

NL

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE van 27 augustus 2003

betreffende een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag

(COMP/37.685 GVG/FS)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag¹, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1216/99², en met name artikel 3 en artikel 15, lid 2,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren³,

Gezien de klacht die Georg Verkehrsorganisation GmbH op grond van artikel 10 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 op 25 oktober 1999 heeft ingediend, als zou inbreuk zijn gemaakt op artikel 82 van het EG-Verdrag,

Gezien het besluit van de Commissie van 21 juni 2001 om de procedure in deze zaak in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in staat te hebben gesteld hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de bezwaren die de Commissie heeft geformuleerd overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en artikel 26 van Verordening (EEG) nr. 1017/68, juncto Verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag⁴,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities en het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op het gebied van het vervoer,

¹ PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62. Werd deze verordening vervangen door Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1), toch blijft zij van toepassing voor beschikkingen gegeven vóór 1 mei 2004.

² PB L 148 van 15.6.1999, blz. 5.

³ PB L 175 van 23.7.1968, blz. 1. Werd deze verordening laatstelijk gewijzigd door Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1), toch blijft zij van toepassing voor beschikkingen gegeven vóór 1 mei 2004.

⁴ PB L 354 van 30.12.1998, blz. 18.

Gezien het eindverslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak⁵,

Overwegende hetgeen volgt:

A. INLEIDING

1. Deze zaak werd ingeleid na een klacht van de Duitse spoorwegonderneming Georg Verkehrsorganisation GmbH (hierna: "GVG") tegen Ferrovie dello Stato S.p.A. (hierna: "FS"), de Italiaanse nationale spoorwegmaatschappij. GVG klaagde dat FS sinds 1995 geweigerd had om toegang te verlenen tot de Italiaanse infrastructuur, om onderhandelingen aan te vatten over het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband en om tractie te leveren. Dit heeft GVG belet een dienst voor internationaal reizigersvervoer per spoor aan te bieden vanuit diverse punten in Duitsland naar Milaan (via Bazel).
2. De Commissie is tot de conclusie gekomen dat FS, door GVG toegang te ontzeggen tot de betrokken diensten, die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van haar activiteiten, van haar machtspositie misbruik heeft gemaakt in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 8 van Verordening nr. 1017/68. Nadat de procedure bij de Commissie was ingeleid, heeft FS tegenover de Commissie toezeggingen gedaan die garanderen dat het misbruik wordt stopgezet en niet meer zal worden herhaald.

B. DE PARTIJEN

3. GVG is een Duitse spoorwegonderneming die sinds maart 1992 op grond van een nationale vergunning diensten levert op het gebied van het internationale reizigersvervoer. Op 31 maart 1995 kreeg zij van het ministerie van Transport van de deelstaat Hessen, overeenkomstig Richtlijn 95/18/EG van de Raad van 19 juni 1995 betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen⁶, een vergunning om diensten aan te bieden op het gebied van reizigersvervoer per spoor. In 2000 ging GVG een internationaal samenwerkingsverband aan met de Zweedse staatsspoorwegen voor het leveren van diensten tussen Malmö en Praag en tussen Malmö en Berlijn. In 2001 bood zij jaarlijks meer dan 200 treinen aan in het internationale langeafstandsvervoer voor reizigers van Duitsland naar andere Europese landen (Oostenrijk, Frankrijk, Zweden, Oost-Europa).
4. FS is de belangrijkste Italiaanse spoorwegmaatschappij en een staatsbedrijf. In de jaren 1990 maakte FS een herstructureringsproces door. Op 22 december 1992 richtte de onderneming de publieke vennootschap Ferrovie dello Stato – Società di Trasporti e Servizi per Azioni (hierna: "FS S.p.A.") op, onder het toezicht van het ministerie van de Schatkist. Op 4 maart 1996 richtte FS aparte bedrijfseenheden op voor het netwerk, het rollend materieel en de tractie, het reizigersvervoer en andere activiteiten. Op 27 juli 1998 werden deze bedrijfseenheden omgevormd tot zelfstandige divisies: de infrastructuurdivisie (FS Infrastruttura), de divisie reizigersvervoer (FS Passageri) en de divisie vrachtvervoer (FS Cargo).

⁵ PB C XXX van XX.XX.2003, blz. XX.

⁶ PB L 143 van 27.6.1995, blz. 70.

5. Op 13 juli 2001 voltooide FS een herstructureringsproces door de oprichting van FS Holding S.p.A. ,FS Holding S.p.A. heeft zeggenschap over twee ondernemingen:
6. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (hierna: "RFI") dat de netwerkinfrastructuur exploiteert op grond van een beheerscontract met een looptijd van 60 jaar, dat op 31 oktober 2000 door de minister van Transport werd toegekend (decreet nr. 138T), en
7. Trenitalia S.p.A. (hierna: "Trenitalia") dat de transportactiviteiten voortzet op grond van een vergunning voor het aanbieden van spoorvervoerdiensten die op 23 mei 2000 door de minister van Transport werd toegekend overeenkomstig Presidentiële decreten nr. 277 van 8 juli 1998 en nr. 146 van 16 maart 1999.

C. DE DIENST WAAROP DE BESCHIKKING BETREKKING HEEFT

C.1. Een internationale dienst voor reizigersvervoer tussen Duitsland en Milaan

8. GVG wil een dienst voor internationaal reizigersvervoer aanbieden tussen Duitsland en Milaan (heen en terug). Zij wil vanuit diverse Duitse steden (Karlsruhe, Koblenz en Mannheim) reizigers aanvoeren naar Bazel. Aansluitend wil zij een non-stopspoorverbinding ("Sprinter") aanbieden die tweemaal per dag zou gaan rijden van Bazel naar Milaan (via Domodossola). Sommige van deze reizigers zouden hun reis vanuit Milaan kunnen voortzetten. Evenzo zou de trein van Milaan naar Bazel zowel lokale reizigers meenemen als reizigers die van verderaf komen (die met bestaande FS-treinen naar Milaan reizen). GVG wil zich met name richten op zakelijke klanten door een verbinding Bazel-Milaan aan te bieden die tot één uur sneller is dan bestaande verbindingen. Anders dan de non-stopdienst van GVG, zijn er bij bestaande verbindingen tussen Bazel en Milaan 14 haltes. GVG wil op de trein ook additionele diensten aanbieden.
9. De aantrekkingskracht van een dergelijke dienst is sterk afhankelijk van de dienstregeling. Aankomst- en vertrektijden in Bazel moeten goed zijn afgestemd op de intercitytreinen van de Deutsche Bahn (hierna: "DB") die reizigers vanuit andere bestemmingen moeten aanvoeren. In Milaan moet ook gelijksoortige interconnectie worden verzekerd voor reizigers die verder reizen. Bovendien moeten de treinen vertrekken met een voldoende tijdsverschil. Met de door GVG beoogde "treinpaden" zou het mogelijk zijn om te vertrekken met een tijdsverschil van zo'n twee uur. Bovendien dient er, om de kortst mogelijke reistijd te garanderen, een goede aansluiting te zijn te Domodossola. De treinpaden die GVG in 1998 heeft aangevraagd, kunnen een en ander illustreren⁷. Met deze treinpaden zou het mogelijk zijn de diensten uit onderstaande tabel aan te bieden, met een stop van 7 à 8 minuten te Basel Bad om de intercity van/naar Duitsland te halen⁸:

Basel Bad	Domodossola		Milaan	Reistijd
-----------	-------------	--	--------	----------

⁷ De dienstregelingen zijn herhaaldelijk aangepast naar gelang de door Schweizerische Bundesbahnen aangeboden treinpaden.

⁸ De intercity uit Duitsland komt om 12.38 u en 14.38 u aan in Bazel. Richting noorden vertrekt de intercity vanuit Bazel om 12.21 u en 14.21 u. Om in Bazel over te stappen zouden reizigers, onderscheidenlijk, 7 of 8 minuten de tijd hebben.

Vertrek	Aankomst	Vertrek	Aankomst	
12.45 u	15.50 u	15.58 u	17.08 u	4.23 u
14.45 u	17.50 u	17.58 u	19.08 u	4.23 u
Milaan	Domodossola		Basel Bad	
07.50 u	09.01 u	09.09 u	12.13 u	4.23 u
09.50 u	11.01 u	11.09 u	14.13 u	4.23 u

10. FS en de Zwitserse spoorwegmaatschappij Schweizerische Bundesbahnen (hierna: "SBB") bieden in samenwerkingsverband een dienst voor reizigersvervoer tussen Basel en Milaan aan. Zij laten dagelijks zeven treinen rijden via Chiasso⁹ en drie treinen via Domodossola¹⁰. Daarnaast biedt de Italiaans-Zwitserse onderneming Cisalpino, waarin FS een 50%-belang heeft (terwijl de andere helft van de aandelen verdeeld is tussen SBB en het Zwitserse BLS Lotschbergbahn (hierna: "BLS")), één dagelijkse verbinding aan via Domodossola¹¹. Deze diensten worden niet aangeboden op grond van een openbare-dienstverplichting of op grond van een openbare-dienstcontract¹².

C.2. Vereisten voor de dienst

C.2.1. Vergunning

11. Om een grensoverschrijdende spoorvervoerdienst aan te kunnen bieden, moet een spoorwegonderneming eerst over een *vergunning* beschikken. De voorwaarden voor de toekenning van vergunningen aan spoorwegondernemingen in de Europese Unie zijn geharmoniseerd in Richtlijn 95/18/EG, die in Italië op 23 juli 1999, met een verdrag van twee jaar, bij decreet nr. 146/1999 is omgezet.

C.2.2. Internationaal samenwerkingsverband

12. In het huidige stadium van de liberalisering van het EU-spoorvervoer, is de enige manier waarop een spoorwegonderneming uit één lidstaat toegang kan krijgen tot de markt voor reizigersvervoer per spoor in een andere lidstaat met het oog op het aanbieden van diensten voor internationaal reizigersvervoer, een "internationaal samenwerkingsverband" aan te gaan. Een internationaal samenwerkingsverband wordt in Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling

⁹ In 1998 bedroeg de reistijd voor deze verbindingen 5.40 u. Thans bedraagt hij 5.21 u. Deze treinen komen aan in het spoorwegstation Basel Bad.

¹⁰ De treinen via Domodossola komen aan in het spoorwegstation Basel SBB. Reizigers die naar Duitsland willen reizen, moeten naar het spoorwegstation Basel Bad gaan, van waaruit treinen naar Duitsland rijden. De reistijd voor een van deze treinen bedraagt 5.02 u en voor de overige treinen 5.21 u. Daarbij komt nog zo'n 30 minuten, de tijd nodig om naar het spoorwegstation Basel Bad te reizen.

¹¹ De Cisalpino-trein komt aan in Basel SBB. De reistijd van deze trein bedraagt 4.31 u. Daarbij komt nog zo'n 30 minuten, de tijd nodig om naar het spoorwegstation Basel Bad te reizen. Voor een vergelijking van de reistijd van de Cisalpino en van de trein die GVG wil gaan laten rijden, zie deel F.3.

¹² Als bedoeld in artikel 2 van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PB L 156 van 28.6.1969, blz. 1, gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1893/91, PB L 169 van 29.6.1991, blz. 1.

van de spoorwegen in de Gemeenschap¹³ omschreven als "ieder samengaan van ten minste twee in verschillende lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen, dat ten doel heeft het leveren van diensten op het gebied van internationaal vervoer tussen lidstaten". Volgens artikel 10, lid 1, van Richtlijn 91/440/EEG worden aan de internationale samenwerkingsverbanden toegangs- en doorvoerrechten verleend in de lidstaten waar de samenstellende spoorwegondernemingen zijn gevestigd, alsmede doorvoerrechten in de andere lidstaten. Zoals in overweging 128 wordt aangetoond, heeft volgens de Commissie artikel 10, lid 1, van Richtlijn 91/400/EEG rechtstreekse werking.

13. Richtlijn 91/440/EEG werd in Italië met een vertraging van vijf jaar ten uitvoer gelegd, door decreet nr. 277/1998 dat per 8 juli 1998 van kracht werd. Toch was er, ook vóór de omzetting van Richtlijn 91/440/EEG, volgens de Italiaanse wetgeving geen juridisch beletsel voor FS om met een spoorwegonderneming uit een andere lidstaat een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met het oog op het aanbieden van internationale spoorvervoerdiensten¹⁴.

C.2.3. Toegang tot infrastructuur

14. De spoorwegonderneming moet ook *infrastructuurcapaciteit* toegewezen kregen, namelijk een bepaalde "slot" op de sporen van het spoorwegnet waarop zij de grensoverschrijdende dienst wil gaan aanbieden. Infrastructuurtoegang omvat een aantal uiteenlopende diensten en handelingen die op verschillende tijdstippen plaatsvinden. Met name zijn de volgende elementen van belang: informatie betreffende de beschikbaarheid van treinpaden en de desbetreffende prijzen; de behandeling van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit; de toestemming gebruik te maken van spoorcapaciteit; treinbeheer met inbegrip van seinen, regeling en de overdracht en levering van gegevens over treinbewegingen; toegang tot installaties voor brandstofbevoorrading; toegang tot passagiersstations; toegang tot rangeerstations; toegang tot remisestations, en toegang tot onderhouds- en andere technische infrastructuur¹⁵.
15. Sommige van deze diensten moeten worden beschikbaar gesteld aan een spoorwegonderneming vooraleer deze een formeel besluit neemt om een dienst op te starten. Dit geldt met name voor de mededeling van alle relevante technische informatie betreffende de toewijzing van treinpaden, de reservering van een specifiek treinpad en informatie betreffende infrastructuurtarieven. Enkel op grond van dergelijke informatie en van de reservering van het noodzakelijke treinpad kunnen de kandidaat-toetreders een bedrijfsplan opstellen. Op grond van dat plan nemen zij dan een besluit inzake toetreding; is hun besluit positief, dan is dat de start voor onderhandelingen met potentiële partners.

¹³ PB L 237 van 24.8.1991, blz. 25. Richtlijn 91/440/EG werd gewijzigd bij Richtlijn 2001/12/EG (PB L 75 van 15.3.2001, blz. 1) die tegen 15 maart 2003 ten uitvoer moest zijn gelegd.

¹⁴ Zo is FS bijvoorbeeld in november 1996 met de Zweedse staatsspoorwegen SJ een internationaal samenwerkingsverband aangegaan.

¹⁵ Een lijst van dergelijke diensten is ook te vinden in Bijlage II van Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids-certificering, PB L 75 van 15.3.2001, blz. 29.

16. Daarentegen kan het zo zijn dat bepaalde andere infrastructuurdiensten - zoals bijvoorbeeld toegang tot installaties voor brandstofbevoorrading of passagiersstations - pas nodig zijn nadat de onderhandelingen met partners zijn afgerond en de exploitatie van de geplande dienst aanvangt.
17. In Richtlijn 95/19/EG van de Raad van 19 juni 1995 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van gebruiksrechten voor de infrastructuur¹⁶ zijn de beginselen en procedures vastgesteld die in dat verband moeten worden toegepast. De richtlijn werd op 23 juli 1999, met een vertraging van twee jaar, omgezet bij decreet nr. 146/1999. Volgens artikel 3 wijzen de lidstaten een toewijzende instantie aan die er op toeziet dat de spoorweginfrastructuurcapaciteit wordt toegewezen op een billijke, niet-discriminerende basis. Deze instantie moet er ook op toezien dat de toewijzingsprocedure leidt tot een doeltreffend gebruik van de infrastructuur.
18. In artikel 3 van decreet nr. 146/1999 is bepaald dat het *gebruik* van de spoorweginfrastructuur, zoals reeds geregeld bij Presidentieel decreet nr. 277/1998, zal worden toegestaan mits *elke* spoorwegonderneming aantoont dat zij in het bezit is van een vergunning en een veiligheidsattest en zij de nodige administratieve, technische en financiële overeenkomsten heeft gesloten met betrekking tot de toewijzing van capaciteit. De infrastructuurbeheerder dient het veiligheidsattest af te geven.
19. Overeenkomstig decreet nr. 277/1998 kreeg FS (RFI) de taak van infrastructuurbeheerder en de opdracht van toewijzende instantie toegewezen. Volgens artikel 4 van decreet nr. 277/1998 is de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk voor het toezicht op het rollend materieel dat in circulatie is, en voor het onderhoud van de spoorweginfrastructuur.
20. Voordat decreet nr. 277/1998 van kracht werd, beschikte FS over een uitsluitende concessie om de Italiaanse spoorweginfrastructuur te exploiteren en spoorvervoerdiensten aan te bieden op grond van artikel 1 juncto artikel 2 van decreet nr. 225-T van 26 november 1993¹⁷. Op grond daarvan was FS, in samenwerking met het ministerie van Transport, zelf belast met het bepalen van de voorwaarden voor toegang tot de spoorweginfrastructuur¹⁸.
21. Reeds vóór Richtlijn 95/18/EG en Richtlijn 95/19/EG in Italiaanse wetgeving waren omgezet, had FS als infrastructuurbeheerder, op grond van artikel 8 van decreet nr. 277/98, het recht toegang te verlenen tot het netwerk, rechtstreeks of via een internationaal samenwerkingsverband, en veiligheidsattesten af te geven aan andere spoorwegondernemingen.

¹⁶ PB L 143 van 27.6.1995, blz. 75. Richtlijn 95/19/EG werd per 14.3.2001 vervangen door Richtlijn 2001/14/EG (PB L 75 van 15.3.2001, blz. 29) die tegen 15 maart 2003 ten uitvoer moest zijn gelegd.

¹⁷ Gazzetta Ufficiale nr. 283 van 2.12.1993. Daarnaast hebben, overeenkomstig decreto-legge nr. 422/1997, regionale en lokale overheden het recht om lokale en regionale spoorwegondernemingen een vergunning toe te kennen voor het exploiteren van hun eigen netwerken.

¹⁸ Artikel 16 van decreet nr. 225-T van 26 november 1993, Gazzetta Ufficiale nr. 283 van 2.12.1993.

C.2.4. Toegang tot internationale treinpaden

22. Om diensten voor internationaal reizigersvervoer aan te kunnen bieden, is er coördinatie nodig van treinpaden op de nationale spoorwegnetten. Dergelijke coördinatie vindt voor Europese spoorwegondernemingen plaats in de werkgroep van het Forum Train Europe (hierna: "FTE"). Tijdens die bijeenkomsten bespreken spoorwegondernemingen de dienstregelingen van diensten om te garanderen dat rollend materieel en infrastructuurcapaciteit beschikbaar zijn. Op regelmatige basis vinden er drie bijeenkomsten per jaar plaats¹⁹. Spoorwegondernemingen die internationale diensten aan willen bieden, dienen bij de respectieve toewijzingsinstanties een verzoek voor treinpaden in. Treinpaden worden op tijdelijke basis gereserveerd. Worden ze niet binnen een bepaalde periode na de reservering opgenomen, dan worden ze geannuleerd en moet bij de volgende FTE-bijeenkomst een nieuw verzoek worden ingediend. Vooraleer het treinpad daadwerkelijk voor een bepaalde dienst kan worden gebruikt, dient de toewijzingsinstantie na te gaan of aan de nodige technische en veiligheidseisen voor het rollend materieel is voldaan.
23. Tot 1998 mochten enkel nationale spoorwegondernemingen aan de FTE-bijeenkomsten deelnemen. Als gevolg daarvan werd het GVG als particuliere spoorwegonderneming belet rechtstreeks deel te nemen aan de toewijzing van slots voor internationale treinpaden. Zij kon pas op 1 april 1998 bij de FTE aansluiten. Tot dat tijdstip moest zij haar verzoeken voor treinpaden in andere EU-lidstaten indienen via de Duitse nationale spoorwegmaatschappij, DB.

C.2.5. Veiligheidsattest

24. Overeenkomstig artikel 11 van Richtlijn 95/19/EG moeten de spoorwegondernemingen van een internationaal samenwerkingsverband een veiligheidsattest kunnen overleggen om op de betrokken trajecten zonder gevaar een dienst te verzorgen. Om dergelijk veiligheidsattest te kunnen krijgen moet de onderneming voldoen aan de desbetreffende voorschriften uit de nationale wetgeving. In Italië stelt, overeenkomstig artikel 5 van decreet nr. 277/98²⁰, het ministerie van Transport de desbetreffende normen en regels vast op grond van een voorstel van de infrastructuurbeheerder. In haar hoedanigheid van infrastructuurbeheerder geeft FS (RFI) het veiligheidsattest af aan spoorwegondernemingen en internationale samenwerkingsverbanden.

C.2.6. Tractie

25. Om een spoorvervoerdienst aan te kunnen bieden moet een spoorwegonderneming over *tractie* - een locomotief en een machinist - beschikken om de trein over het net te kunnen laten rijden²¹.

¹⁹ Tijdens de FTE A-bijeenkomst bij het jaarbegin delen spoorwegondernemingen de treinpaden en slots mee die zij nodig hebben. Na deze bijeenkomst stellen spoorwegondernemingen ontwerp-plannen en -studies op om mogelijke oplossingen te zoeken voor de diverse verzoeken. Tijdens de FTE B-bijeenkomst die meestal in mei plaatsvindt, worden verzoeken ingediend en dienstregelingen vastgelegd. De laatste bijeenkomst, de zgn. FTE C, vindt meestal in december plaats. Tijdens die bijeenkomst harmoniseren infrastructuurbeheerders hun diverse dienstregelingen.

²⁰ Gewijzigd bij artikel 7 van decreet nr. 146/1999.

²¹ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 21 oktober 1997 in zaak T-229/94, Deutsche Bahn AG / Commissie, Jurispr. 1997, blz. II-1689.

26. In het huidige stadium van de liberalisering van het spoorvervoer in de EU is er een aantal technische, juridische en economische barrières voor het aanbieden van tractie ten behoeve van internationale spoorvervoerdiensten. Gedurende anderhalve eeuw hebben de Europese spoorwegen zich binnen nationale grenzen ontwikkeld. Elke nationale spoorweg stelde zijn eigen technische en administratieve normen vast overeenkomstig nationale behoeften. Daardoor zijn er 15 verschillende nationale seinsystemen en 5 verschillende systemen voor stroomlevering (voltage). Nationale systemen verschillen wat betreft operationele procedures, lengte van inhaalsporen, veiligheidssystemen, opleiding van de machinisten en kennis van het traject. Het feit dat verschillende technische normen blijven bestaan, belet interoperabiliteit op de Europese markt voor spoorvervoer. Daarom moeten locomotieven aan de grens worden gewisseld, tenzij ze zijn uitgerust met meervoudige technologie. Vergelijkbare barrières bestaan er voor machinisten, die het traject moeten kennen en over een nationale vergunning en de nodige talenkennis moeten beschikken. Om zelf tractie voor internationale diensten aan te kunnen bieden, zou een spoorwegonderneming in elke lidstaat waar zij actief wil worden, afzonderlijke pools van locomotieven en machinisten moeten uitbouwen.

D. ACHTERGROND

27. Niets in de Italiaanse wetgeving vóór of na de omzetting van de desbetreffende communautaire wetgeving stond er aan in de weg dat FS toegang verleende tot de spoorweginfrastructuur of een internationaal samenwerkingsverband aanging en daarbij al dan niet tractiediensten aanbod aan een spoorwegonderneming uit een andere lidstaat. Integendeel, meerdere bepalingen uit de Italiaanse wetgeving impliceren dat FS proactief moet optreden bij het aanbieden van toegang tot de infrastructuur. Zo moet FS (RFI), in haar hoedanigheid van infrastructuurbeheerder, volgens artikel 5 van decreet nr. 277/1998 het netwerk aan spoorwegondernemingen aanbieden om de capaciteit van het net maximaal te benutten.
28. Op 17 januari 1992 informeerde GVG bij FS schriftelijk naar de kosten voor toegang tot het Italiaanse spoorwegnet met het oog op het aanbieden van een dienst voor reizigersvervoer, naar de kosten voor infrastructuurtoegang en de kosten voor tractie. De Commissie heeft geen bevestiging gekregen over een eventueel antwoord van FS op dat schrijven. Sinds 1995 heeft GVG aan FS herhaaldelijk een bod gedaan voor een treinpad²² tussen Domodossola en Milaan en informatie in dat verband, alsmede voor het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband via DB in de FTE²³. Evenzo verzocht GVG aan SBB om treinpaden aan te bieden tussen Bazel en Domodossola.
29. Vanaf juni 1996 bood SBB aan GVG de gevraagde treinpaden op het Zwitserse grondgebied aan. Ter vergelijking, DB deelde GVG op 28 januari 1997 mee dat

²² In FTE-notulen wordt onderscheiden tussen een bod voor een treinpad ("réception annonce de sillons") en een verzoek voor een treinpad ("commande de sillon"). Doel van het bod is de infrastructuurbeheerder op de hoogte te brengen van de belangstelling voor het aanbieden van een bepaalde dienst. Op grond daarvan gaat de infrastructuurbeheerder dan de beschikbaarheid van het gevraagde treinpad na. Is het treinpad beschikbaar, dan kan in een tweede fase om het treinpad worden verzocht.

²³ Schrijven van GVG aan DB van 5.9.1995; verzoek van DB aan FS van september 1995. Bij schrijven van 11.9.1996 herhaalde DB dit verzoek namens GVG.

"ondanks vereende inspanningen van SBB" van FS geen antwoord kon worden verkregen²⁴. DB Geschäftsbereich Netz (hierna: "DB Netz") heeft bevestigd dat haar medewerkers in de periode 1995-1997 op drie FTE-bijeenkomsten besprekingen hadden gevoerd over het voornemen van GVG²⁵. DB bevestigt voorts dat zij tijdens de besprekingen die zij in de periode 1995-1997 met FS voerde, aan FS had meegedeeld dat GVG voornemens was deze treindienst aan te bieden op grond van Richtlijn 91/440/EEG en dat deze onderneming voornemens was op grond van diezelfde richtlijn een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan.

30. Nadat GVG per 1 april 1998 tot de FTE was toegetreden, kon zij zelf haar verzoeken indienen. Sindsdien had GVG tijdens alle FTE-bijeenkomsten met FS contacten over haar verzoeken. Uiterlijk sinds december 1998 heeft GVG aan FS verzocht ook tractie te leveren voor haar geplande dienst voor reizigersvervoer²⁶.
31. Op 27 november 1998 antwoordde FS voor het eerst schriftelijk en wees zij er op dat zij pas informatie (over dienstregelingen, gebruiksrechten voor infrastructuur enz.) zou meedelen nadat GVG documenten had overgelegd waaruit bleek dat zij een internationaal samenwerkingsverband was aangegaan, dat zij in het bezit was van een veiligheidsattest voor Italië en dat zij beschikte over een vergunning overeenkomstig Richtlijn 95/18/EG²⁷.
32. Volgens de notulen van een FTE-bijeenkomst op 20 augustus 1999 kwamen GVG, FS, SBB en BLS bijeen om het voornemen van GVG te bespreken. Opgemerkt zij dat GVG een bod deed voor een treinpad²⁸ en verzocht om informatie over een internationaal samenwerkingsverband tussen FS en GVG op grond van Richtlijn 91/440/EEG. GVG herhaalde dit verzoek nadien tijdens alle volgende FTE-bijeenkomsten.
33. Op 25 oktober 1999²⁹ diende GVG haar klacht in bij de Commissie, aanvoerend dat FS misbruik had gemaakt van haar machtspositie door niet de gevraagde informatie over toegang tot het netwerk mee te delen en door geen internationaal samenwerkingsverband aan te gaan. Nadien bleef GVG bij FS verzoeken indienen in verband met tractie en het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband. Ook tijdens de diverse FTE-bijeenkomsten bleef zij verzoeken om een treinpad en informatie daaromtrent.
34. Op 2 en 3 december 1999 schreef GVG een brief aan FS waarin zij klaagde dat zij gedurende de voorbije vijf jaar op alle FTE-bijeenkomsten aan FS gevraagd had een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan om haar treinen tussen Bazel en Milaan te kunnen laten rijden, zonder ooit enig antwoord van FS te hebben ontvangen. GVG herhaalde ook haar verzoek aan FS (Infrastruttura) om informatie betreffende het treinpad.

²⁴ Schrijven van DB aan GVG van 28.1.1997.

²⁵ Antwoord van 26.2.2002 op het verzoek om inlichtingen.

²⁶ Schrijven van GVG aan FS van 12.12.1998.

²⁷ Schrijven van FS aan GVG van 27.11.1998. Opgemerkt zij dat FS aan GVG niet meedeelde dat FS zelf belast was met de afgifte van een dergelijk veiligheidsattest.

²⁸ In haar FTE-verzoeken geraakte GVG nooit verder dan de eerste stap - het bod voor het treinpad om na te gaan of dat wel beschikbaar is.

²⁹ De klacht werd FS bij faxbericht van 29.10.1999 gezonden.

35. Op 27 oktober 2000 publiceerde FS haar handboek inzake netwerkinformatie waarin de criteria, procedures, voorwaarden en vergoedingen voor toegang tot het Italiaanse spoorwegnet staan beschreven. Op 13 december 2000 bood FS aan GVG treinpaden aan, zonder evenwel de prijs te vermelden die daarvoor diende te worden betaald. GVG weigerde de paden omdat zij niet in staat zou zijn geweest daarmee de diensten zoals gepland aan te bieden en omdat er geen aansluiting mogelijk was met de reeds door SBB aangeboden treinpaden³⁰.
36. Tijdens de FTE A-bijeenkomst (zie noot 19) in januari 2002 deelde FS aan GVG voor het eerst informatie mee, waaronder ook een prijs voor een treinpad tussen Domodossola en Milaan. Aangezien FS op dat moment evenwel geen specifiek treinpad aanbood, was de prijs een raming en louter indicatief.
37. Ter verdediging voerde FS aan dat zij niet verplicht was op GVG's verzoeken te antwoorden omdat deze onduidelijk waren en enkel treinpaden betroffen en occasioneel tractie, doch niet het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband.
38. Aangetekend zij evenwel dat GVG zich reeds in 1992 schriftelijk tot FS had gewend en haar belangstelling had meegedeeld voor de exploitatie van een dienst voor internationaal reizigersvervoer en om informatie in dat verband had verzocht. De beweringen van FS zijn in tegenspraak met de bevestiging die DB aan de Commissie heeft gegeven dat in de periode 1995-1997 haar medewerkers tijdens drie FTE-besprekingen besprekingen voerden over het voornemen van GVG, dat zij FS had meegedeeld dat GVG voornemens was deze treindienst aan te bieden op grond van Richtlijn 91/440/EEG en dat GVG had verzocht een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan. Bovendien wordt in een DB-verslag over de FTE-bijeenkomst te La Rochelle in 1996 opgemerkt dat GVG bij SBB, BLS, FS en SNCF om treinpaden had verzocht. SBB, BLS en SNCF hadden op deze verzoeken geantwoord³¹. In het verslag wordt opgemerkt dat, wat betreft de plannen van GVG voor een trein op het traject Bazel-Milaan, SBB verantwoordelijk was voor de coördinatie met FS. Ondanks herhaalde verzoeken van SBB kwam er geen antwoord van FS. Zodoende was van de diverse spoorwegondernemingen waaraan GVG verzoeken had gericht, FS de enige om niet te reageren. Bovendien werd het standpunt van FS niet gedeeld door SBB, dat op grond van het bod van GVG onderhandelingen met GVG had aangevat en sinds 1996 een treinpad en informatie daarover ter beschikking had gesteld.
39. Ook dient te worden aangetekend dat FS zelfs in de periode van augustus 1999 tot augustus 2002 - periode waarin zij, zoals zij zelf toegaf, van de verzoeken van GVG op de hoogte was geweest - geen onderhandelingen heeft aangevat met het oog op het sluiten van een contract voor tractie of een internationaal samenwerkingsverband.

³⁰ FS bood twee treinpaden aan van Milaan naar Domodossola met de rijtijden 7.15 - 8.45 u en 12.05 - 13.35 u. In de omgekeerde richting werd slechts één treinpad Domodossola-Milaan aangeboden om 20.45 - 22.15 u. Aangezien er slechts één retour-treinpad werd aangeboden, had GVG slechts één in plaats van twee treinen kunnen laten rijden. Bovendien zou het vroege vertrekkuren voor een trein in Bazel en het late aankomstuur in Milan de dienst niet aantrekkelijk maken voor reizigers die verder wilden reizen. Aangezien ten slotte de door FS aangeboden dienstregeling afweek van de gevraagde dienstregeling, maakten de treinpaden geen aansluiting te Domodossola mogelijk. GVG beweerde dat SBB geen treinen kon aanbieden die aansluiting gaven op de door FS aangeboden treinen.

³¹ DB Netz, intern verslag van 20.1.1997.

40. Derhalve dient te worden geconcludeerd dat FS sinds september 1995 bekend was met GVG's vaste voornemen om op grond van Richtlijn 91/440/EEG tussen Bazel en Milaan een dienst voor internationaal reizigersvervoer aan te bieden en dat zij minstens sinds augustus 1999 op de hoogte was van het verzoek van GVG om met FS een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan. GVG herhaalde dit verzoek aan FS schriftelijk, in haar klacht bij de Commissie en op alle FTE-bijeenkomsten. Voorts is FS minstens sinds december 1998 ervan op de hoogte dat GVG wilde dat FS tractie voor deze dienst aan zou bieden.
41. Tijdens de FTE B-bijeenkomsten van 16 mei 2002 deed FS (RFI) de toezegging dat GVG een antwoord zou krijgen op haar verzoek om treinpaden. Op 24 juli 2002 deed FS (RFI) aan GVG een aanbod voor specifieke treinpaden tussen Domodossola en Milaan. Ondertussen had SBB echter haar aanbod voor de overeenkomstige treinpaden tussen Bazel en Domodossola ingetrokken omdat deze waren ingenomen voor een andere spoorvervoerdienst. Tijdens de FTE A-bijeenkomst van 23 januari 2003 werd het voornemen van GVG door FS (RFI), GVG, SBB en DB verder besproken³². GVG diende een nieuw verzoek in voor treinpaden op dit traject. Tot dusver hebben FS (RFI) en SBB geen passend aanbod kunnen doen.
42. Op 2 augustus 2002 toonde FS (Trenitalia) zich bereid een internationaal samenwerkingsverband met GVG aan te gaan en de onderneming tractie te leveren. Op 27 juni 2003 ondertekenden FS (Trenitalia) en GVG een overeenkomst voor een internationaal samenwerkingsverband en raakten zij het eens over de bepalingen van het contract voor de levering van tractie.

E. DE KLACHT EN DE DAAROP VOLGENDE PROCEDURE

43. Op 25 oktober 1999 diende GVG haar klacht tegen FS in, als zou FS haar machtspositie hebben misbruikt door GVG de toegang tot de Italiaanse markt voor spoorvervoer te weigeren.
44. Op 22 juni 2001 zond de Commissie aan FS een mededeling van punten van bezwaar. In die voorlopige fase was de Commissie tot de conclusie gekomen dat FS haar machtspositie op de upstreammarkten had misbruikt. De onderneming had GVG belet toegang te krijgen tot de infrastructuur door te weigeren GVG informatie te verstrekken en door te weigeren tractie te leveren. Ten slotte had FS haar machtspositie misbruikt door te weigeren met GVG een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan. Zodoende had FS alle concurrentie op de downstreammarkt voor reizigersvervoer per spoor uitgeschakeld.
45. Na het schriftelijke antwoord van FS op de mededeling van punten van bezwaar vond er op 30 oktober 2001 een hoorzitting plaats. FS erkende weliswaar dat zij GVG in beginsel technische informatie had kunnen geven, maar voerde toch aan dat zij, ingevolge haar interne reorganisatie, daarvoor nog niet klaar was. Aangezien met Richtlijn 91/440/EEG de aanzet was gegeven voor een proces van geleidelijke liberalisering, had de toepassing van de concurrentieregels op deze sector tijdelijk moeten worden opgeschort totdat het herstructureringsproces van de nationale

³² In de notulen worden niet alleen de precieze door GVG gevraagde treinpaden tussen Bazel en Domodossola en tussen Domodossola en Milaan vermeld, maar ook dat GVG aansluiting nodig had op treinen die vanuit Duitsland in Bazel aankomen.

spoorwegondernemingen was voltooid. Voorts betoogde FS dat GVG voor de levering van tractie niet van FS afhankelijk was en dat er voor FS geen verplichting bestond een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan.

46. Na de hoorzitting vond er aanvullend onderzoek van de feiten door de Commissie plaats, om de beweringen van beide partijen tijdens de hoorzitting na te gaan.
47. Op 6 december 2002 heeft FS de aan de onderhavige beschikking gehechte toezeggingen voorgesteld. FS (Trenitalia) biedt aan om met andere EU-spoorwegondernemingen overeenkomsten te sluiten voor een internationaal samenwerkingsverband mits deze ondernemingen in het bezit zijn van een vergunning in overeenstemming met Richtlijn 95/18/EG en zij een redelijk project voorstellen voor de exploitatie van spoorvervoerdiensten naar Italië³³. Zoals in overwegingen 160 en 161 nader wordt besproken, bood FS ook aan om op het Italiaanse net tractiediensten te leveren aan spoorwegondernemingen die diensten voor internationaal reizigersvervoer aanbieden.

F. RELEVANTE MARKTEN

F.1. De relevante upstreammarkten

48. Twee upstreammarkten kunnen worden afgebakend: de markt voor *infrastructuurtoegang* en de markt voor *tractie*.

F.1.1. De markt voor infrastructuurtoegang

De productmarkt

49. Het Gerecht van eerste aanleg heeft geoordeeld dat er "een markt voor de toegang tot en het beheer van de infrastructuur" bestaat³⁴. Daarnaast is in EU-richtlijnen, omgezet in Italiaanse wetgeving, vastgesteld aan wie en op welke voorwaarden infrastructuurcapaciteit kan worden verkocht. In Richtlijn 91/440/EEG wordt een recht op toegang tot de infrastructuur vastgelegd voor internationale samenwerkingsverbanden. In Italië verkoopt FS (RFI) netwerkcapaciteit aan aanbieders van vervoerdiensten zoals FS (Trenitalia) of Cisalpino en aan Rail Traction Company (hierna: "RTC") en Ferrovie Nord Milano S.p.A. (hierna: "FNME"). Een en ander betekent dat het verlenen van toegang tot de spoorweginfrastructuur een onderscheiden markt is, die afzonderlijk kan worden afgebakend.

De geografische markt

50. Zoals eerder is aangegeven, moet GVG tussen Domodossola en Milaan toegang tot het Italiaanse net hebben, om haar dienst voor reizigersvervoer vanuit Duitse steden naar

³³ Zoals in overweging 71 wordt betoogd, kan een internationaal samenwerkingsverband talrijke vormen aannemen, met inbegrip van losse afspraken die leden van het samenwerkingsverband enkel verkeersrechten verlenen.

³⁴ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 september 1998 in gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, voorheen European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) en Société nationale des chemins de fer français (SNCF) / Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-3141, punt 220.

Milaan (via Bazel) aan te kunnen bieden. Zodoende is, aan de vraagzijde, de relevante geografische markt een intercitytreinpad in Italië dat aansluiting biedt op het Zwitserse spoorwegnet en dat GVG in staat stelt haar trein van Bazel naar Milaan te laten rijden - het traject Domodossola-Milaan. Treinen vanuit Bazel kunnen ook langs Chiasso of via Frankrijk rijden. Deze overige routes bieden GVG geen alternatief, omdat zij een langere reistijd meebrengen. In ieder geval is het zo dat, aangezien FS (RFI) het enige langeafstandsspoornet in Italië exploiteert, ook iedere mogelijke andere verbinding Bazel-Milaan inhoudt dat GVG netwerkcapaciteit bij FS (RFI) moet inhuren.

F.1.2. De markt voor tractie

De productmarkt

51. Tractie wordt omschreven als de levering van een locomotief en een machinist. Dit omvat ook de ondersteunende dienst van het beschikbaar houden van een reservelocomotief en -machinist. In beginsel kan tractie ofwel intern worden geleverd (doordat GVG of haar partner binnen het internationale samenwerkingsverband hun eigen personeel en locomotieven gebruiken) of bij andere spoorwegondernemingen worden ingehuurd.
52. De levering van tractie is gekoppeld aan een specifieke spoorvervoerdienst op de downstreammarkt. In dit geval gaat het om een dienst voor reizigersvervoer per spoor van Bazel naar Milaan (via Domodossola). Aangezien tractie wordt geleverd met het oog op de uitvoering van deze specifieke vervoerdienst, moet de tractieleverancier aan bepaalde vereisten voldoen. Met name dient deze een locomotief aan te bieden op een bepaalde locatie (in dit geval: Milaan/Domodossola), op een bepaald tijdstip (vóór het vertrek van de trein) en gedurende een bepaalde periode (totdat de specifieke vervoerdienst is afgehandeld). In het geval van treinen met een dienstregeling - zoals de geplande GVG-dienst tussen Bazel en Milaan - moet de tractie op geregelde basis aan worden geboden (dagelijks). De locomotief moet voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen (zoals minimumsnelheid) en moet volledig operationeel zijn. In dit specifieke geval heeft GVG een elektrische locomotief nodig die snelheden van minstens 160 km/u kan halen.
53. Een contract voor tractie moet, wil het enige betekenis hebben, alle back-up omvatten die nodig is om redelijke zekerheid te garanderen op het punt van punctualiteit, betrouwbaarheid en continuïteit van de dienst. Dergelijke back-up moet het onderhoud en de reparatie van de locomotief omvatten, alsmede, indien nodig, de levering van een vervanglocomotief. Wat de machinist betreft, dient de tractieleverancier ervoor te zorgen dat de machinist beschikt over de vergunning en kennis van het traject die voor de specifieke dienst zijn vereist. Evenals bij de locomotief, moet de machinist ter beschikking worden gesteld op een bepaalde locatie, op een bepaald tijdstip en voor een bepaalde termijn. Ook voor de machinist dient in back-up te worden voorzien.
54. De markt voor tractie verschilt van die voor het huren of aankopen van locomotieven. Tractiediensten kunnen enkel door spoorwegondernemingen worden geleverd, aangezien zij daartoe een vergunning hebben. Locomotieven kunnen bij spoorwegondernemingen of bij producenten worden gehuurd of gekocht. Het huren of aankopen van een locomotief is geen substituut voor tractie, aangezien het enkel de levering van rollend materieel betreft. Tractie omvat daarentegen ook de terbeschikkingstelling van een machinist, onderhouds- en reparatiediensten en back-

up. Deze aanvullende elementen zijn nodig om de continuïteit van een geregelde dienst voor reizigersvervoer te verzekeren.

55. In de afgelopen jaren heeft zich in diverse lidstaten een eenvoudig af te bakenen markt voor tractie ontwikkeld. Zo bieden in het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld de Britse ondernemingen voor vrachtvervoer per spoor EWS, Freightliner, GB Railfreight en DRS tractie voor infrastructuurtreinen aan Network Rail aan. In Duitsland leveren DB en andere particuliere spoorwegondernemingen op commerciële basis tractie aan elkaar en aan zogenaamde particuliere eigenaren van wagons voor reizigersvervoer, terwijl DB ook aan het internationale samenwerkingsverband GVG/SJ tractie heeft geleverd. Op grond van bilaterale overeenkomsten en regels van de Union Internationale des Chemins de fer (hierna: "UIC")³⁵ leveren nationale spoorwegmaatschappijen elkaar tractie voor grensoverschrijdende en zogenaamde "penetratie"-diensten³⁶. Op het Franse spoorweginet biedt SNCF tractiediensten aan voor gecharterde diensten voor internationaal reizigersvervoer van buitenlandse spoorwegondernemingen en particuliere eigenaars van wagons, alsmede aan DB voor haar auto(slaap)treinen³⁷ van Duitsland naar Avignon, Fréjus, Narbonne en Bordeaux. Op het Belgische spoorweginet biedt de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) tractie aan voor de slaaptrein die de SNCF en de Nederlandse Spoorwegen (NS) tussen Parijs en Amsterdam laten rijden.
56. Evenzo levert FS (Trenitalia), op grond van UIC-regels, reguliere tractiediensten aan buitenlandse spoorwegondernemingen. Zij levert bijvoorbeeld tractie aan SNCF voor reizigersvervoer van Milaan en Turijn naar Lyon.³⁸ Op dertien verschillende routes tussen Duitsland en Italië laat DB regelmatig auto(slaap)treinen rijden. FS (Trenitalia) levert op het Italiaanse netwerk tractie en ondersteunende diensten aan DB tegen een kostprijs van [] en per wagon. Volgens het contract tussen de partijen omvatten dergelijke diensten minstens [] per jaar. In 2000 en 2001 leverde FS (Trenitalia) tractie voor de Overnight Express die zes nachten per week tussen Amsterdam en Milaan reed. Deze Overnight Express was een gecombineerde reizigers-/vrachttrein die was samengesteld uit zo'n vijf reizigers- en zeven vrachtwagons³⁹. FS (Trenitalia) levert in Italië ook tractiediensten aan particuliere eigenaren van wagons en aan Intercontainer en European Rail Shuttle voor internationale containervervoerdiensten naar Milaan. In mei 2001 leverde FS (Trenitalia) tractie aan GVG voor een dienst voor reizigersvervoer van Chiasso naar Monte Carlo.

De geografische markt

57. In alle EU-lidstaten dient de locomotief te voldoen aan nationale technische normen en dient het personeel (de machinist) in het bezit te zijn van een speciale kwalificatie/opleiding om op het nationale spoorweginet te mogen rijden. Voor deze specifieke dienst kan geen locomotief of personeel van spoorwegondernemingen uit

³⁵ In UIC fiche 471-1 worden de regels voor grensoverschrijdend verkeer nader uiteengezet.

³⁶ CFL, DB, NS, NMBS en SNCF hebben bijvoorbeeld een multilaterale overeenkomst gesloten voor grensoverschrijdende diensten. Een prijslijst die aan deze multilaterale overeenkomst is gehecht, geeft gedetailleerde prijzen voor tractie en voor personeel (machinisten en anderen). Prijzen variëren naar gelang de gebruikte locomotief, en of het gaat om een reizigers- of vrachtvervoerdienst.

³⁷ Met deze auto(slaap)trein worden reizigers en hun auto's tegelijkertijd vervoerd.

³⁸ De zgn. ETR 460.

³⁹ Het transport van goederen was gericht op expressevracht, goederen dus die binnen betrekkelijk korte termijn moeten worden geleverd (*time critical delivery*) zoals bloemen, expressepost, reserveonderdelen en luchtvracht.

andere lidstaten worden gebruikt om in Italië tractie te leveren. Bijgevolg kan GVG enkel tractie huren bij een in Italië actieve onderneming, die dus beschikt over locomotieven en machinisten die aan Italiaanse technische criteria voldoen.

58. Voorts moet, met het oog op het leveren van back-up, de tractieleverancier bij een technisch defect binnen redelijk korte termijn een beroep kunnen doen op een pool van locomotieven. Dit betekent dat de pool voldoende dicht bij het traject Domodossola-Milaan moet zijn gevestigd, want anders zijn de tijd en de kosten die nodig zijn om een vervanglocomotief te vinden, onevenredig. De relevante geografische markt is derhalve beperkt tot de regio-Milaan.

F.3. De markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor

De productmarkt

59. In beschikkingen in verband met het luchtvervoer heeft de Commissie, steunend op rechtspraak, de "punt-van-oorsprong/punt-van-bestemming"-benadering (O&D-beandering)⁴⁰ ontwikkeld voor vervoerdiensten van reizigers. Dit criterium geldt, ongeacht de door de individuele reiziger gekozen vervoerwijze. GVG wil een dienst voor reizigersvervoer gaan aanbieden, vanuit diverse Duitse steden zoals Karlsruhe, Koblenz en Mannheim naar Milaan (via Bazel). Elk van deze routes kan dus worden beschouwd als een relevante markt op zich.
60. Bij transport kunnen reizigers, onder bepaalde omstandigheden, luchtvervoer, hogesnelheidstreinen, de bus of de auto beschouwen als onderling substitueerbare vervoervormen. Dit hangt af van de concrete kenmerken van de dienst, zoals bijvoorbeeld de reistijd. In dit specifieke geval bieden andere vervoerwijzen zoals auto, bus of luchtvervoer uit het oogpunt van de klant geen alternatief voor de geplande spoorvervoerdienst, en wel om de in overwegingen 61 tot en met 67 uiteengezette redenen⁴¹.
61. De door GVG voorgestelde Sprinter-dienst vanuit Duitse steden naar Milaan (via Bazel) is gericht op zakelijke klanten uit Duitsland. Het belangrijkste voordeel voor deze klanten zou de kortere reistijd zijn, omdat het doel van de punt-tot-punt-diensten van GVG is om minstens één uur sneller te zijn dan bestaande treinen. GVG wil op de trein ook additionele diensten aanbieden voor zakelijke klanten. Voor dergelijke klanten zijn de auto en de bus geen geldig alternatief. Voor vervoer tussen Karlsruhe, Koblenz en Mannheim en Milaan is er geen geregelde busdienst.
62. In haar schriftelijke reactie op de mededeling van punten van bezwaar heeft FS aangevoerd dat de totale reistijd van GVG's geplande dienst min of meer gelijk zou zijn aan de door Cisalpino geëxploiteerde dienst en niet veel korter dan die van traditionele diensten, onder meer omdat op de betrokken lijn geen snelheden van meer dan 160 km/u mogelijk zijn. Daarom zou de geplande GVG-trein de klant geen

⁴⁰ Zie bv. Beschikking 2000/746/EG van de Commissie van 5 juli 2002 in de zaak-Austrian Airlines/Lufthansa, PB L 242 van 10.9.2002, blz. 25.

⁴¹ Enkel spoorvervoer als de relevante downstreammarkt beschouwen zou aansluiten bij de rechtspraak die de communautaire rechtscolleges hebben vastgelegd in zaak T-229/94, Deutsche Bahn (zie noot 21), punt 56. In dat arrest wees het Gerecht er op dat "de Commissie bij de materiële afbakening van de markt geen rekening heeft gehouden met de diensten van (...) de ondernemingen in het wegvervoer en het vervoer over de binnenwateren". Zie ook Beschikking 94/210/EG van de Commissie van 29 maart 1994 in zaak IV/33.491, HOV-SVZ/MCN, PB L 104 van 23.4.1994, blz. 34.

nieuwe dienst aanbieden. Deze bewering is niet correct, aangezien de GVG-dienst hoofdzakelijk gericht is op reizigers die vanuit Duitsland naar Bazel worden aangevoerd. Om de reistijd van deze groep reizigers te bepalen, dient met twee elementen rekening te worden gehouden bij de vergelijking tussen de reistijd van GVG's treinen en die van bestaande verbindingen. Het eerste element is de reistijd tussen Bazel en Milaan en het tweede de aansluiting met de trein van en naar bestemmingen in Duitsland.

63. Voor de in overweging 9 beschreven dienstregeling van GVG hoeft de trein niet tegen een snelheid van meer dan 160 km/u te rijden. De kortere reistijd van de GVG-dienst ten opzichte van traditionele diensten resulteert met name uit het feit dat de geplande GVG-trein een non-stopdienst is. Bestaande treinen hebben 14 haltes tussen Bazel en Milaan. Voorts wordt met de geplande dienstregeling van GVG tijd bespaard ten opzichte van bestaande verbindingen door een korter oponthoud te Domodossola voor het wisselen van locomotieven.
64. In vergelijking met de Cisalpino is voor reizigers van en naar bestemmingen in Duitsland het belangrijkste voordeel van de geplande GVG-trein de aansluiting te Bazel. De Cisalpino rijdt in Bazel vanuit het spoorwegstation Basel SBB. Treinen uit Duitsland komen aan in het spoorwegstation Basel Bad. Reizigers van Cisalpino moeten daarom van het ene station naar het andere reizen, hetgeen zo'n 30 minuten duurt. Daarentegen zou de GVG-trein rechtstreeks naar Basel Bad rijden waar reizigers, zoals in overweging 9 is beschreven, binnen 7 à 8 minuten een aansluitende intercitytrein naar Duitsland kunnen nemen. Belangrijker nog is dat de vertrektijd van de Cisalpino in Bazel (6.17 u) voor reizigers die vertrekken uit steden als Koblenz, Karlsruhe of Mannheim te vroeg is. Deze reizigers zouden de dag voordien naar Bazel moeten komen om 's morgens de Cisalpino te kunnen nemen. Evenzo komt de Cisalpino uit Milaan pas om 21.44 in Bazel aan. De enig mogelijke aansluiting is dan een regionale trein vanuit Basel Bad om 23.33 u (die trager is dan de intercity). Bijgevolg zou voor reizigers die de Cisalpino nemen, de totale reistijd naar Duitsland bijna drie uur hoger liggen dan met de geplande GVG-trein het geval zou zijn.
65. De trein van GVG biedt een vervoerdienst aan die, voorzover dat al het geval is, enkel te vergelijken valt met een vervoerdienst van auto met chauffeur. Een reis met de auto kan niet als een vervoerdienst worden beschouwd wanneer de reiziger zelf met de auto rijdt. Bovendien is er een aanzienlijk verschil in kwaliteit tussen de beide vervoerwijzen⁴². Met treinen kunnen fileproblemen op de weg worden vermeden. Op de trein is het mogelijk te werken, hetgeen in een auto moeilijk is, zelfs wanneer het om een auto met chauffeur gaat. Bovendien zouden de geraamde reiskosten aanzienlijk hoger liggen voor het gebruik van de auto.⁴³ Daartegenover staat dat, wat betreft vertrektijd en mobiliteit na aankomst, de auto grotere flexibiliteit biedt dan de trein. Zodoende bieden vervoer met de auto en per spoor, voor het betrokken traject, wezenlijk verschillende kwaliteitselementen aan, en kunnen zij niet als enge substituten op deze markt worden beschouwd.

⁴² Op alle drie hier besproken routes - van Karlsruhe, Koblenz en Mannheim naar Milan - zou een reis heen en terug neerkomen op een rit van meer dan 1 000 km. De geraamde reistijd voor de reis met de auto zou aanzienlijk langer zijn dan die van de door GVG geplande treindienst.

⁴³ Zo zou bijvoorbeeld, zelfs zonder een chauffeur, op grond van de door GVG voorziene prijzen en een kostprijs van 0,22 EUR/km, reizen met de auto, voor een reis Koblenz-Milaan heen en terug met de auto zo'n 37% duurder zijn dan reizen met de door GVG voorgestelde dienst. Het prijsverschil zou sterk oplopen wanneer daarbij nog een chauffeur voor de reis met de auto wordt gerekend.

66. Evenzo zijn er aanzienlijk kwaliteitsverschillen tussen een reis per trein of met het vliegtuig. GVG wil reizigers naar Bazel brengen vanuit steden in Duitsland waar er ofwel geen vliegveld in de buurt is of waar er geen rechtstreekse vluchten naar Milaan beschikbaar zijn. Willen reizigers vanuit dergelijke plaats van vertrek het vliegtuig nemen, dan moeten zij eerst naar de luchthaven reizen. Vervolgens moeten zij het vliegtuigen nemen en overstappen op bus of trein om van de luchthaven Milaan Malpensa naar het stadscentrum van Milaan te rijden⁴⁴. Herhaald overstappen tussen bus en vliegtuig, de verplichte check-in en paspoortcontrole op de luchthaven zijn talrijke onderbrekingen die de reizigers beletten om tijdens het reizen te werken.
67. In het geval van punt-tot-punt-verkeer tussen Bazel en Milaan blijkt uit een prijsvergelijking dat vervoer met het vliegtuig en per spoor verschillende markten vormen. Een retourtje met de Cisalpino kost 310 EUR in eerste en 194 EUR in tweede klasse. Op dezelfde dag kostte het overeenkomstige biljet op een rechtstreekse vlucht van Swiss 811,87 EUR in business class en 749,14 EUR in economy class⁴⁵. Zodoende is het luchtvervoer zo'n 2,6 maal duurder dan bestaande treinverbindingen. Daartegenover staat dat in de meeste gevallen de geraamde reistijd voor luchtvervoer aanzienlijk korter is dan de reistijd per trein. In dit specifieke geval doet de Cisalpino 4.30 u over het traject Bazel-Milaan. Ter vergelijking: wordt ook rekening gehouden met de tijd voor het reizen naar en van de luchthaven en de check-in, dan kan een vliegreis tussen beide steden zo'n drie uur duren⁴⁶. Zodoende kunnen, uit het oogpunt van de reizigers, in dit geval spoor- en luchtvervoerdiensten niet als onderling substitueerbaar worden beschouwd, als gevolg van de uiteenlopende kenmerken, prijzen en bedoeld gebruik.

De geografische markt

68. Uit een en ander volgt dat voor de relevante "bundel" van routes van Duitsland naar Italië (van Karlsruhe, Koblenz en Mannheim naar Milaan) spoorvervoer uit het oogpunt van de klant niet substitueerbaar is en dat bijgevolg de relevante downstreammarkt in dit geval die is van het reizigersvervoer per spoor tussen voormelde Duitse steden en Milaan.

Markttoegang

69. Zoals in overweging 12 is uiteengezet, is een specifiek kenmerk van de Europese markt voor reizigersvervoer per spoor het wettelijke vereiste om een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met het oog op het aanbieden van diensten voor internationaal reizigersvervoer. In artikel 10, lid 1, van Richtlijn 91/440/EEG zijn voor een internationaal samenwerkingsverband de toegangs- en doorvoerrechten vastgesteld met het oog op het leveren van diensten op het gebied van internationaal spoorvervoer. Volgens artikel 10, lid 3, moeten deze internationale samenwerkingsverbanden de nodige administratieve, technische en financiële

⁴⁴ Voor reizigers vanuit Karlsruhe, Koblenz en Mannheim zijn er geen gemakkelijke vluchten naar Milaan Linate beschikbaar. De enig mogelijke vluchten vertrekken vanuit Frankfurt. Daardoor stijgt de reistijd naar de luchthaven in Duitsland. Bovendien vertrekken de enige vluchten van Frankfurt naar Milaan Linate te vroeg in de ochtend (om 7.45 u en 8.25 u) of 's avonds (om 18.50 u). Dergelijke verbindingen vallen niet te vergelijken met de voorgestelde dienstregeling van GVG. In Koblenz zouden reizigers om 10.47 u vertrekken, in Mannheim om 12.44u en in Karlsruhe om 13.06 u.

⁴⁵ Prijzen van toepassing op 13.5.2003.

⁴⁶ De vlucht Bazel-Milaan duurt 1.10 u.

overeenkomsten met de infrastructuurbeheerders sluiten om de problemen te regelen op het gebied van de regeling en de veiligheid van het verkeer.

70. GVG kan haar dienst tussen Duitsland en Milaan pas aanbieden nadat zij een internationaal samenwerkingsverband is aangegaan met een in Italië gevestigde spoorwegonderneming. Evenals infrastructuurtoegang is het sluiten van de overeenkomst over een internationaal samenwerkingsverband dus een voorafgaande voorwaarde om de markt te kunnen betreden. Wordt de toegang tot de infrastructuur weliswaar door infrastructuurbeheerders verleend, toch dient de overeenkomst over een internationaal samenwerkingsverband te worden gesloten met spoorwegondernemingen die vervoerdiensten aanbieden. Zoals FS in haar schriftelijke antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft betoogd⁴⁷, wordt dan ook aangenomen dat het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband de markt voor reizigersvervoer per spoor betreft.
71. Uit het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak-European Night Services⁴⁸ volgt dat er geen specifieke vorm voor een internationaal samenwerkingsverband wordt voorgeschreven⁴⁹. Met name hoeft een internationaal samenwerkingsverband niet de vorm aan te nemen van een traditionele gemeenschappelijke exploitatieovereenkomst in de spoorsector. Uit dat arrest volgt ook dat het niet ongebruikelijk is dat spoorwegondernemingen overeenkomsten aangaan die uitsluitend ten doel hebben contractueel toegang te verlenen tot de spoorweginfrastructuur in de lidstaat van de andere spoorwegonderneming, zonder dat noodzakelijkerwijs ook andere commerciële overeenkomsten worden aangaan betreffende de gemeenschappelijk exploitatie van diensten.⁵⁰ Dergelijke overeenkomsten vallen ook onder de definitie van een "internationaal samenwerkingsverband" aangezien het een "samengaan" betreft "van ten minste twee in verschillende lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen, dat het leveren van diensten op het gebied van internationaal vervoer tussen lidstaten" ten doel heeft. Het begrip "internationaal samenwerkingsverband" is dus breed, gaande van een volwaardige commerciële overeenkomst waarbij de partijen het risico min of meer billijk delen, tot en met een overeenkomst waarbij partijen elkaar enkel toegangsrechten verlenen op grond van Richtlijn 91/440/EEG⁵¹ zonder enig commercieel risico te dragen.

⁴⁷ Ferrovie dello Stato S.p.A., Trenitalia S.p.A., Rete Ferroviaria Italiana. S.p.A.: Opmerkingen ingediend op grond van artikel 19 van Verordening nr. 17/62 in de procedure betreffende zaak nr. COMP/37.685 GVG/FS, blz. 60.

⁴⁸ Zie punt 182 van het in noot 34 aangehaalde arrest.

⁴⁹ Zie ook de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement "Naar een geïntegreerde Europese spoorverkeersruimte", COM(2002) 18 definitief van 23.1.2002, Bijlage II.

⁵⁰ Zaak-European Night Services (zie noot 34), punt 188.

⁵¹ GVG is al twee dergelijke internationale samenwerkingsverbanden aangegaan met SJ, de Zweedse nationale spoorwegmaatschappij, en de Oostenrijkse Graz-Köflacher Eisenbahn. Beide samenwerkingsverbanden functioneren al meer dan twee jaar en zijn bij de respectieve nationale autoriteiten aangemeld. In beide gevallen verzekerde de overeenkomst dat de partijen de onderscheiden verkeersrechten ontvingen. In beide gevallen bracht de overeenkomst aanvankelijk ook geen verdere verplichtingen mee. In het geval van de overeenkomst tussen GVG en de Graz-Köflacher Eisenbahn verzorgt elk van beide ondernemingen haar eigen internationale diensten tussen Oostenrijk en Duitsland. Alleen op verzoek van de partner kunnen de ondernemingen op ad-hocbasis elkaar aanvullende bijstand verlenen. Dit maakt evenwel niet deel uit van het contract over het internationale samenwerkingsverband zelf. Ook in het geval van de overeenkomst tussen GVG en SJ, werden met het

G. MACHTSPOSITIE

G.1. FS als onderneming

72. Tot juli 2001 was FS één enkele onderneming die belast was met de exploitatie van de spoorweginfrastructuur en het leveren van vervoerdiensten.
73. Op 13 juli 2001 voltooide FS een herstructureringsproces en werd zij een holdingmaatschappij. Binnen deze holdingmaatschappij zijn, als juridisch zelfstandige dochterondernemingen, FS (Trenitalia) belast met de vervoerdiensten, rollend materieel en tractie en FS (RFI) met de exploitatie van de infrastructuur.
74. Er is een duidelijke continuïteit in de gedragingen van FS en haar dochterondernemingen vóór en nadat in juli 2001 afzonderlijke entiteiten werden opgericht. Zoals in overwegingen 30 tot en met 40 is uiteengezet, waren FS en haar dochterondernemingen op de hoogte van het verzoek van GVG om onderhandelingen te beginnen, minstens sinds december 1998 wat betreft tractie en minstens sinds augustus 1999 wat betreft een contract voor een internationaal samenwerkingsverband. Tot en met augustus 2002 heeft FS of haar dochteronderneming FS (Trenitalia) vóór noch na de herstructurering dergelijke onderhandelingen aangevat. Evenmin heeft FS of haar dochteronderneming FS (RFI) voor de periode tussen september 1995 en juli 2002 specifieke treinpaden aan GVG aangeboden. Bovendien hebben de FS-holdingmaatschappij en de FS-dochterondernemingen over deze zaak een identiek standpunt ingenomen. Was de mededeling van punten van bezwaar van 22 juni 2001 aan FS gezonden, dan werd op 16 oktober 2001 een gemeenschappelijk schriftelijk antwoord ingediend door FS en haar dochterondernemingen FS (Trenitalia) en FS (RFI).
75. Nadien heeft, in verband met deze zaak, FS (Trenitalia) alle kwesties behandeld die tractie en het internationale samenwerkingsverband betroffen, terwijl FS (RFI) verantwoordelijk was voor de kwesties in verband met infrastructuurtoegang. FS heeft niet aangevoerd dat zij niet aansprakelijk is voor het optreden van haar dochterondernemingen in deze zaak.
76. Ook na de herstructurering kan FS nog worden beschouwd als één onderneming in de zin van het EG-Verdrag. De FS-holdingmaatschappij bezit 100% van de aandelen van haar dochterondernemingen FS (Trenitalia) en FS (RFI). Bovendien bestaat er een gemeenschappelijk economisch belang tussen de holdingmaatschappij en haar dochterondernemingen. De drie ondernemingen zijn alle in dezelfde industriële sector actief en het optreden van één dochteronderneming kan een belangrijk effect hebben op de prestaties van de andere dochteronderneming, en zodoende de winstgevendheid van de FS-holdingmaatschappij als geheel ongunstig beïnvloeden. Het is zo dat FS (Trenitalia) de belangrijkste klant is van FS (RFI). Terzelfder tijd speelt FS (RFI), als infrastructuurbeheerder, een belangrijke rol bij het besluit of en in hoeverre potentiële concurrenten van FS (Trenitalia) toegang krijgen tot de infrastructuur en of zij dus de markt kunnen betreden. Aangezien de holdingmaatschappij en haar dochterondernemingen alle in handen zijn van één en dezelfde aandeelhouder, heeft

aanvankelijke contract van het internationaal samenwerkingsverband enkel verkeersrechten toegekend. Vervolgens hebben de ondernemingen evenwel besloten hun samenwerking verder uit te bouwen.

deze er belang bij te verzekeren dat de gedragingen binnen de FS-holdingmaatschappij afdoende worden gecoördineerd.

77. Dergelijke coördinatie wordt vooral verticaal verzekerd, aangezien de FS-holdingmaatschappij het volledige aandelenkapitaal van FS (RFI) en FS (Trenitalia) in handen heeft. Hij verkeert in een positie om beslissende invloed uit te oefenen op het beleid van FS (RFI) en FS (Trenitalia). Volgens het FS-jaarslag 2001 is de FS-holdingmaatschappij verantwoordelijk voor het uittekenen van het strategische beleid en het management van haar dochterondernemingen zoals FS (RFI) en FS (Trenitalia). De holdingmaatschappij is tegenover de aandeelhouder de ultieme garant voor het succes van de groep⁵². Er is een geconsolideerde balans waarin jaarlijks de winsten/verliezen van de diverse dochterondernemingen zijn geaggregeerd.
78. Aangezien de holdingmaatschappij verantwoordelijk is voor de vastlegging en tenuitvoerlegging van het algemene beleid van de onderneming, kan zij aansprakelijk worden gesteld voor de gedragingen van haar dochterondernemingen FS (RFI) en FS (Trenitalia). Gelijk het Hof van Justitie in zijn arrest in de zaak-Stora⁵³ heeft verklaard, heeft "het Hof bij herhaling beslist, dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, nog niet de mogelijkheid uitsluit, dat haar gedrag aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt"⁵⁴.
79. Het feit dat FS (RFI) en FS (Trenitalia) beide van dezelfde holdingstructuur deel uitmaken, geeft hun een gemeenschappelijke belang waardoor zij niet kunnen worden gezien als "juridisch, administratief en structureel" niet onderling verbonden⁵⁵.
80. FS is een onderneming in de zin van artikel 82. Zij biedt spoorvervoerdiensten aan op commerciële basis. Daarnaast heeft FS bepaalde taken op het gebied van toezicht toegewezen gekregen in haar hoedanigheid van infrastructuurbeheerder en toewijzingsinstantie. Door deze rol treedt FS (RFI) op als de aanbieder van infrastructuurcapaciteit op de markt voor infrastructuurtoegang. Dit is een commerciële activiteit. Bovendien bepaalt FS, als infrastructuurbeheerder en toewijzingsinstantie, de procedures en voorwaarden op grond waarvan aanbieders van spoorvervoerdiensten hun activiteiten verrichten. Zo draagt de terbeschikkingstelling

⁵² Ferrovie dello Stato S.p.A. "(...) ten opzichte van de aandeelhouder gezamenlijk verantwoordelijk voor de reorganisatie van de groep (...)".

⁵³ Arrest van 16 november 2000 in zaak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags AB / Commissie, Jurispr. 2000, blz. I-9925, punt 23.

⁵⁴ Zie met name het arrest van 14 juli 1972 in zaak 48/69, ICI/Commissie, Jurispr. 1972, blz. 619, punten 132 en 133; het arrest van 14 juli 1972 in zaak 52/69, Geigy/Commissie, Jurispr. 1972, blz. 787, punt 44, en het arrest van 21 februari 1973 in zaak 6/72, Europemballage en Continental Can / Commissie, Jurispr. 1973, blz. 215, punt 15.

⁵⁵ Zie Beschikking 2002/344/EG van de Commissie van 23 oktober 2001 betreffende het ontbreken van een volledige en onafhankelijke controle op de tarifaire voorwaarden en technieken die La Poste hanteert jegens postvoorbereidingsbedrijven voor toegang tot de aan haar voorbehouden diensten, PB L 120 van 7.5.2002, blz. 19, punt 79. Zie ook Beschikking 94/19/EG van de Commissie van 21 december 1993 in zaak IV/34.689, Sea Containers / Stena Sealink, PB L 15 van 18.1.1994, blz. 8; Beschikking 94/119/EG van de Commissie van 21 december 1993 in de zaak-haveninstallaties van Rødby, PB L 55 van 26.2.1994, blz. 52, en het arrest van het Hof van Justitie van 17 juli 1997 in zaak C-242/95, GT Link / DSB, Jurispr. 1997, blz. I-4449. In die zaken onderzochten de Commissie en het Hof de gedragingen van infrastructuurexploitanten ten opzichte van hun dochterondernemingen die actief zijn in de levering van diensten op deze infrastructuur.

door FS van spoorinfrastructuurinstallaties bij tot het verrichten van een geheel van diensten van economische aard, zodat zulks een onderdeel is van haar economische activiteiten⁵⁶. Bijgevolg is FS een onderneming in de zin van artikel 82 van het EG-Verdrag, ook wanneer zij haar taken van infrastructuurbeheerder en toewijzingsinstantie uitoefent.

81. Derhalve is de conclusie dat FS aansprakelijk is voor de gedragingen van haar dochterondernemingen FS (RFI) en FS (Trenitalia), zelfs na haar herstructurering.

G.2. Machtspositie op de relevante upstreammarkten

G.2.1. Machtspositie op de markt voor infrastructuurtoegang

82. FS heeft een wettelijk monopolie om de Italiaanse spoorweginfrastructuur te exploiteren. Daarnaast is FS (RFI) (voorheen: FS Infrastruttura; zie overweging 4 van de onderhavige beschikking), in haar hoedanigheid van infrastructuurbeheerder en toewijzingsinstantie, belast met de uitbouw en de instandhouding van de Italiaanse spoorweginfrastructuur, en met de toewijzing tegen een vergoeding van treinpaden aan spoorwegexploitanten in Italië. Daarom kan, gezien haar positie, enkel FS treinpaden op het Italiaanse spoorweginet aan GVG verkopen om deze onderneming in staat te stellen op het traject Domodossola-Milaan te opereren.
83. Het Hof van Justitie heeft verklaard⁵⁷ dat artikel 82 van toepassing is op een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt, ook wanneer deze machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen concurrentie op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is.
84. Er is geen alternatieve infrastructuur die GVG zou kunnen gebruiken om de geplande dienst voor reizigersvervoer per spoor aan te bieden. Naast FS zijn er regionale spoorwegondernemingen die lokale netwerken exploiteren die hun via een concessie zijn toegewezen. Deze regionale spoorwegondernemingen kunnen toegang verlenen tot dergelijke lokale en regionale netwerken. Regionale spoorwegondernemingen zijn evenwel enkel op bepaalde trajecten actief, waarbij af en toe onderdelen van het FS-netwerk als verbindingsspoor worden gebruikt. Regionale netwerken hebben geen intercityverbindingen. Daarom zou het voor GVG onmogelijk zijn om haar dienst aan te bieden met gebruikmaking van lokale en regionale spoorwegnetwerken in Italië.
85. FS heeft een machtspositie voor de hele Italiaanse intercityspoorweginfrastructuur. Dit omvat ook het traject Domodossola-Milaan.

G.2.2. Machtspositie op de markt voor tractie

86. In deze specifieke zaak is voor tractie een *elektrische* locomotief nodig die minstens 160 km/u haalt en die een typegoedkeuring heeft om op het Italiaanse netwerk te opereren. Een andere voorafgaande voorwaarde inzake veiligheids certificering is de eis dat de machinisten over de nodige talenkennis moeten beschikken en kennis moeten hebben van het traject in de sector Domodossola-Milaan.

⁵⁶ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 december 2000 in zaak T-128/98, Aéroports de Paris / Commissie, Jurispr. 2000, blz. II-3929, punt 120.

⁵⁷ Arrest van 3 oktober 1985 in zaak 311/84, Télémarketing, Jurispr. 1985, blz. 3261.

87. In beginsel kan GVG, om op het traject Domodossola-Milaan te opereren, ofwel tractie betrekken bij een Italiaanse spoorwegonderneming of zelf tractie leveren. In dat laatste geval zou zij zelf een pool van locomotieven en machinisten in Italië moeten opzetten of zou zij bij diverse aanbieders moeten uitkijken naar de verschillende elementen - locomotief, machinist en back-up.

G.2.2.1. Door andere spoorwegondernemingen geleverde tractie

88. Naast FS zijn de andere spoorwegondernemingen die langeafstandsdiensten in Italië aanbieden, beperkt tot vrachtvervoer. De kleine nieuwkomers op de Italiaanse spoormarkt, zoals RTC en FNME (zie overweging 49), zijn de enige Italiaanse spoorwegondernemingen die, op grond van hun eigen pools van locomotieven, in beginsel tractie aan GVG zouden kunnen aanbieden. Volgens het onderzoek van de Commissie zijn zij evenwel niet uitgerust om tractiediensten aan te bieden voor de door GVG geplande dienst. Voorzover zij al over de geschikte locomotieven zouden beschikken, ontbreekt het hun aan de nodige reservecapaciteit om dergelijke dienst aan te bieden⁵⁸.
89. Geen enkele niet-Italiaanse spoorwegonderneming is in staat GVG tractie te leveren. SNCF bezit 60 locomotieven van het type "BB 36 000", die over de nodige typegoedkeuring beschikken om in Italië te opereren. Deze locomotieven voldoen echter niet aan de technische eisen voor de diensten van GVG aangezien zij enkel vrachtvervoerdiensten mogen uitvoeren en dat tegen een maximumsnelheid van 120 km/u. Evenmin beschikt SNCF over machinisten die op het Italiaanse spoorwegnet actief kunnen zijn en die over de nodige routekennis beschikken.
90. Daarentegen heeft FS, zoals eerder al in overweging 56 is aangegeven, al tractiediensten geleverd aan SNCF, DB en GVG. Zij beschikt over voldoende reservecapaciteit om tractie te leveren voor de geplande GVG-dienst⁵⁹.
91. In het licht van het voorgaande mag worden geconcludeerd dat momenteel enkel FS het juiste soort tractie kan leveren aan FS op het traject Domodossola-Milaan. Bijgevolg heeft zij duidelijk een machtspositie op de tractiemarkt.

G.2.2.2. Door GVG zelf te leveren tractie

92. De Commissie heeft onderzocht of GVG zelf tractie kan leveren door locomotieven, machinisten en back-up in te huren of door de aanschaf van locomotieven.

G.2.2.2.1. Inhuren van locomotieven, machinisten en back-up

93. Op grond van het marktonderzoek kan volgens de Commissie worden geconcludeerd dat noch FNME of RTC noch producenten als Alstom, Bombardier, Finmeccanica, Siemens en Skoda zijn uitgerust om geschikte locomotieven of machinisten te verhuren. Zodoende is het huren van een locomotief voor GVG geen haalbaar alternatief.

⁵⁸ Antwoord op de verzoeken om inlichtingen door RTC en FNME van, onderscheidenlijk, 20.1.2002 en 8.3.2002.

⁵⁹ Zoals door FS is aangegeven in haar schrijven aan de Commissie van 6.12.2002.

94. Mocht GVG locomotieven willen huren bij een leverancier, dan zou zij ook machinisten moeten inhuren bij Italiaanse spoorwegondernemingen. Momenteel kunnen machinisten met de vereiste Italiaanse vergunning en routekennis enkel bij FS worden ingehuurd.
95. Het inhuren en opleiden van eigen personeel lijkt voor de geplande internationale spoorvervoerdienst niet doenbaar. Door taalproblemen en verschillen in opleidingseisen zou het voor GVG moeilijk blijken om in Italië Duitse machinisten in te zetten. Italiaanse machinisten zouden dan weer moeilijk buiten Italië kunnen worden ingezet. Daarom zou GVG dan ook haar eigen pool van Italiaanse machinisten moeten opzetten. Zij zou ook een back-updienst voor machinisten moeten organiseren. In Italië is de markt voor binnenlands langeafstandsvervoer van reizigers en die voor cabotage niet geliberaliseerd. Daarom zou GVG deze machinisten voor een aantal uiteenlopende diensten niet kunnen inzetten, met name voor treindiensten in open concurrentie binnen Italië. Het zou dan ook economisch bijzonder onverantwoord zijn een Italiaanse pool van machinisten te organiseren met als enige doel tussen Bazel en Milaan een internationale spoorvervoerdienst aan te bieden. Deze hinderpaal geldt voor iedere spoorwegonderneming die diensten voor internationaal reizigersvervoer naar Italië wil aanbieden, ongeacht haar omvang.
96. Ten slotte is het niet mogelijk een back-updienst in te huren voor de locomotieven die GVG op het traject Domodossola-Milaan nodig heeft.
97. Derhalve is de conclusie dat voor GVG het zelf leveren van tractie op het traject Domodossola-Milaan door locomotieven, machinisten en back-up geen alternatief is voor de levering van tractie door FS.

G.2.2.2.2. Aanschaf locomotieven

98. Om op het Italiaanse deel van het traject Bazel-Milaan zelf tractie te leveren met eigen locomotieven en machinisten, zou GVG moeten investeren in een eigen pool van locomotieven en machinisten in Italië. Zoals hierboven is uiteengezet, beletten het gebrek aan interoperabiliteit en de verschillende procedures voor typegoedkeuring GVG om in andere lidstaten goedgekeurde locomotieven op het Italiaanse spoorweganet in te zetten.
99. Om de geplande dienst tweemaal per dag tussen Bazel en Milaan te laten rijden, zou GVG twee Italiaanse locomotieven moeten hebben die op het traject Domodossola-Milaan rijden. Met een afstand van 250 km zou de exploitatie van dit traject één zesde vastleggen van de capaciteit van een locomotief. Ten slotte zou GVG een derde locomotief als back-up nodig hebben. Exploitatie op basis van drie locomotieven is niet rendabel omdat één derde van de locomotiefcapaciteit vastligt voor back-up. Een en ander brengt vaste kosten mee. Mede gelet op het soms aanzienlijke verschil in betrouwbaarheid van locomotieven, is het niet onredelijk ervan uit te gaan dat een pool van locomotieven uit minstens 10 eenheden moet bestaan. In dat geval zou 1 locomotief back-up leveren voor 9 locomotieven die in bedrijf zijn, hetgeen betekent dat ongeveer één tiende van de locomotiefcapaciteit vastligt voor back-up⁶⁰. Om op de

⁶⁰ Gemiddeld houden Europese nationale spoorwegondernemingen 1 locomotief in reserve als back-up voor 8 tot 10 locomotieven die in bedrijf zijn. Sommige particuliere spoorwegondernemingen slagen erin te functioneren met een aanzienlijk lagere back-upcapaciteit.

"minimum efficiënte schaal" te kunnen opereren, zou GVG dus gebruikmaken van een pool van minstens 8 tot 10 locomotieven, hetgeen niet denkbaar is.

100. Bovendien mag GVG, in deze fase van de liberalisering van de Europese spoorsector, als een onderneming die substantieel in handen is en onder zeggenschap staat van onderdanen van andere lidstaten, volgens de huidige Italiaanse wetgeving in Italië geen cabotage uitvoeren of louter binnenlandse diensten in vrije concurrentie aanbieden. Zodoende zou GVG vijf zesde van de reservecapaciteit van de beide locomotieven niet kunnen gebruiken om in Italië binnenlandse spoordiensten aan te bieden. In een dergelijke situatie zou GVG, wanneer zij drie locomotieven voor haar geplande diensten aanschafte, slechts één negende van haar totale Italiaanse locomotiefcapaciteit kunnen gebruiken. Daardoor zou een investering in Italiaanse locomotieven economisch gezien totaal zinloos worden. Deze redenering geldt ook voor iedere kandidaat-toetreder, ongeacht zijn omvang.
101. Om in Italië binnenlandse spoordiensten aan te bieden zou GVG dus eerst haar eigen Italiaanse dochteronderneming op moeten richten. Naast de pool van machinisten en locomotieven zou de GVG-dochter, om een vergunning en veiligheidsattest te kunnen krijgen, ook rollend materieel (wagons) moeten aanschaffen dat voor reizigersvervoer geschikt is. Bijgevolg zou de hoofdactiviteit van GVG het leveren van binnenlandse spoordiensten in Italië worden. Een investering op een dergelijke schaal zou onevenredig zijn voor een nieuwkomer die slechts op één internationale route naar Italië actief wil zijn. Bovendien zou in de huidige fase van de liberalisering van de Italiaanse spoorwegmarkt een dergelijke nieuwkomer, zelfs al had hij een dergelijke investering gedaan, toch niet in staat zijn deze efficiënt te gebruiken. Aangezien de binnenlandse markt voor langeafstandsreizigersvervoer in Italië nog niet is geliberaliseerd, zou GVG's Italiaanse dochteronderneming niet in staat zijn deze markt te betreden⁶¹.
102. Voorts zou, wanneer een zich in diensten voor internationaal reizigersvervoer binnen de EU specialiserende spoorwegonderneming met eigen locomotieven en machinisten tractie wil leveren, een hele reeks dochterondernemingen in de verschillende lidstaten op moeten richten. Op grond van de huidige situatie van de Europese markt voor spoorvervoer zou dit een onevenredig vereiste zijn voor spoorwegondernemingen die gebruikmaken van het vrij verkeer van diensten, en zou het dan ook geen economisch haalbare optie zijn.
103. Ten slotte is uit het marktonderzoek gebleken dat, zelfs wanneer een dergelijke investering als economisch levensvatbaar wordt beschouwd, het op zijn minst twijfelachtig is of GVG geschikte locomotieven zou kunnen verwerven.
104. Momenteel bestaat er geen markt voor tweedehandslocomotieven in Italië. Een mogelijkheid kan erin bestaan tweedehandslocomotieven aan te schaffen in Oost-Europa⁶². Zoals FS echter zelf toegeeft, zouden de kosten voor de aanpassing van een

⁶¹ Voorzover deze diensten openstaan voor aanbestedingsprocedures, kan de Italiaanse GVG-dochter in Italië enkel regionale diensten voor reizigersvervoer aanbieden. Deze markt verschilt echter sterk van de langeafstandsmarkt omdat hij andere locomotieven en een andere routekennis bij de machinisten vereist.

⁶² Rail Traction Company (RTC) en Ferrovie Nord Milano (FNME) beweren dat het in beginsel mogelijk is buitenlandse locomotieven in Italië in te zetten. Omdat een typegoedkeuring tien tot twaalf maanden in beslag neemt, heeft RTC niet voor deze mogelijkheid gekozen. FNME heeft een locomotief van

dergelijke locomotief zo'n 1,4 miljoen EUR belopen, waarbij nog de kosten voor de typegoedkeuring moeten worden gerekend, die volgens Bombardier tussen meerdere honderdduizenden euro en tot 1,5 miljoen EUR liggen. Een dergelijke investering lijkt niet gerechtvaardigd omdat het heel moeilijk zou zijn om op korte termijn reserveonderdelen en reparatiediensten voor een dergelijke locomotief te kunnen krijgen.

105. In beginsel is het mogelijk nieuwe locomotieven te verwerven die geschikt zijn om de GVG-dienst op de Italiaanse markt aan te bieden⁶³. Uit het marktonderzoek van de Commissie is evenwel gebleken dat een aantal economische, juridische en technische barrières deze mogelijkheid uitsluit. Zoals de Union des Industries Ferroviaires Européennes (UNIFE) heeft aangegeven, zijn de Italiaanse technische specificaties sterk gebonden aan de vereisten van het nationale netwerk. Locomotieven zouden op maat moeten worden gebouwd en de prijs zou sterk variëren naar gelang de omvang van het order, leveringstermijnen enz. Aangezien GVG slechts een klein aantal locomotieven zou aanschaffen, zou het aanzienlijk hogere prijzen berekend krijgen dan een nationale spoorwegmaatschappij die een groot order plaatst. Het is zelfs enigszins onzeker of producenten wel dergelijke kleine aantallen op maat gebouwde locomotieven zouden willen bouwen. Voor locomotieven die voor de GVG-dienst kunnen worden gebruikt, ligt de geraamde leveringstermijn tussen 18 en 36 maanden.
106. Producenten zijn, één uitzondering niet te na gesproken, niet in staat back-updiensten aan te bieden. Bombardier zou bereid zijn dit binnen 24 uur te doen, maar de prijs zou dicht in de buurt liggen van de prijs voor het huren van een tweede locomotief. Dit is economisch evenwel niet haalbaar, aangezien de back-up niet meer dan één tiende van de capaciteit van de pool van locomotieven zou vastleggen.
107. Wat opbrengst betreft, zou GVG zo'n 190 reizigers per trein moeten hebben⁶⁴ (dus 752 reizigers per dag) om de toetredingskosten te dekken, mocht zij besluiten nieuwe locomotieven aan te schaffen om de trein te laten rijden. Worden tweedehandslocomotieven aangeschaft, dan zouden er zo'n 80 reizigers per trein nodig zijn om alleen al de kosten voor de tractie te dekken. Dit lijkt niet doenbaar op grond van bestaande reizigersaantallen. De bestaande dienst van Cisalpino tussen Bazel en Milaan levert per trein niet meer dan 35 punt-tot-punt-reizigers op.
108. Ten slotte zou GVG, zelfs wanneer het voor haar economisch doenbaar was locomotieven voor de exploitatie en de back-up voor de Italiaanse markt te verwerven,

Skoda geïmporteerd, maar gebruikt deze enkel voor vrachtdiensten en hij is niet geschikt voor de geplande reizigersdienst van GVG. Skoda levert geen locomotieven die geschikt zijn voor de GVG-dienst.

⁶³ Om te bepalen of het inzetten van een nieuwe locomotief al dan niet een optie is voor GVG, hoeft niet te worden onderscheiden tussen de aankoop en het leasen van een nieuwe locomotief. Het verschil tussen beide opties speelt enkel met betrekking tot de financiering. Leasing is een middel om een investering te financieren. De leaseprijs is gebaseerd op de aanschafkosten, financieringskosten en additionele uitgaven. Zodoende bepaalt de verkoopprijs van de locomotief zowel de aanschafkosten als de leasekosten. Bovendien staat de leasingmarkt in Italië nog in de kinderschoenen.

⁶⁴ Op grond van een model dat FS (Trenitalia) intern heeft ontwikkeld om de economische levensvatbaarheid van haar eigen activiteiten te beoordelen, heeft Lexecon voor FS een simulatiemodel uitgewerkt om na te gaan of GVG haar geplande dienst tussen Bazel en Milaan zou kunnen aanbieden door eigen locomotieven aan te schaffen. In de aanname dat GVG twee nieuwe locomotieven aanschaf tegen een prijs van 3,5 miljoen EUR, vier treinen per dag laat rijden en gemiddeld 188 reizigers per trein vervoert, blijkt uit de simulatie dat de contante waarde van de nettokastromen voldoende is om de initiële toetredingskosten te dekken.

nog steeds van FS afhankelijk zijn voor de levering van machinisten en onderhouds- en reparatiediensten.

109. Derhalve is de conclusie dat, met name ingevolge het gebrek aan interoperabiliteit bij locomotieven, het ontbreken van liberalisering op de Italiaanse markt voor langeafstandsspoorvervoer voor reizigers en het verbod op cabotage, het voor GVG - of enige andere spoorwegonderneming - prohibitief duur en commercieel zinloos zou zijn te investeren in locomotieven, met als enige doel actief te zijn op het traject Domodossola-Milaan. Ingevolge deze belemmeringen staan bepaalde markten, zoals het leasen of verhuren van locomotieven en het inhuren van machinisten, nog steeds in de kinderschoenen, hetgeen betekent dat GVG van FS afhankelijk is voor de levering van tractie ten behoeve van de geplande vervoerdienst van Bazel naar Milaan.

G.2.2.3. Conclusie

110. Tot en met april 2001 had FS rechtens een monopolie voor de levering van tractie op de Italiaanse spoorweginfrastructuur⁶⁵. Sindsdien beschikt FS over een feitelijk monopolie voor de levering van tractie ten behoeve van reizigersdiensten op het traject Domodossola-Milaan. Bovendien kan GVG, in de huidige fase van de liberalisering van de EU-spoorsector, zelf geen tractie op dit traject leveren en is FS op het traject Domodossola-Milaan de enige bron voor tractie met het oog op een dienst voor internationaal reizigersvervoer tussen Bazel en Milaan.
111. Daarom kan worden geconcludeerd dat FS een machtspositie bezit op de betrokken tractiemarkt en dat, wil GVG de geplande dienst kunnen exploiteren, het voor haar onmisbaar is om door FS tractie geleverd te krijgen.

G.3. Machtspositie op de markt voor reizigersvervoer per spoor

112. Op de routes die behoren tot de relevante markt zoals die eerder is omschreven, is op het Italiaanse segment alleen FS aanwezig (via haar samenwerking met SBB en Cisalpino). FS bezit derhalve een machtspositie op de markt voor reizigersvervoer per spoor tussen Domodossola en Milaan.
113. Op deze markt zijn de drempels voor toetreding aanzienlijk. Niet alleen moet toegang worden verkregen tot de infrastructuur en ondersteunende diensten, bovendien heeft de spoorwegonderneming rollend materieel en personeel nodig die voldoen aan de verschillende nationale technische en administratieve normen, aangezien verschillende systemen voor seingeving, stroomleverantie en veiligheid van toepassing zijn. Ten slotte dient iedere spoorwegonderneming die een dergelijke dienst voor reizigersvervoer tussen Duitsland en Milaan aan wil bieden, een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan.

⁶⁵ Tot 8.7.1998 had FS het wettelijke monopolie om tractie te leveren op het Italiaanse spoorweganet. Sindsdien hebben andere spoorwegondernemingen in beginsel het recht tractie aan te bieden in Italië, mits zij beschikken over een vergunning en zij een veiligheidsattest hebben ontvangen. Tot mei 2000 had de minister van Transport echter nog niet de criteria vastgesteld voor de toekenning van een veiligheidsattest. Aangezien volgens de Italiaanse wetgeving de vaststelling van deze criteria noodzakelijk is om een veiligheidsattest te verlenen, kon tot mei 2000 geen enkele onderneming de Italiaanse markt voor tractie betreden. Bijgevolg beschikte FS tot mei 2000 rechtens over een monopolie om in Italië tractie te leveren. Hebben nadien sommige ondernemingen een vergunning gekregen, toch werden pas in april 2001 veiligheidsattesten afgegeven.

114. Tot dusver is FS de enige onderneming die over de vergunning beschikt om in Italië een intercityreizigersdienst aan te bieden. Sinds mei 2000 heeft het Italiaanse ministerie van Transport en Scheepvaart weliswaar diverse vergunningen afgegeven aan andere spoorwegondernemingen, maar deze ondernemingen mogen geen langeafstandsreizigersdiensten aanbieden, aangezien deze markt in Italië nog niet is geliberaliseerd. Bovendien hebben dergelijke spoorwegondernemingen, willen zij een internationaal samenwerkingsverband met GVG kunnen aangaan, een veiligheidsattest nodig om op het traject Domodossola-Milaan vervoerdiensten aan te bieden⁶⁶. Om een veiligheidsattest te kunnen krijgen, moet een spoorwegonderneming eerst in het bezit komen van het geschikte rollend materieel (dat vervolgens wordt gecertificeerd). Tot dusver heeft enkel FS een veiligheidsattest gekregen voor het exploiteren van reizigersvervoerdiensten tussen Domodossola en Milaan⁶⁷. Daarom is FS tot dusver de enige Italiaanse spoorwegonderneming die een internationaal samenwerkingsverband met GVG kan aangaan voor de specifieke dienst welke die onderneming wil gaan aanbieden.

G.4. Machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt

115. Wanneer een lidstaat een onderneming een wettelijk monopolie heeft toegekend voor een bepaald deel van zijn grondgebied, vormt dit gebied, volgens rechtspraak van het Hof van Justitie⁶⁸, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Wat de infrastructuur betreft, beschikt FS volgens decreet nr. 225-T van 26 november 1993 nog steeds over een wettelijk monopolie. Zodoende kan de markt voor toegang tot de Italiaanse infrastructuur als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt worden aangemerkt.
116. De relevante tractiemarkt en de downstreammarkt voor reizigersvervoer per spoor zijn eveneens een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Tot 8 juli 1998 beschikte FS dankzij decreet nr. 225-T over een wettelijk monopolie ten aanzien van tractie en de levering van spoorvervoerdiensten voor reizigers. Daarnaast vormt de relevante markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt omdat de relevante geografische markt diverse lidstaten bestrijkt⁶⁹. In deze zaak maakt het traject Domodossola-Milaan deel uit van de relevante downstreammarkt voor diensten inzake internationaal reizigersvervoer van Duitsland naar Italië. Het is een vitale route voor spoorvervoer, die het noorden en zuiden van Europa met elkaar verbindt. Als dusdanig maakt zij deel uit van het trans-Europese Spoorweg Net (TERN).

⁶⁶ Een veiligheidsattest wordt toegekend voor een specifiek traject en voor vracht- of reizigersdiensten. In mei 2003 hadden 26 ondernemingen in Italië een spoorvergunning ontvangen, terwijl 6 ondernemingen in het bezit waren van het veiligheidsattest.

⁶⁷ De belangrijkste particuliere spoorwegondernemingen in Italië zijn Rail Traction Company (RTC) en Ferrovie Nord Milano Esercizio (FNME). RTC heeft een vergunning ontvangen om in Italië reizigers- en vrachtvervoerdiensten aan te bieden. Haar veiligheidsattest is evenwel beperkt tot het traject Verona-Brenner en Verona-Mantua en tot vrachtvervoerdiensten. FNME heeft een vergunning ontvangen om in Italië reizigers- en vrachtvervoerdiensten aan te bieden. Zij heeft ook een veiligheidsattest gekregen om op het traject Milaan-Domodossola te opereren. Dit veiligheidsattest is evenwel uitsluitend beperkt tot vrachtvervoer.

⁶⁸ Zie het arrest van 5 oktober 1994 in zaak C-323/93, La Crespelle, Jurispr. 1994, blz. I-5077, punt 17, en het arrest van 23 april 1991 in zaak C-41/90, Hoefner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979.

⁶⁹ Arrest van 16 december 1975 in gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie / Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1663, punt 375, en het arrest van 14 februari 1978 in zaak 27/76, United Brands Company en United Brands Continental / Commissie, Jurispr. 1978, blz. 207, punten 45, 56 en 57.

H. MISBRUIK VAN EEN MACHTSPOSITIE

117. FS heeft op diverse punten misbruik gemaakt van haar machtspositie op de onderscheiden relevante upstream- en downstreammarkten, hetgeen afschermend heeft gewerkt voor concurrentie op het internationale reizigersvervoer per spoor op een aantal routes tussen Duitse steden en Milaan (via Bazel).
118. Herhaald zij hier dat niets in de Italiaanse wetgeving zoals die in overweging 13 van de onderhavige beschikking werd beschreven, eraan in de weg staat dat FS informatie meedeelt, een internationaal samenwerkingsverband⁷⁰ aangaat of door de afgifte van een veiligheidsattest toegang tot infrastructuur verleent en tractie levert aan een vergunninghoudende spoorwegonderneming die in een andere lidstaat is gevestigd.

H.1. Misbruik op de relevante upstreammarkten

H.1.1. Weigering toegang te verlenen tot de Italiaanse infrastructuur

119. FS bezit een monopolie als de toewijzingsinstantie die door Italiaanse Staat is aangewezen om te beslissen over verzoeken voor infrastructuurcapaciteit op het Italiaanse spoorwegnet. In deze hoedanigheid is FS verantwoordelijk voor de toewijzing van treinpaden aan spoorwegondernemingen in Italië.
120. Aansluitend bij het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak-Aéroports de Paris⁷¹ kan spoorweginfrastructuur als een "essentiële faciliteit" worden beschouwd. Zij voldoet aan de twee belangrijke voorwaarden om van een essentiële faciliteit te spreken, zoals die door het Gerecht in zijn beschikking in de zaak-European Night Services zijn vastgesteld⁷²: het onmisbare karakter van de faciliteit en de uitschakeling van alle concurrentie van de andere onderneming wanneer geen toegang wordt verleend⁷³. Voor eventuele concurrenten zou het ondoenbaar zijn om het langeafstandsspoorwegnet van FS te dupliceren gelet op de prohibitieve kostprijs van een dergelijke investering en de onmogelijkheid om recht van overweg te krijgen.
121. Het beperken van toegang tot het spoorwegnet vormt een misbruik van een machtspositie wanneer daardoor een potentiële concurrent van de markt wordt uitgesloten. In haar beschikking in de zaak-haveninstallaties van Rødby concludeerde de Commissie dat een onderneming welke een essentiële installatie - dat wil zeggen een installatie of een infrastructuur waarzonder haar concurrenten geen diensten aan hun klanten kunnen aanbieden - bezit of beheert en daar zelf ook gebruik van maakt,

⁷⁰ In 1996 ging FS een internationaal samenwerkingsverband aan met SJ Rail.

⁷¹ Zie punt 122 van het in noot 56 aangehaalde arrest. Het Gerecht bekrachtigde de beschikking van de Commissie en kwam tot de bevinding dat de luchthaveninstallaties van de Parijse luchthavens als essentiële installaties kunnen worden beschouwd. Het gebruik ervan is onmisbaar voor het verlenen van verschillende diensten, met name gronddiensten. Evenzo is toegang krijgen tot de infrastructuur in Italië voor GVG essentieel met het oog op het aanbieden van diensten voor internationaal reizigersvervoer tussen Duitse steden en Milaan.

⁷² Zie punt 209 van het in noot 34 aangehaalde arrest.

⁷³ In zijn arrest in de zaak-European Night Services (ENS) heeft het Gerecht verklaard dat infrastructuur, producten of diensten enkel essentieel zijn indien deze infrastructuur, producten of diensten niet "substitueerbaar" zijn en indien er als gevolg van hun bijzondere kenmerken - vooral de prohibitieve kosten en/of redelijkerwijs vereiste tijd om deze zelf te produceren - geen behoorlijke alternatieven voor de potentiële concurrenten van de gemeenschappelijke onderneming bestaan, waardoor zij van de markt zouden worden uitgesloten (zie punt 209 van het in noot 34 aangehaalde arrest).

en welke aan die concurrenten de toegang tot die installatie weigert, misbruik maakt van haar machtspositie⁷⁴.

122. In zijn arrest in de zaak-Télémarketing⁷⁵ heeft het Hof verklaard dat "een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 86 [thans artikel 82 van het EG-Verdrag], wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld".
123. Zoals in de bekendmaking van de Commissie betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector⁷⁶ is aangegeven, kan een weigering om toegang te verlenen in strijd zijn met artikel 86, indien deze weigering afkomstig is van een onderneming die een machtspositie heeft op de markt voor toegang. Ook een onnodige, onverklaarbare of ongegronde vertraging in het beantwoorden van een verzoek om toegang kan neerkomen op misbruik.
124. FS heeft van haar macht als toewijzingsinstantie gebruik gemaakt om GVG, een potentiële concurrent op de markt voor diensten voor reizigersvervoer per spoor, treinpaden op het traject Domodossola-Milaan te weigeren. Zij heeft GVG niet alleen de informatie onthouden die deze nodig had om een adequaat bedrijfsplan uit te werken, maar zij heeft GVG daadwerkelijk de toegang ontzegd zonder objectieve rechtvaardiging. Zodoende heeft zij GVG belet de markt voor de levering van diensten voor reizigersvervoer per spoor op dit traject te betreden. Door haar besluit om de markt voor grensoverschrijdende diensten voor reizigersvervoer per spoor voor zichzelf voor te behouden, heeft FS haar machtspositie op de markt voor infrastructuurtoegang uitgebreid naar deze verwante, doch onderscheiden markt. In Beschikking 98/190/EG in de zaak-FAG-Flughafen Frankfurt⁷⁷ oordeelde de Commissie dat een inbreuk op artikel 86 (thans artikel 82) bestaat wanneer het monopolie van FAG in stand werd gehouden door haar weigering om zelfafhandeling of afhandeling door derden toe te staan. Het feit dat FAG reeds vóór de inbreuk een machtspositie op de markt voor platformdiensten bezat, kon niet als rechtvaardiging dienen voor het besluit van FAG om de betrokken markt voor zichzelf te reserveren door aan potentiële concurrenten de toegang tot het luchthavenplatform te ontzeggen.
125. In de omstandigheden van de huidige zaak zou een toewijzingsinstantie die aantoonbaar onafhankelijk is van iedere spoorwegonderneming, zeker actief alle mogelijke middelen onderzocht hebben - wat betreft beschikbare slots en andere praktische en technische kwesties - om GVG op billijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot de infrastructuur te verlenen. Ervaring met eerdere zaken lijkt echter te suggereren dat een toewijzingsinstantie die zelf ook actief is op de markt voor het aanbieden van diensten op haar eigen infrastructuur, waarschijnlijk de

⁷⁴ Beschikking 94/119/EG van de Commissie in de zaak-haveninstallaties van Rødby, als aangehaald in noot 55.

⁷⁵ Zie punt 27 van het in noot 57 aangehaalde arrest.

⁷⁶ PB C 265 van 22.8.1998, blz. 2, punten 83 en 95, en het arrest in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissie.

⁷⁷ PB L 72 van 11.3.1998, blz. 30, overweging 98.

voorkeur zal geven aan een regeling waarbij zichzelf zo weinig mogelijk ongemak ondervindt, met name in verband met haar eigen werkzaamheden als gebruiker⁷⁸.

126. In Richtlijn 91/440/EEG is niet uitdrukkelijk aangegeven dat spoorwegondernemingen die nog geen internationaal samenwerkingsverband zijn aangegaan, recht hebben op toegang tot technische informatie over infrastructuurtoegang. De Commissie verwerpt evenwel het argument van FS als zou dergelijke informatie *enkel* kunnen worden meegedeeld en een treinpad enkel kunnen worden gereserveerd *nadat* de aanvrager een internationaal samenwerkingsverband is aangegaan. Richtlijn 91/440/EEG laat de toepassing van de mededingingsregels uit het EG-Verdrag onverlet. De toewijzingsinstantie mag niet eisen dat een internationaal samenwerkingsverband wordt opgericht vooraleer zelfs nog maar informatie te geven in verband met de prijzen van treinpaden en de beschikbaarheid ervan, aangezien zulks tot gevolg kan hebben dat markttoetreding wordt verhinderd. Dergelijke informatie is noodzakelijk om de toetreders in staat te stellen een bedrijfsplan op te stellen en na te gaan of de geplande dienst economisch levensvatbaar zou zijn.
127. FS verkeerde in een positie om dergelijke informatie mee te delen en advies te geven over aanverwante kwesties inzake infrastructuurtoegang. Vóór decreet nr. 146/1999 van kracht werd, was FS (Infrastruttura)⁷⁹ uit hoofde van artikel 8, lid 5, van decreet nr. 277/1998 gemachtigd een (tijdelijk) veiligheidsattest af te geven overeenkomstig Richtlijn 95/19/EG. In die fase had FS (Infrastruttura), als infrastructuurbeheerder, voor een proactieve aanpak moeten kiezen eerder dan te weigeren de gevraagde informatie mee te delen omdat GVG niet in het bezit was van een veiligheidsattest⁸⁰. Zo had FS, aansluitend bij haar verplichtingen als infrastructuurbeheerder, bijvoorbeeld GVG moeten mededelen dat FS (Infrastruttura) zelf het veiligheidsattest afgeeft en had zij moeten aangeven wat er nodig is om dergelijk attest te kunnen krijgen.
128. Voorts is de Commissie van oordeel dat het bepaalde in artikel 10, lid 1, van Richtlijn 91/440/EEG rechtstreekse werking heeft. Volgens de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie kan een bepaling rechtstreekse werking hebben wanneer de aan de lidstaten opgelegde verplichtingen onvoorwaardelijk en voldoende helder en precies zijn en wanneer geen beoordelingsmarge wordt gelaten bij de tenuitvoerlegging ervan⁸¹.
129. Artikel 10, lid 1, van Richtlijn 91/440/EEG is een bepaling waarin duidelijk is aangegeven dat internationale samenwerkingsverbanden toegang tot de infrastructuur kunnen verkrijgen. Dergelijke bepaling vereist op zich geen verdere tenuitvoerlegging door lidstaten en kan dus, overeenkomstig voormelde rechtspraak, als voldoende helder en precies worden beschouwd.

⁷⁸ Zie Beschikking 94/19/EG van de Commissie 21 december 1993 betreffende zaak Sea Containers / Stena Sealink, als aangehaald in noot 55, overweging 75.

⁷⁹ De voorganger van FS (RFI); zie overweging 4 van de onderhavige beschikking.

⁸⁰ In haar schrijven aan GVG van 27.11.1998 wees FS er op dat zij informatie over treinpaden en gebruiksrechten voor infrastructuur pas zou mededelen nadat GVG documenten had overgelegd waaruit bleek dat de onderneming een internationaal samenwerkingsverband was aangegaan en in het bezit was van een veiligheidsattest in Italië.

⁸¹ Zie het arrest van 19 september 2000 in zaak C-287/98, Linster, Jurispr. 2000, blz. I-6917; het arrest van 19 januari 1982 in zaak 8/81, Becker, Jurispr. 1982, blz. 53, en het arrest van 3 april 1968 in zaak 28/67, Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH, Jurispr. 1968, blz. 204.

130. Spoorwegondernemingen als GVG zouden zich rechtstreeks op deze bepaling kunnen beroepen om van FS de informatie te verlangen die nodig is om met in Italië gevestigde ondernemingen betekenisvolle onderhandelingen aan te vatten met het oog op het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband. Sinds Richtlijn 91/440/EEG per 1 januari 1993 van toepassing is, kon GVG zich dus op artikel 10, lid 1, beroepen. GVG had het recht een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met het oog op het aanbieden van een dienst voor internationaal reizigersvervoer naar Milaan. Derhalve had zij het recht FS om informatie te verzoeken in verband met treinpaden en prijzen met het oog op het verkrijgen van toegang tot de Italiaanse infrastructuur.
131. Geconcludeerd mag worden dat FS gedurende de periode van minstens september 1995⁸² tot juli 2002 zonder enige objectieve rechtvaardiging geweigerd heeft de nodige informatie voor toegang tot de Italiaanse spoorweginfrastructuur te verstrekken en dat zij zodoende, in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag, GVG belet heeft de markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor te betreden.

H.1.2. Weigering tractie te leveren

132. In overweging 51 werd uiteengezet dat tractie de levering omvat van een locomotief, een machinist en ondersteunende diensten zoals back-up. Er is een markt voor tractiediensten, aangezien dergelijke diensten in de meeste lidstaten op commerciële basis worden aangeboden. In overwegingen 55 en 56 werden voorbeelden gegeven van het feit dat FS op de markt voor tractie actief is en was. Zo levert FS bijvoorbeeld aan SNCF geregelde tractiediensten van Milaan en Turijn naar Lyon of aan DB voor haar internationale auto(slaap)treinen op dertien verschillende routes tussen Duitsland en Italië. Bij één gelegenheid heeft zij ook tractiediensten geleverd aan GVG voor een transitdienst voor reizigersvervoer. Geen van deze spoorvervoerdiensten concurreren met de door FS aangeboden vervoerdiensten.
133. Zoals in overwegingen 86-109 is uiteengezet, heeft de Commissie uitvoerig onderzocht of GVG (of enige andere spoorwegonderneming uit een andere lidstaat) over alternatieven beschikt voor het inhuren van tractie bij FS (Trenitalia) voor het Italiaanse segment van de geplande dienst voor reizigersvervoer tussen Bazel en Milaan. Uit dit onderzoek is gebleken dat er geen dergelijke, commercieel levensvatbare alternatieven beschikbaar waren voor GVG of enige andere niet-Italiaanse spoorwegonderneming. Daarom is het, wil GVG een dienst voor internationaal reizigersvervoer tussen Duitsland en Milaan aan kunnen bieden, onontbeerlijk dat de onderneming van FS op het Italiaanse spoorwegnet tractie ontvangt.
134. Aangezien FS niet op GVG's verzoeken om tractie heeft geantwoord, heeft zij sinds december 1998 daadwerkelijk geweigerd voor deze specifieke dienst aan GVG tractiediensten te leveren. De weigering was niet door enige objectieve reden gerechtvaardigd. Zo ontbreekt het FS bijvoorbeeld niet aan *reservecapaciteit* voor tractiediensten, zijn er geen *redenen op het gebied van veiligheid* die FS beletten GVG tractie te leveren, zou FS een *passende vergoeding* kunnen ontvangen voor de levering van dergelijke diensten en is zij niet actief op grond van *openbare-dienstverplichtingen* die haar beletten tractiediensten aan GVG te leveren.

⁸²

Het eerste verzoek om inlichtingen van GVG aan FS dateert al uit 1992.

135. *Geen gebrek aan reservecapaciteit:* Na de hoorzitting voerde FS (Trenitalia) aan dat zij voor locomotieven niet over reservecapaciteit beschikt om GVG tractiediensten te leveren. Na verder onderzoek heeft FS (Trenitalia) echter uiteindelijk, bij schrijven van 18 december 2002, verklaard dat zij haar reservecapaciteit voor de levering van dergelijke tractiediensten had becijferd op 1 miljoen km/jaar.
136. *Geen redenen op het gebied van veiligheid:* Zodra GVG zich van tractie had verzekerd en zij een internationaal samenwerkingsverband was aangegaan, had zij nog steeds een veiligheidsattest moeten aanvragen voor de geplande dienst voor reizigersvervoer in Italië. Dit vormt dus een afzonderlijke, volgende stap. Aangezien het veiligheidsattest door de infrastructuurbeheerder wordt afgegeven, is het niet de verantwoordelijkheid van FS (Trenitalia) te beoordelen of GVG aan de nodige veiligheidsvereisten voldoet. Een weigering tractie te leveren kon derhalve niet worden gerechtvaardigd op grond van bezwaren in verband met de veiligheid.
137. *Passende vergoeding:* FS heeft recht op een passende vergoeding tegen normale commerciële voorwaarden.
138. *Geen openbare-dienstverplichtingen:* Ten slotte geldt voor FS geen uitdrukkelijke verplichting tot het leveren van een openbare dienst, waarvan het financiële evenwicht in gevaar kon worden gebracht door de diensten die GVG voornemens is aan te bieden (zie overwegingen 154 en 155).
139. De geplande GVG-dienst tussen Bazel en Milaan concurreert met de Cisalpino, die een gemeenschappelijke onderneming is van FS en SBB. Dit werd bevestigd in het antwoord van FS op de mededeling van punten van bezwaar. FS is van mening dat de geplande GVG-dienst haar bestaande trafiek op het traject Bazel-Milaan schade zou toebrengen⁸³.
140. FS heeft derhalve geweigerd tractie te leveren aan een potentiële concurrent op een aan de tractiemarkt verwante markt. Niet alleen op deze laatste (upstream-)markt bezit FS een machtspositie, maar ook op de downstreammarkt voor reizigersvervoer per spoor. Op de downstreammarkt is er geen concurrentie. Door aan GVG tractie te weigeren, belet FS een potentiële concurrent deze markt te betreden. Zodoende behoudt zij haar monopoliepositie op deze afzonderlijke markt door potentiële concurrentie op die markt uit te schakelen⁸⁴.
141. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat, wanneer een onderneming haar monopolie op een bepaalde markt zonder objectieve noodzaak naar een verwante markt uitbreidt, deze uitbreiding als zodanig verboden is ingevolge artikel 82⁸⁵. In zijn arrest in de

⁸³ Dit wordt door FS erkend in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, punten 89 en 107.

⁸⁴ In een aantal besluiten heeft de Italiaanse mededingingsautoriteit vastgesteld dat FS een machtspositie bezit op de markt voor multimodaal containervervoer. In februari 2000 legde de mededingingsautoriteit FS een sanctie op omdat de onderneming haar machtspositie op de markt voor tractie voor multimodaal spoorvervoer had misbruikt door haar eigen dochterondernemingen Italcontainer en Cemat te begunstigen. Om de buitensporige vraag naar tractie voor het spoorvervoer aan te kunnen, moest FS een systeem voor capaciteitstoeiwijzing invoeren om te zorgen voor billijke en doeltreffende toewijzing van de beschikbare tractiemiddelen.

⁸⁵ Arrest van 13 december 1991 in zaak 18/88, RTT / GB-Inno-BM, Jurispr. 1991, blz. I-5941, en het arrest van 17 november 1992 in gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/90, Spanje, België en Italië / Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-5833.

zaak-Télémarketing⁸⁶ heeft het Hof geoordeeld dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 82, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf voorbehoudt en wanneer zij zodoende de concurrentie van die derde onderneming volledig uitschakelt. Dit geldt zelfs wanneer deze machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen concurrentie op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is⁸⁷.

142. In haar Beschikking 98/190/EG in de zaak-FAG-Flughafen Frankfurt⁸⁸ oordeelde de Commissie dat Flughafen Frankfurt/Main AG, in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag, misbruik van haar machtspositie had gemaakt door, zonder objectieve rechtvaardiging, aan potentiële concurrenten de toegang de markt voor de verrichting van platformafhandelingsdiensten te weigeren. Deze markt werd beschouwd als een markt die diende te worden onderscheiden van die voor de levering van luchthavenvoorzieningen. Tot het tijdstip van de beschikking bezat Flughafen Frankfurt/Main AG een monopolie op zowel de markt voor luchthavenvoorzieningen als die voor de levering van platformafhandelingsdiensten.
143. In de huidige zaak krijgt FS door het feit dat in de Italiaanse wetgeving de FS-dochter RFI als infrastructuurbeheerder is aangewezen, nog niet de uitsluitende rechten toegewezen voor de levering van internationale reizigersdiensten, met name op het kwestieuze traject. De weigering van FS is derhalve enkel gebaseerd op haar eigen - commerciële - besluit als een onderneming, en niet op een overheidsmaatregel⁸⁹.
144. Ten slotte vormt, volgens vaste rechtspraak⁹⁰, ook een weigering te leveren een misbruik wanneer zulks het gevaar meebrengt op uitschakeling van de mededinging door de verzoekende onderneming op de relevante markt of het belemmeren van de ontwikkeling van concurrenten en wanneer zulks objectief niet is gerechtvaardigd.
145. De weigering van FS om tractie - een activiteit die zij routinematig uitvoert - te leveren, is niet gerechtvaardigd door enige objectieve reden en beschermt de monopoliepositie van de onderneming op de downstreammarkt voor diensten voor internationaal reizigersvervoer tussen Bazel en Milaan. Derhalve vormt zij een misbruik van een machtspositie. Door de weigering van FS om GVG tractie te leveren, wordt een potentiële concurrent uitgeschakeld en zodoende de toename van de concurrentie op de downstreammarkt belemmerd. Dit gaat ten koste van de gebruikers

⁸⁶ Zie punt 26 van het in noot 57 aangehaalde arrest.

⁸⁷ In Beschikking 88/518/EG in de zaak-Napier Brown / British Sugar (PB L 284 van 19.10.1988, blz. 4) oordeelde de Commissie dat British Sugar haar machtspositie op de Britse suikermarkt misbruikte door een gedrag te volgen dat uiteindelijk bedoeld was om Napier Brown te dwingen zich uit de Britse kleinhandelssuikermarkt terug te trekken

⁸⁸ Zie noot 77.

⁸⁹ Een parallel valt te maken met de situatie uit de beschikking in de zaak-Flughafen Frankfurt/Main AG waarin de Commissie preciseerde dat de verplichting voor Flughafen Frankfurt/Main AG om de luchthaven naar behoren en veilig te exploiteren niet betekende dat de luchthavenexploitant die activiteiten voor zichzelf moest reserveren (zie overwegingen 93 tot 96 van de betrokken beschikking).

⁹⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 6 maart 1974 in gevoegde zaken 6 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation, Jurispr. 1974, blz. 223 en Beschikking 88/518/EEG van de Commissie in de zaak-Napier Brown / British Sugar, als aangehaald in noot 87.

die niet kunnen profiteren van alternatieven voor de bestaande diensten voor reizigersvervoer per spoor.

146. De inbreuk vond plaats tussen december 1998 en 27 juni 2003. Uiterlijk sinds december 1998 heeft GVG aan FS verzocht tractie te leveren voor haar geplande dienst op het traject Domodossola-Milaan. FS deed pas in augustus 2002 een aanbod om tractie te leveren. Op 25 november 2002 heeft FS (Trenitalia) aan GVG een ontwerp-contract aangeboden voor de levering van tractie (inclusief back-up) voor haar geplande dienst op het traject Domodossola-Milaan. Op 27 juni 2003 hebben GVG en FS (Trenitalia) hun onderhandelingen afgesloten met een akkoord over de prijs voor tractie.

H.2. Misbruik op de markt voor reizigersvervoer per spoor

H.2.1. Weigering te onderhandelen over het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband

147. In de huidige stand van de liberalisering van de Europese markt voor reizigersvervoer per spoor kunnen spoorwegondernemingen enkel grensoverschrijdende diensten voor reizigersvervoer aanbieden wanneer zij een internationaal samenwerkingsverband zijn aangegaan met een in een andere lidstaat gevestigde vergunninghoudende spoorwegonderneming. Het bestaan van dit Europese regelgevingskader sluit evenwel niet uit dat artikel 82 van het EG-Verdrag van toepassing is op situaties waarin er slechts één spoorwegonderneming voorhanden is waarmee een internationaal samenwerkingsverband aan kan worden gegaan, en wanneer deze onderneming weigert te onderhandelen met het oog op het aangaan van een dergelijke samenwerkingsverband.
148. In zijn arrest in de zaak-European Night Services⁹¹ heeft het Gerecht van eerste aanleg verklaard dat een dienst als "onontbeerlijk" voor de toegang tot de relevante markt kan worden beschouwd wanneer dergelijke dienst niet "substitueerbaar" is en wanneer als gevolg van zijn bijzondere kenmerken - vooral de prohibitieve kosten en/of redelijkerwijs vereiste tijd om deze zelf te produceren - er voor de potentiële concurrenten geen behoorlijke alternatieven bestaan, waardoor zij van de markt zouden worden uitgesloten door de weigering dergelijke dienst aan te bieden.
149. In de onderhavige zaak is het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband met FS onmisbaar voor GVG wil de onderneming de dienst voor internationaal reizigersvervoer op het traject Domodossola-Milaan aan kunnen bieden. Hij is niet "substitueerbaar" met enige andere dienst, aangezien er geen andere spoorwegondernemingen zijn waarmee GVG een internationaal samenwerkingsverband zou kunnen aangaan om op dit traject te opereren⁹². Zoals in overweging 101 is uiteengezet, heeft GVG in dit stadium evenmin de keuze om in Italië een dochteronderneming op te richten teneinde zo een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met haar eigen dochteronderneming.

⁹¹ Zie noot 34.

⁹² Aangezien de markt in Italië nog niet is geliberaliseerd, bezit, afgezien van FS, geen andere Italiaanse spoorwegonderneming een vergunning op grond van Richtlijn 95/18/EG voor langeafstandsvervoer van reizigers per spoor.

150. Daarom zou de weigering van FS om met GVG onderhandelingen te beginnen met het oog op het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband een misbruik van een machtspositie vormen, tenzij dergelijke weigering op basis van objectieve gronden is gerechtvaardigd. FS heeft er in het algemeen weliswaar op gewezen dat er krachtens het Gemeenschapsrecht geen verplichting bestaat om een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan en dat zij een internationaal samenwerkingsverband enkel zou aangaan wanneer zij daarbij een commercieel belang had, maar toch heeft zij geen concrete redenen genoemd waarom zij dergelijke onderhandelingen niet kon aanvatten. Integendeel, FS heeft aangevoerd dat haar weigering met GVG te onderhandelen gerechtvaardigd was omdat de geplande GVG-dienst zou concurreren met diensten (inzonderheid de Cisalpino) die FS al op het traject Bazel-Milaan aanbood⁹³. Het behouden van haar monopolie op dit traject, is evenwel geen aanvaardbare rechtvaardiging voor de weigering van FS.
151. Minstens sinds augustus 1999 was FS ervan op de hoogte dat GVG met haar een internationaal samenwerkingsverband wil aangaan om een internationale dienst tussen Bazel en Milaan aan te bieden. Tot en met augustus 2002 heeft FS niet gereageerd op het verzoek van GVG. Op 27 juni 2003 hebben de partijen een overeenkomst voor een internationaal samenwerkingsverband ondertekend.
152. De Commissie concludeert derhalve dat FS door haar weigering om zonder enige objectieve rechtvaardiging met GVG een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan, gedurende de periode van augustus 1999 tot en met 27 juni 2003, haar machtspositie op de Italiaanse markt voor reizigersvervoer per spoor heeft misbruikt.

H.3. Beïnvloeding van de handel tussen lidstaten

153. GVG wil een internationale vervoerdienst aanbieden tussen Duitsland en Italië. Zoals is aangegeven, voert zij klanten vanuit Karlsruhe, Koblenz en Mannheim aan naar Bazel en biedt zij hun dan een dienst voor reizigersvervoer per spoor naar Milaan aan. Gezien de kenmerken van deze routes en de intense trafiek en aangezien een en ander een vervoerdienst tussen twee EU-lidstaten ongunstig beïnvloedt, wordt de handel tussen lidstaten door de supra beschreven misbruiken merkbaar ongunstig beïnvloed.

I. ARTIKEL 86, LID 2, VAN HET VERDRAG

154. FS beroept zich niet op de afwijking van artikel 86, lid 2, van het Verdrag om haar beleid te rechtvaardigen.
155. Met name heeft FS niet betoogd dat het verlenen van toegang aan GVG op het traject Domodossola-Milaan een bedreiging vormde voor FS om een haar opgelegde dienst van algemeen belang met handhaving van een economisch evenwicht uit te voeren. De Cisalpino-dienst, die FS in samenwerking met SBB aanbiedt, wordt niet uitgevoerd op grond van een openbare-dienstverplichting of een openbare-dienstcontract⁹⁴. Hetzelfde

⁹³ Dit wordt door FS erkend in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, punten 89 en 107.

⁹⁴ Als bedoeld in artikel 2 van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PB L 156 van 28.6.1969, blz. 1, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EEG) nr. 1893/91, PB L 169 van 29.6.1991, blz. 1.

geldt voor de treinen die zij in samenwerking met SBB via Chiasso en Domodossola laat rijden. Meer algemeen gezien, heeft FS niet betoogd dat het verlenen van toegang aan GVG eventuele openbare-dienstverplichtingen in gevaar brengt welke zij zou hebben in verband met vervoerdiensten die zij op het belangrijkste infrastructuurnetwerk in Italië aanbiedt. In ieder geval is de Commissie van oordeel dat er geen bewijzen voorhanden zijn dat het weigeren van toegang aan GVG op de markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor tussen Domodossola en Milaan noodzakelijk zou zijn om het financiële evenwicht van FS te handhaven in verband met haar basisdiensten⁹⁵.

J. TE NEMEN MAATREGELEN

J.1. Beëindiging van de inbreuk

156. Verordening nr. 17/62 is van toepassing op de misbruiken die de markt voor toegang tot infrastructuur en tractie betreffen. Deze laatste vallen buiten het toepassingsbereik van de specifieke procedureregels voor de transportsector en vallen onder de toepassing van Verordening nr. 17/62 voorzover het de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag betreft. Verordening nr. 1017/68 waarin de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren is vastgelegd, is van toepassing op het misbruik in verband met de weigering een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan op de markt voor de levering van reizigersvervoer per spoor.
157. In artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17/62 is bepaald dat, indien de Commissie een inbreuk op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag vaststelt, zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking kan verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken. Artikel 11 van Verordening nr. 1017/68 bevat vergelijkbare bepalingen.
158. FS (Trenitalia) heeft met GVG een overeenkomst voor een internationaal samenwerkingsverband gesloten en is het met GVG eens geworden over de voorwaarden van een contract voor tractie. FS (RFI) heeft ook toegezegd GVG de nodige treinpaden op het traject Domodossola-Milaan ter beschikking te stellen, zodra de overeenkomstige treinpaden door SBB op het Zwitserse net ter beschikking zijn gesteld voor het segment Bazel-Domodossola. De Commissie neemt er nota van dat, aangezien GVG's toetreding tot de markt werd vertraagd en als onderdeel van een algemene regeling tussen de partijen, FS (Trenitalia) en FS (RFI) aan GVG bijzondere voorwaarden hebben aangeboden om haar markttoetreding te faciliteren. Deze voorwaarden dienen als specifiek voor deze zaak te worden beschouwd.
159. De Commissie is van mening dat de door FS (Trenitalia) en FS (RFI) voorgestelde toezeggingen, die aan de onderhavige beschikking zijn gehecht, garanderen dat de inbreuk is beëindigd is en dat het misbruik zich niet meer zal herhalen.
160. De Commissie neemt er nota van dat, naast de bovengenoemde toezeggingen die zijn bedoeld om het specifieke probleem van GVG op te lossen, FS (Trenitalia) bovendien heeft toegezegd internationale samenwerkingsverbanden aan te gaan met andere

⁹⁵ Zie Beschikking 90/456/EEG van de Commissie van 1 augustus 1990 inzake het verrichten van internationale koeriersdiensten in Spanje, PB L 233 van 28.8.1990, blz. 19.

spoorwegondernemingen die in het bezit zijn van de vereiste vergunning en die een redelijk project voor een internationale spoorvervoerdienst voorstellen. FS heeft voor een periode van vijf jaar toegezegd op niet-discriminerende basis tractiediensten aan te zullen bieden aan andere spoorwegondernemingen die grensoverschrijdende reizigersdiensten willen leveren. De beschikbare capaciteit, als omschreven in de toezeggingen, zou nieuwkomers in staat moeten stellen om tot zeven internationale spoorvervoerdiensten naar Italië aan te bieden welke te vergelijken vallen met de door GVG geplande dienst. De prijs van de tractie zou gebaseerd zijn op de kostprijs van FS (Trenitalia), met inbegrip van onder meer een passende return op de kapitaalinvestering en onderhoudskosten voor het betrokken rollend materieel.

161. Deze algemene toezeggingen gaan zeker verder dan hetgeen nodig is om ten aanzien van GVG een eind te maken aan de inbreuken, maar de Commissie is van oordeel dat zij de toegang van diensten voor internationaal reizigersvervoer naar Italië sterk zullen faciliteren. Met deze toezeggingen worden de belangrijkste drempels voor markttoetreding weggenomen voor nieuwe ondernemingen op deze markt. Nieuwkomers zullen tijdig alle noodzakelijke informatie kunnen krijgen over treinpaden, zullen een internationaal samenwerkingsverband aan kunnen gaan en zullen de nodige tractiediensten krijgen om hun diensten op te starten. De door FS voorgestelde toezeggingen maken dus markttoetreding in een aanloopfase mogelijk, hetgeen zou moeten bijdragen tot het versterken van de concurrentie in de Europese spoorsector.

J.2. Artikel 15 van Verordening nr. 17/62 en artikel 22 van Verordening nr. 1017/68

162. Krachtens artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17 kan de Commissie onder meer geldboeten opleggen, binnen de in dat artikel bepaalde grenzen, wanneer de betrokken ondernemingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk hebben gemaakt op artikel 82. In artikel 22, lid 2, van Verordening nr. 1017/68 worden gelijksoortige bevoegdheden aan de Commissie verleend.
163. FS moet zich ervan bewust zijn geweest dat haar gedragingen in deze zaak, met name de weigering informatie te verstrekken over netwerktoegang, een potentiële toetreders verhinderden de relevante downstreammarkt te betreden. Voor een inbreuk op de mededingingsregels zoals in onderhavige zaak zouden normaalgesproken sancties worden opgelegd in de vorm van geldboeten die variëren naar gelang de ernst en de duur van de inbreuk.
164. In deze zaak ziet de Commissie evenwel af van het opleggen van een geldboete, met name omdat het hier een nieuwsoortige zaak betreft. GVG is immers de eerste en enige nieuw toetredende spoorwegonderneming die FS met het oog op het aangaan van een internationaal samenwerkingsverband heeft benaderd. Bovendien heeft FS toezeggingen gedaan die garanderen dat zij de misbruiken in de toekomst niet meer zal herhalen; deze toezeggingen zouden ook sterk moeten bijdragen tot het ontmantelen van toetredingsbarrières voor diensten voor internationaal reizigersvervoer per spoor naar Italië.

K. ADRESSAAT

165. Zoals in overwegingen 72-81 is uiteengezet, kan de FS-holdingmaatschappij als één enkele onderneming aansprakelijk worden gesteld. Mitsdien is de beschikking tot de FS-holdingmaatschappij gericht,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Door haar weigering een internationaal samenwerkingsverband aan te gaan met Georg Verkehrsorganisation GmbH met het oog op het aanbieden van een dienst voor internationaal reizigersvervoer per spoor tussen Duitsland en Italië op het traject Domodossola-Milaan, heeft Ferrovie dello Stato S.p.A. - in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag - misbruik gemaakt van haar machtspositie op de Italiaanse markt voor reizigersvervoer per spoor.

Deze inbreuk duurde van minstens augustus 1999 tot en met 27 juni 2003.

Artikel 2

Door haar weigering daadwerkelijk de verzoeken te behandelen van Georg Verkehrsorganisation GmbH om toegang te krijgen tot het spoorwegnet tussen Domodossola en Milaan met het oog op voormelde doeleinden, heeft Ferrovie dello Stato S.p.A. - in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag - misbruik gemaakt van haar machtspositie op de markt voor infrastructuurtoegang en zodoende GVG belet de markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor te betreden.

Deze inbreuk duurde van minstens september 1995 tot en met 24 juli 2002.

Artikel 3

Door haar weigering tractie te leveren aan Georg Verkehrsorganisation GmbH in de vorm van een locomotief, een gekwalificeerde machinist met routekennis en back-up met het oog op voormelde doeleinden, heeft Ferrovie dello Stato S.p.A. - in strijd met artikel 82 van het EG-Verdrag - misbruik gemaakt van haar machtspositie op de markt voor tractie en zodoende GVG belet de markt voor internationaal reizigersvervoer per spoor te betreden.

Deze inbreuk duurde van minstens december 1998 tot en met 27 juni 2003.

Artikel 4

Ferrovie dello Stato S.p.A. maakt onverwijld een eind aan de in de artikelen 1, 2 en 3 van de onderhavige beschikking bedoelde inbreuken, voorzover zij zulks nog niet heeft gedaan, en dient zich in de toekomst te onthouden van een herhaling van iedere gelijksoortige handeling of gedraging.

Artikel 5

Ferrovie dello Stato S.p.A. brengt, tot nader bericht van de Commissie dat zij zulks niet langer hoeft te doen, tweemaal per jaar bij de Commissie verslag uit over de tenuitvoerlegging van de toezeggingen die aan onderhavige beschikking zijn gehecht.

Artikel 6

Deze beschikking is gericht tot:

Ferrovie dello Stato S.p.A.
Piazza della Croce Rossa, 1
I-00161 Roma.

Deze beschikking vormt een executoriale titel overeenkomstig artikel 256 van het EG-Verdrag.

Gedaan te Brussel,

Voor de Commissie

Lid van de Commissie