktijken die de leden van Cewal ten laste worden gelegd, zijn gericht op een beperking van de mededinging die de conferences ondervinden van de zijde van de niet-aangesloten scheepvaartmaatschappijen die in de Gemeenschap zijn gevestigd, ongeacht of dat leden van een andere conference zijn aan wie het is verboden om als onafhankelijk reder te opereren, dan wel maatschappijen die bij geen enkele conference zijn aangesloten.
- 206 Onder deze omstandigheden moet het vierde middel worden verworpen.
- 207 Derhalve concludeert het Gerecht dat de primaire vorderingen, strekkende tot nietigverlaring van de beschikking, in hun geheel moeten worden verworpen.

**De subsidiaire vorderingen, strekkende tot intrekking van de opgelegde geldboete**

*Argumenten van partijen*

- 208 Tot staving van hun subsidiaire vorderingen voeren verzoeksters elf middelen of argumenten aan.
- 209 In de eerste plaats bestrijden verzoeksters de opzet en de zwaarte van de door de Commissie in aanmerking genomen inbreuken.
- 210 In de tweede plaats stellen verzoeksters, dat zij, gelet op het algemene karakter van de klacht, niet verplicht konden zijn hun praktijken onmiddellijk na de indiening van de klacht te beëindigen. Daarentegen hebben zij hun getrouwheids-overeenkomsten onmiddellijk na ontvangst van de mededeling van de punten van

bezwaar gewijzigd; Cewal heeft gedurende de procedure met de Commissie samengewerkt, getuige het feit dat aan de praktijken grotendeels een einde was gemaakt op de dag van de mededeling van de punten van bezwaar. Ten slotte heeft Cewal de Commissie bijgestaan bij de onderhandelingen met de OESO enerzijds en de landen van West- en Centraal-Afrika anderzijds.

- 211 In de derde plaats betogen verzoeksters, wat de aard en de waarde van de producten betreft, dat het marktaandeel van Cewal, anders dan de Commissie verklaart, sterk is gedaald, maar dat van de onafhankelijke reder, ondanks de verweten praktijken, was gegroeid. Naar de mening van verzoeksters is bovendien de beschuldiging in punt 108 van de beschikking, dat Cewal een kunstmatig hoog vrachttarief heeft gehandhaafd dankzij haar machtspositie, niet aangetoond en bovendien in tegenspraak met de beschuldiging, dat de prijzen van Cewal abnormaal laag waren. Het feit dat CMZ, een bij Cewal aangesloten maatschappij, zware verliezen heeft geleden, logenstraft deze verklaring eveneens.
- 212 In de vierde plaats stellen verzoeksters, wat de mate van betrokkenheid van elk der leden betreft, dat de Commissie geen geldboete heeft opgelegd aan Scandinavian West African Lines (hierna: „Swal”), en evenmin aan CMZ, die nochtans een meerderheidspositie had binnen de conference, en daardoor het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden. Ook kreeg CMB 95 % van de totale geldboete opgelegd, terwijl haar aandeel in de „pool” van ontvangsten van de conference niet meer dan 30 à 35 % bedroeg. Bovendien had de Commissie de financiële situatie van de ondernemingen en de teruggang van het tonnage van door Cewal vervoerde goederen als verzachtende omstandigheid in aanmerking moeten nemen (arrest Hof van 18 maart 1980, gevoegde zaken 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 en 85/79, Valsabbia e. a., Jurispr. 1980, blz. 907, r. o. 156-158). De Commissie had zich in feite mutatis mutandis moeten richten naar de beginselen die gelden voor coöperaties, waar in de opgelegde geldboete rekening wordt gehouden met de winsten die de leden uit de coöperatie ontvangen [beschikking 86/596/EEG van de Commissie van 26 november 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.204 — Meldoc) (PB 1986, L 348, blz. 50)]. Volgens verzoeksters was CMB in werkelijkheid slechts een hoge geldboete opgelegd, om een beleidsmatig evenwicht tot stand te brengen met de aan een Franse reder opgelegde geldboete (beschikking 92/262 van 1 april 1992, reeds aangehaald).

- 213 In de vijfde plaats betwisten verzoeksters, wat de duur van de inbreuk betreft, de verklaring in punt 115 van de beschikking, dat het misbruik inzake de overeenkomst met Ogefrem voortduurt zolang die overeenkomst niet wordt opgezegd. Zij stellen dat verordening nr. 4056/86 op 1 juli 1987 in werking is getreden, terwijl de overeenkomst in december 1985 is gesloten, zodat de Commissie niet bevoegd was een geldboete op te leggen. Bovendien had die duur kunnen worden beperkt, wanneer de Commissie met de vereiste voortvarendheid was opgetreden (arrest Hof van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223). Voorts kon de Commissie de referentieperiode voor de „fighting ships” niet in november 1989 laten eindigen, terwijl zij zich baseert op documenten waarvan het laatste dateert van 18 mei 1989, en andere notulen in tegenspraak zijn met deze verklaring. Wat de getrouwheidskortingen betreft, kan in de beschikking niet tegelijkertijd in punt 115 worden vastgesteld dat de bewuste praktijk is beëindigd in november 1989 en aan de ondernemingen een aanbeveling worden gedaan om hun getrouwheidsovereenkomsten in overeenstemming te brengen met het bepaalde in artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86. De relatief korte duur van de inbreuken rechtvaardigt de hoogte van de geldboete niet.
- 214 In de zesde plaats stelt verzoekster DAL in zaak T-26/93, dat haar geen enkele geldboete kan worden opgelegd ter zake van de gedragingen die na 1 april 1990 hebben plaatsgevonden. Op die datum had DAL haar dochtermaatschappij Woermann-Linie immers overgedragen aan CMB.
- 215 In de zevende plaats heeft de Commissie, hoewel bij de toepassing van verordening nr. 4056/86, waarvan de uitlegging ook nog moeilijk is, en van het leerstuk van de collectieve machtspositie onbekend gebied wordt betreden, ten onrechte geen matiging betracht bij de vaststelling van de geldboete.
- 216 In de achtste plaats, wat de berekening van de hoogte van de geldboete in geval van een collectieve machtspositie betreft, stellen verzoeksters dat alleen de omzet van Cewal en niet die van de leden als referentie had mogen dienen. Zij achten bovendien alleen de omzet op de relevante markt ter zake dienend.



- 217 In de negende plaats zou verzoeksters wettig geen geldboete kunnen worden opgelegd, omdat de mededeling van de punten van bezwaar niet tot hen zou zijn gericht. De omstandigheid dat aan Cewal geen geldboete kon worden opgelegd, omdat zij geen rechtspersoonlijkheid bezit, ontsloeg de Commissie niet van de verplichting om de mededeling van de punten van bezwaar tot de ondernemingen te richten en daarin aan te kondigen dat hun een geldboete zou worden opgelegd.
- 218 In de tiende plaats betogen verzoeksters, dat de Commissie verplicht was rekening te houden met de reglementaire en economische omstandigheden waaronder het gewraakte gedrag heeft plaatsgevonden (arrest Hof van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie e. a., Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 613-620), in casu dus met het bestaan van een rechtmatig toegekend exclusief recht. Bovendien heeft de Commissie het beginsel van gelijke behandeling geschonden door haar beginselverklaring inzake de toepassing van artikel 86 op de sector van het zeevervoer niet na te leven (PB 1981, C 339, blz. 4).
- 219 Ten slotte noemen verzoeksters het in artikel 7 van de beschikking bepaalde rentepercentage van 13,25 % voor het geval van uitgestelde betaling van de geldboete excessief en verzoeken zij het Gerecht een lager tarief vast te stellen.
- 220 De Commissie houdt staande, dat het bij de gestelde inbreuken waarmee de leden van Cewal opzettelijk hebben getracht een concurrent uit te schakelen, om ernstige en opzettelijke inbreuken gaat.
- 221 Zij geeft toe dat de klachten een algemeen karakter hadden, doch zij bestrijdt dat de leden van de conference zich steeds coöperatief zouden hebben opgesteld.
- 222 Over de berekening van de geldboeten zegt zij aan iedere onderneming afzonderlijk een geldboete te hebben opgelegd, en niet eerst een algemeen bedrag te hebben bepaald om dat vervolgens op te delen. De mededeling van de punten van bezwaar waarin het risico van een geldboete werd aangekondigd, is tot elk der leden van

Cewal gericht. Alle leden waren dus in gelegenheid hun opmerkingen in te dienen en hun standpunt kenbaar te maken. Het aanspreken van Cewal brengt wegens het gemis van rechtspersoonlijkheid noodzakelijkerwijze met zich mee, dat haar leden moeten worden aangesproken.

223 In het geval van CMB is in de opgelegde hoge geldboete rekening gehouden met de hoofdrol die zij bij de inbreuken heeft gespeeld, een meer voor de hand liggend aanknopingspunt dan het aandeel van CMB in de pool van ontvangsten van de conference. De Commissie heeft de omzet in het lijnvervoer van de CMB-groep over 1991 als referentie genomen, wat een middenweg vormde tussen de omzet op het verkeer met Zaïre en de totale omzet. In het geval van de drie andere ondernemingen is de opgelegde geldboete forfaitair en symbolisch vastgesteld, gelet op hun geringere rol binnen de conference, zonder direct verband met hun omzet. De financiële situatie van elke onderneming is naar behoren in aanmerking genomen, getuige het feit dat geen geldboete is opgelegd aan CMZ, die in zware financiële moeilijkheden verkeert. De terugval in het vervoersvolume geldt slechts de jaren 1991 en 1992 en is, zoals verzoeksters zelf toegeven, toe te schrijven aan de politieke crisis die zich in Zaïre heeft voorgedaan.

224 Het feit dat aan Swal en CMZ geen geldboete is opgelegd, is volgens de Commissie bovendien geen discriminatie. Swal heeft sinds 1984 geen enkele actieve rol meer gespeeld in het zeevervoer tussen Europa en Zaïre. CMZ verkeerde in een catastrofale financiële situatie, haar schepen waren aan de ketting gelegd en verkocht, en zij had alle activiteiten gestaakt, waarbij haar deel van het vervoer door andere maatschappijen van de conference werd verzorgd tegen een commissie voor ieder vervoer van goederen dat plaats vond onder dekking van een door haar uitgegeven cognossement.

225 De Commissie wijst erop dat in de beschikking voldoende is uiteengezet hoe de duur van de inbreuken is bepaald. Zij acht de termijn die is verstreken tussen het ontdekken van de inbreuken en de mededeling van de punten van bezwaar, en vervolgens tussen die mededeling en de vaststelling van de beschikking, niet excessief.

- 226 Volgens de Commissie past de toepassing van verordening nr. 4056/86 in het meer algemene kader van de toepassing van de communautaire mededingingsregels. In dit kader zijn de verweten praktijken geenszins nieuw, in die zin dat zij een verlaging van de geldboete zouden rechtvaardigen. Zij meent tevens dat het begrip collectieve machtspositie bekend is en al eerder is toegepast, ook in de bijzondere sector van de lijnvaartconferenties (beschikking 92/262 van 1 april 1992, reeds aangehaald).
- 227 Dat ter bepaling van de hoogte van de in casu op te leggen geldboete rekening is gehouden met de hoogte van de geldboete die in een andere zaak is opgelegd, is volgens de Commissie een kwestie van goed bestuur en kan niet worden uitgelegd als een blijk van politieke bedoelingen.
- 228 Ten slotte stelt verweerster dat de vaststelling van het percentage van de verdragingsrente geheel los staat van de wettigheid van de beschikking. Bovendien acht zij het in artikel 7 van de beschikking vastgestelde percentage redelijk en onderstreept zij dat verzoeksters hoe dan ook betalingsfaciliteiten zijn verleend.
- 229 Intervenienten hebben geen opmerkingen gemaakt betreffende de subsidiaire vordering.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 230 Ingevolge artikel 21 van verordening nr. 4056/86 heeft het Hof van Justitie volledige rechtsmacht in de zin van artikel 172 van het Verdrag ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete wordt vastgesteld.

- 231 In de eerste plaats hebben de bij artikel 6 van de beschikking opgelegde geldboeten alleen betrekking op de aan de leden van Cewal ten laste gelegde misbruiken. Aangezien de desbetreffende praktijken zijn toegepast om de enige op de markt aanwezige concurrent uit te schakelen, is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters niet kunnen ontkennen dat het om opzettelijke en ernstige inbreuken gaat.
- 232 Wat in de tweede plaats de berekening van de geldboete betreft, aangezien de conference geen rechtspersoonlijkheid bezit, kon de Commissie een geldboete opleggen aan de leden van Cewal in plaats van deze aan de conference zelf op te leggen. De mededeling van de punten van bezwaar was behalve aan Cewal ook gericht tot ieder van de leden van de conference. In deze omstandigheden en gelet op het feit dat Cewal geen rechtspersoonlijkheid bezit, moesten verzoeksters, ook al werd in de mededeling van de punten van bezwaar slechts gesproken van de mogelijkheid dat wegens de misbruiken aan Cewal een geldboete zou worden opgelegd, zich bewust zijn geweest van het risico dat een eventuele geldboete aan hen zou worden opgelegd in plaats van aan de conference.
- 233 In zaak T-24/93 stellen verzoeksters dat de Commissie, door niet het juiste omzetcijfer aan te houden, geldboeten heeft opgelegd die hoger zijn dan het in artikel 19, lid 2, van verordening nr. 4056/86 genoemde maximum van 10 %. Volgens die bepaling kan de Commissie geldboeten opleggen tot 10 % „van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar”, onder meer wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 86 van het Verdrag. Volgens vaste rechtspraak inzake artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, mag ter bepaling van de geldboete rekening worden gehouden met zowel de totale omzet van de onderneming, die een zij het approximatieve en onvolledige aanwijzing vormt van de omvang en economische macht, als het deel van de omzet dat is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft en dat dus een aanwijzing kan geven omtrent de omvang van de inbreuk (arrest Gerecht van 14 juli 1994, zaak T-77/92, Parker Pen, Jurispr. 1994, blz. II-549, r. o. 94). Deze rechtspraak kan ook in deze zaak worden toegepast, aangezien de bewoordingen van artikel 19 van verordening nr. 4056/86 op dit punt gelijkkluidend zijn aan die van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. In die omstandigheden is het Gerecht van oordeel dat de Commissie, door uit te gaan van de omzet die CMB over 1991 in het lijnvervoer heeft behaald, artikel 19 van verordening nr. 4056/86 niet heeft geschonden. De opgelegde geldboete bedraagt 1,4 % van deze omzet, zodat de Commissie het in artikel 19 van de verordening genoemde maximum niet heeft overschreden.

- 234 De bezwaren van verzoeksters betreffende de discriminatie waarvan zij het slachtoffer zouden zijn, berusten voornamelijk op de veronderstelling dat de geldboeten hadden moeten worden vastgesteld overeenkomstig het aandeel van elk van hen in de pool van ontvangsten van Cewal. Dit argument kan niet worden aanvaard. Wanneer blijkt dat de ondernemingen niet in dezelfde mate aan een inbreuk hebben deelgenomen, zou aanknoping aan het vaste aandeel van elk van hen in de pool van ontvangsten tot gevolg hebben dat degenen die in sterke mate hebben deelgenomen aan de inbreuk worden bevoordeeld en degenen die in geringere mate hebben deelgenomen, bestraft. Door het enkele feit dat de Commissie rekening heeft gehouden met de mate van deelneming van de ondernemingen in plaats van wat hun aandeel in de ontvangsten, heeft zij het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden.
- 235 Ook de enkele constatering dat de aan CMB opgelegde geldboete veel hoger is dan die welke aan de andere ondernemingen is opgelegd, wijst op zichzelf niet op een ongelijke behandeling. In casu heeft de Commissie in aanmerking genomen dat CMB een overwegend deel van het vervoer beheerst, zodat haar handelen een merkbaar effect op de markt heeft, en dat zij binnen Cewal een beslissende rol speelt. Bovendien is de geldboete tevens bedoeld om ondernemingen ervan te weerhouden de ten laste gelegde inbreuken opnieuw te begaan, en daarom heeft de Commissie rekening mogen houden met de omstandigheid dat de schepen van de CMB-groep ten tijde van de vaststelling van de beschikking nagenoeg alle ladingen van de conference vervoerden. In die omstandigheden heeft de Commissie, door aan CMB een veel hogere geldboete op te leggen dan aan de andere ondernemingen, het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden.
- 236 Waar bovendien Swal sinds 1984 haar rechten liet uitoefenen door andere leden van de conference, zodat haar ladingen in feite door deze leden werden vervoerd, mocht de Commissie concluderen dat die reder geen actieve rol heeft gespeeld in de inbreuken en mocht zij, zonder het beginsel van gelijke behandeling te schenden, besluiten om aan deze reder geen geldboete op te leggen.
- 237 Voorts was de Commissie, zonder te ontkennen dat deze maatschappij aan de ten laste gelegde inbreuken heeft kunnen deelnemen, van oordeel dat aan CMZ wegens de ernstige moeilijkheden waarin zij verkeerde, geen geldboete diende te worden opgelegd. De Commissie heeft in het bijzonder vastgesteld dat CMZ afstand heeft moeten doen van haar schepen, hetgeen verzoeksters niet ontkennen. Omdat zij

niet meer over schepen beschikte, heeft CMZ zich niet zelf meer met zeevervoer beziggehouden. In die omstandigheden heeft de Commissie terecht kunnen besluiten om aan CMZ geen geldboete op te leggen en heeft zij het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden, aangezien geen van verzoeksters kan stellen zich in een zelfde situatie te bevinden als CMZ.

238 Wat ten slotte het argument betreft dat sprake is van misbruik van bevoegdheid, omdat de opgelegde geldboete slechts tot doel had een beleidsmatig evenwicht te bereiken met beschikking 92/262 van 1 april 1992 (reeds aangehaald), zij herinnert aan de vaste rechtspraak volgens welke ten aanzien van een handeling slechts kan worden gesproken van misbruik van bevoegdheid, wanneer er objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen bestaan dat zij uitsluitend, althans hoofdzakelijk is vastgesteld ter bereiking van andere doeleinden dan gesteld (onder meer arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-143/89, *Ferriere Nord*, Jurispr. 1995, blz. II-917, r. o. 68). Dit kan niet het geval zijn wanneer de Commissie bij de vaststelling van de hoogte van de aan een reder opgelegde geldboete rekening houdt met de geldboete die zij enkele maanden eerder aan een andere onderneming in de sector van het zeevervoer heeft opgelegd, daar zij aldus de samenhang in de toepassing van het communautaire mededingingsrecht verzekert.

239 In de derde plaats kan, aangezien de klachten die tot deze zaak hebben geleid, een zo algemeen karakter hadden dat daarin de uiteindelijk in de beschikking ten laste gelegde praktijken niet nader waren aangeduid, de leden van Cewal, anders dan in punt 104 van de beschikking, niet worden verweten dat zij die praktijken niet onmiddellijk na indiening van die klachten hebben beëindigd. Derhalve is het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht van oordeel, dat het bedrag van de aan elk van verzoeksters opgelegde geldboete moet worden verlaagd. Daarentegen kan geen rekening worden gehouden met de gestelde samenwerking van verzoeksters met de Commissie. In dit verband is de aanpassing van de getrouwheidsvereenkomsten aan artikel 5, punt 2, van de verordening niet van belang, omdat uit dien hoofde geen geldboete is opgelegd. Evenmin is het feit dat Cewal de Commissie heeft bijgestaan in haar onderhandelingen met derde landen of met het OESO, van invloed op de hoogte van de geldboete die is opgelegd wegens de drie inbreuken op artikel 86 van het Verdrag. Waar ten slotte de geldboete uiteraard wordt opgelegd met betrekking tot een bepaalde periode, toont het enkele feit dat de bewuste praktijken na die periode zijn gestaakt, nog geen coöperatieve houding jegens de Commissie aan.

- 240 In de vierde plaats voeren verzoeksters, wat de duur van de inbreuk betreft, voor elk van de ten laste gelegde misbruiken afzonderlijke argumenten aan.
- 241 In punt 115 van haar beschikking laat de Commissie de voor de vaststelling van de geldboeten in aanmerking te nemen periode lopen van 1 juli 1987, de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 4056/86, tot de datum van de beschikking, aangezien de overeenkomst Cewal-Ogefrem nooit door Cewal is opgezegd. Verzoeksters kunnen derhalve niet staande houden, dat de Commissie *ratione temporis* niet bevoegd was tot het opleggen van een geldboete, omdat zij de periode vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 4056/86 juist niet in aanmerking heeft genomen. Daarentegen kan een inbreuk op artikel 86 enkel worden bestraft, voor zover deze naar behoren is vastgesteld (arrest BPB Industries en British Gypsum, reeds aangehaald, r. o. 98). In casu is het ten laste gelegde misbruik gelegen in het feit dat actief is deelgenomen aan de uitvoering van de overeenkomst en herhaaldelijk is gevraagd om strikte naleving daarvan teneinde G en C uit te schakelen. Uit geen enkel stuk in het dossier blijkt evenwel, dat de Commissie naar behoren heeft kunnen vaststellen dat de inbreuk in december 1992 nog steeds voortduurde. In het bijzonder kan niet worden uitgesloten dat de samenwerkingsovereenkomst, hoewel niet formeel opgezegd, niettemin een dode letter is gebleven. In casu meent het Gerecht, gelet op de gegevens waarover het beschikt, met name de notulen van de vergadering van directeuren van de leden van Cewal van 21 september 1989, en in het kader van zijn volledige rechtsmacht, dat ervan moet worden uitgegaan dat de in aanmerking te nemen periode eindigde in september 1989. Bijgevolg moet de opgelegde geldboete worden verlaagd.
- 242 Wat de „fighting ships” betreft, heeft de Commissie, zoals verzoeksters verklaren, een geldboete opgelegd betreffende de periode die eindigde in november 1989, terwijl het laatste document waarop zij zich baseert, van 18 mei 1989, vermeldt dat de praktijk in september 1989 diende te eindigen. Uit de notulen van het Zaïre Pool Committee van 18 september 1989, die in de beschikking in een ander verband worden genoemd, en uit de notulen van het Zaïre Action Committee van 11 oktober 1989, die in de beschikking niet worden genoemd doch als bijlage bij het verweerschrift van de Commissie zijn gevoegd, blijkt dat de praktijken tenminste zijn voortgezet gedurende de laatste drie maanden van 1989, zij het minder regelmatig. In die omstandigheden meent het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht, dat er geen termen aanwezig zijn om het bedrag van de geldboete op dit punt te verlagen.

- 243 Wat de getrouwheidsovereenkomsten betreft, beroepen verzoeksters zich op een beweerde tegenstrijdigheid tussen punt 115 en artikel 5 van de beschikking. Hier kan worden volstaan met de vaststelling dat deze twee bepalingen twee verschillende onderwerpen betreffen. Punt 115 van de beschikking heeft immers betrekking op de periode die voor de bepaling van de uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag opgelegde geldboeten in aanmerking moet worden genomen, terwijl artikel 5 van de beschikking betrekking heeft op de inbreuk wegens de onverenigbaarheid van de getrouwheidsovereenkomsten met de voorschriften van artikel 5, punt 2, van verordening nr. 4056/86. Zoals reeds gezegd, gaat het hier om twee verschillende inbreuken.
- 244 Overigens kan het argument dat het onderzoek door de Commissie veel te lang heeft geduurd, slechts betrekking hebben op de periode tussen de indiening van de klachten en de mededeling van de punten van bezwaar, dat wil zeggen de periode van juli 1987 tot augustus 1990. Gelet immers op de voorgaande overwegingen, kon voor de berekening van de geldboete geen enkele latere periode in aanmerking worden genomen. Gelet op de ingewikkeldheid van de zaak, het aantal en de verscheidenheid van de inbreuken die naar aanleiding van algemene klachten moesten worden onderzocht, en het aantal daarbij betrokken lijnvaartconferenties en scheepvaartmaatschappijen, kan de duur van de procedure niet als excessief worden aangemerkt.
- 245 Ten slotte blijken de opgelegde geldboeten niet onevenredig in verhouding tot de relatief lange duur van de inbreuken, die varieerden van achttien maanden tot bijna dertig maanden.
- 246 In zaak T-26/93 betoogt verzoekster DAL, dat zij haar deelneming in Woermann-Linie per 1 april 1990 had overgedragen en geen lid meer was van Cewal, zodat zij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor misbruiken van na die datum. Op vragen die het Gerecht bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang dienaangaande heeft gesteld, heeft de Commissie geantwoord dat de aan DAL opgelegde geldboete, die een forfaitair karakter had, niet rechtstreeks op basis van de duur van de inbreuken was berekend. Dit middel kan alleen het misbruik inzake de uitvoering van de overeenkomst met Ogefrem betreffen, de enige praktijk waarbij de in aanmerking te nemen periode zich tot na deze datum uitstrekte. Gelet op rechtsoverweging 241 hierboven behoeft op dit middel geen uitspraak meer te worden gedaan.



- 247 Wat in de vijfde plaats de aard en de waarde van de produkten betreft, is het weliswaar onmogelijk, zoals in de beschikking wordt verklaard, te bepalen welk marktaandeel G en C zonder de praktijken zouden hebben gehad, maar dit neemt niet weg dat de ten laste gelegde misbruiken, toegepast om de enige concurrent uit te schakelen, noodzakelijkerwijs tot gevolg hebben gehad dat de penetratie van deze concurrent op de markt werd vertraagd. Voor zover Cewal en de onafhankelijk reder G en C de enige waren die op de route tussen Noord-Europa en Zaïre opereerden, is de gehele markt daardoor ongunstig beïnvloed. Overigens hebben partijen de invloed van de vrachttarieven op het handelsverkeer in per lijnschip vervoerde goederen niet bestreden. In het kader van zijn volledige rechtsmacht is het Gerecht van oordeel, dat er dus geen termen aanwezig zijn om de opgelegde geldboete te verlagen.
- 248 In de zesde plaats vertoont het oogmerk van de ten laste gelegde misbruiken, namelijk de enige concurrent van de markt te verdringen, mededingingsrechtelijk geen nieuw karakter; terecht heeft de Commissie zich daarom op het standpunt kunnen stellen, dat er geen rekening behoeft te worden gehouden met het feit dat dit een van de eerste beschikkingen was, die op basis van verordening nr. 4056/86 werd vastgesteld. Gelet bovendien op beschikking 89/93/EEG van de Commissie van 7 december 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.906, vlak glas) (PB 1989, L 33, blz. 44), en op artikel 8 van verordening nr. 4056/86, heeft de Commissie terecht niet in aanmerking genomen dat het begrip collectieve machtspositie nieuw zou zijn.
- 249 In de zevende plaats kunnen verzoeksters zich niet succesvol op een exclusief recht dat rechtmatig aan Cewal zou zijn toegekend, of op voorschriften van een derde staat beroepen. Afgezien van het feit dat deze elementen niet zijn bewezen, kunnen zij de toegepaste praktijken in geen enkel opzicht rechtvaardigen en hebben zij dus geen invloed op de bepaling van de hoogte van de geldboete (arrest Gerecht van 6 april 1995, zaak T-148/89, Tréfilunion, Jurispr. 1995, blz. II-1063, r. o. 118). Bovendien kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten, inbreuk te hebben gemaakt op de beginselen die zij zelf heeft geformuleerd in haar eerder genoemde verklaring inzake de toepassing van artikel 86 op het zeevervoer, aangezien die verklaring, die in het Publikatieblad is gepubliceerd onder de rubriek Voorbereidende

besluiten, betrekking had op het voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB 1981, C 282, blz. 4) en zij bij de vaststelling van verordening nr. 4056/86 niet opnieuw is geformuleerd.

250 Ten slotte kan, anders dan de Commissie verklaart, het in de tweede alinea van artikel 7 van het dispositief vastgestelde rentepercentage niet worden geacht, geen deel uit te maken van de beschikking. Derhalve zijn verzoeksters ontvankelijk waar zij de hoogte van dat percentage aanvechten. Evenwel hebben verzoeksters geen enkel element aangedragen om aan te tonen dat de Commissie, door uit te gaan van de rentevoet die door het Europees Fonds voor monetaire samenwerking op de eerste werkdag van de maand waarin de beschikking is gegeven, op zijn verrichtingen in ECU wordt toegepast, vermeerderd met 3,5 procentpunten, ofwel 13,25 %, op enigerlei wijze heeft gedwaald. In die omstandigheden dient het argument van verzoeksters te worden verworpen, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de vraag of verzoeksters op dit punt procesbelang hebben, aangezien zij van de Commissie betalingsfaciliteiten hebben verkregen.

251 Gelet op al deze factoren, met name op de rechtsoverwegingen 239 en 241 van dit arrest, is het Gerecht uit hoofde van zijn volledige rechtsmacht van oordeel, dat het bedrag van de opgelegde geldboeten als volgt moet worden verlaagd:

— de aan CMB opgelegde geldboete van 9 600 000 ECU wordt vastgesteld op 8 640 000 ECU;

— de aan Dafra-Lines opgelegde geldboete van 200 000 ECU wordt vastgesteld op 180 000 ECU;

— de aan DAL opgelegde geldboete van 200 000 ECU wordt vastgesteld op 180 000 ECU;

— de aan Nedlloyd opgelegde geldboete van 100 000 ECU wordt vastgesteld op 90 000 ECU.

## Kosten

- 252 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens lid 3 van dit artikel kan het Gerecht evenwel de kosten 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. In casu zijn verzoeksters in al hun primaire vorderingen en op de voornaamste punten van hun subsidiaire vorderingen in het ongelijk gesteld. Onder deze omstandigheden zijn er geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering. Verzoeksters moeten daarom worden verwezen in de kosten van verweerster.
- 253 Bovendien dienen verzoeksters in zaak T-24/93 hoofdelijk de kosten van interveniënten te dragen, die dit hebben gevorderd.

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

rechtdoende:

- 1) Voegt de zaken T-24/93, T-25/93, T-26/93 en T-28/93 voor het arrest.
- 2) Verwerpt de beroepen tot nietigverklaring van beschikking 93/82/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) en artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal).

3) Stelt het bedrag van de bij artikel 6 van deze beschikking opgelegde geldboeten vast op:

— Compagnie maritime belge SA: 8 640 000 ECU,

— Dafra-Lines A/S: 180 000 ECU,

— Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.: 180 000 ECU,

— Nedlloyd Lijnen BV: 90 000 ECU.

4) Verstaat dat verzoeksters alle kosten van verweerster zullen dragen. Bovendien zullen verzoeksters in zaak T-24/93 (Compagnie maritime belge SA en Compagnie maritime belge transports SA) hoofdelijk alle kosten van interveniënten dragen.

Briët

Lindh

Potocki

Moura Ramos

Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 oktober 1996.

De griffier

De president van de Derde kamer

H. Jung

C. P. Briët