



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Niende Afdeling)

28. februar 2019 *

»Præjudiciel forelæggelse – fremgangsmåder ved indgåelse af kontrakter inden for transportsektorerne – direktiv 2004/17/EF – anvendelsesområde – artikel 5 – tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane – en offentlig national jernbanevirksomhed, der udfører transporttjenester, og dennes tildeling af kontrakter om rengøring af den pågældende virksomheds tog – manglende forudgående offentliggørelse«

I sag C-388/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) ved afgørelse af 21. juni 2017, indgået til Domstolen den 29. juni 2017, i sagen

Konkurrensverket

mod

SJ AB,

har

DOMSTOLEN (Niende Afdeling),

sammensat af formanden for Tiende Afdeling, C. Lycourgos, som fungerende formand for Niende Afdeling, og dommerne E. Juhász (refererende dommer) og C. Vajda,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig V. Giacobbo-Peyronnel,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. juni 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Konkurrensverket ved N. Otte Widgren, P. Karlsson og K. Sällfors, som befuldmægtigede,
- SJ AB ved advokat A. Ulfsson og jurist M. Bogg,
- Europa-Kommissionen ved E. Ljung Rasmussen, G. Tolstoy, P. Ondrůšek og K. Simonsson, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. september 2018,

* Processprog: svensk.

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 5, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med to tvister mellem Konkurrenceverket (konkurrencestyrelse, Sverige) og SJ AB vedrørende dette selskabs angivelige tilsidesættelse af reglerne for fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med tildelingen af kontrakter om rengøringsydelser.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/17

- 3 Artikel 2 i direktiv 2004/17 med overskriften »Ordregivere« bestemmer i stk. 2:
»Dette direktiv gælder for ordregivere:
 - a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7
 - b) der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«
- 4 Artikel 5 i direktiv 2004/17 med overskriften »Transporttjenester« fastsætter:

»1. Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på foretagender, der betjener offentligheden med bustransport, som er udelukket fra anvendelsesområdet for [Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1993, L 199, s. 84)] i henhold til dettes artikel 2, stk. 4.«

Direktiv 2012/34/EU

- 5 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21. november 2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (EUT 2012, L 343, s. 32) sammenskriver en række omarbejdede direktiver inden for jernbanetransport i en enkelt retsakt. Blandt disse direktiver er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/14/EF af 26. februar 2001 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og

opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur (EFT 2001, L 75, s. 29), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/58/EF af 23. oktober 2007 (EUT 2007, L 315, s. 44). Direktiv 2012/34 trådte i overensstemmelse med artikel 66 heri i kraft den 15. december 2012.

6 Direktivets artikel 3 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

1) »jernbanevirksomhed«: enhver offentlig eller privat virksomhed med licens i henhold til dette direktiv, hvis hovedaktivitet består i godstransport og/eller passagertransport med jernbane, og som er forpligtet til at sørge for trækraften; udtrykket omfatter også virksomheder, der kun leverer trækraft

2) »infrastrukturforvalter«: ethvert organ eller enhver virksomhed, der navnlig er ansvarlig for anlæg, forvaltning og vedligeholdelse af jernbaneinfrastruktur, herunder trafikstyring, togkontrol og signaler; infrastrukturforvalterens funktioner på et net eller en del af et net kan tildeles forskellige organer eller virksomheder

[...]

18) »tildeling«: en infrastrukturforvalters tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet

[...]

20) »overbelastet infrastruktur«: en del af infrastruktur, hvor efterspørgslen efter infrastrukturkapacitet i visse perioder ikke kan imødekommes i fuldt omfang, selv ikke efter samordning af de forskellige ansøgninger om kapacitet

[...]

22) »samordning«: den proces, hvorved infrastrukturforvalteren og ansøgere forsøger at finde en løsning, hvis der foreligger indbyrdes modstridende ansøgninger om infrastrukturkapacitet

[...]

25) »net«: hele den jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en infrastrukturforvalter

26) »netvejledning«: den vejledning, der indeholder en detaljeret redegørelse for almindelige regler, tidsfrister, procedurer og kriterier for afgifts- og kapacitetstildelingsordningerne, herunder alle andre oplysninger, der er nødvendige for at kunne ansøge om infrastrukturkapacitet

27) »kanal«: den infrastrukturkapacitet, der er nødvendig for, at et tog kan køre fra et punkt til et andet i en bestemt periode

[...]«

7 Artikel 27 i direktiv 2012/34 med overskriften »Netvejledning«, som i det væsentlige gentager bestemmelserne i artikel 3 i direktiv 2001/14, som ændret ved direktiv 2007/58, har følgende ordlyd:

»1. Efter høring af de berørte parter udarbejder og offentliggør infrastrukturforvalteren en netvejledning, der skal kunne anskaffes mod betaling af en afgift, som ikke må overstige udgivelsesomkostningerne. Netvejledningen offentliggøres på mindst to af Unionens officielle sprog.

Netvejledningens indhold skal stilles gratis til rådighed i elektronisk format på infrastrukturforvalterens webportal og være tilgængelig via en fælles webportal. Webportalen etableres af infrastrukturforvalterne inden for rammerne af deres samarbejde i henhold til artikel 37 og 40.

2. Netvejledningen indeholder en redegørelse for karakteren af den infrastruktur, som er til rådighed for jernbanevirksomheder, og oplysninger om vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastruktur. Netvejledningen indeholder også oplysninger om vilkårene for adgang til servicefaciliteter koblet til infrastrukturforvalterens net og for levering af ydelser i disse faciliteter eller henviser til et websted, hvor oplysningerne stilles gratis til rådighed i elektronisk format. Netvejledningens indhold er fastlagt i bilag IV.

3. Netvejledningen ajourføres og ændres i nødvendigt omfang.

4. Netvejledningen offentliggøres mindst fire måneder inden udløbet af fristen for ansøgninger om infrastrukturkapacitet.«

8 Artikel 44 i direktiv 2012/34 med overskriften »Ansøgninger« bestemmer følgende i stk. 1 og 2:

»1. Ansøgere kan på offentlig- eller privatretligt grundlag indgive en ansøgning til infrastrukturforvalteren om en aftale, der giver ret til at benytte jernbaneinfrastruktur mod betaling af en afgift, som fastsat i kapitel IV, afdeling 2.

2. Ansøgninger, der vedrører den almindelige køreplan, skal respektere de i bilag VII fastsatte tidsfrister.«

9 Direktivets artikel 45, der har overskriften »Planlægning«, bestemmer følgende i stk. 1 og 2:

»1. Infrastrukturforvalteren imødekommer i videst muligt omfang alle ansøgninger om infrastrukturkapacitet, herunder ansøgninger om kanaler, der går over mere end ét net, og tager i videst mulig omfang hensyn til alle forhold af betydning for ansøgerne, herunder de økonomiske konsekvenser for deres virksomhed.

2. Infrastrukturforvalteren kan give bestemte transportydelser fortrinsstilling ved planlægningsprocessen og samordningen, jf. dog artikel 47 og 49.«

10 Nævnte direktivs artikel 46 med overskriften »Samordning« fastsætter:

»1. Hvis der opstår konflikter mellem forskellige ansøgninger under den planlægningsproces, der er omhandlet i artikel 45, forsøger infrastrukturforvalteren, gennem en samordning af ansøgningerne, at imødekomme alle ansøgninger i videst muligt omfang.

2. Hvis der opstår en situation, der kræver samordning, har infrastrukturforvalteren ret til inden for rimelige grænser at tilbyde infrastrukturkapacitet, der adskiller sig fra den, hvorom der er ansøgt.

3. Infrastrukturforvalteren tilstræber gennem høring af de berørte ansøgere at løse eventuelle konflikter. En sådan høring skal ske på grundlag af videregivelse af følgende oplysninger, der inden for en rimelig frist stilles gratis til rådighed i skriftlig eller elektronisk form:

[...]«

11 Samme direktivs artikel 47 med overskriften »Overbelastning af infrastrukturen« har følgende ordlyd:

»1. Hvis det efter samordning af ansøgningerne om kanaler og høring af ansøgerne ikke er muligt at imødekomme ansøgninger om infrastrukturkapacitet i tilstrækkeligt omfang, skal infrastrukturforvalteren omgående erklære det afsnit af infrastrukturen, hvor dette har gjort sig gældende, for overbelastet infrastruktur. Det samme gælder for infrastruktur, hvor der i nær fremtid kan forventes knaphed på kapacitet.

2. Hvis infrastrukturen er blevet erklæret for overbelastet, skal infrastrukturforvalteren foretage en kapacitetsanalyse i henhold til artikel 50, medmindre en kapacitetsforbedringsplan i henhold til artikel 51 allerede er under gennemførelse.

[...]

4. Prioriteringskriterierne skal tage hensyn til en transporttjenestes betydning for samfundet i forhold til enhver anden transporttjeneste, som derved udelukkes.

Med henblik på at sikre, at der i den forbindelse udvikles en tilfredsstillende transporttjeneste, især for at opfylde forpligtelsen til offentlig tjeneste eller for at fremme udviklingen af national og international jernbanespedition, kan medlemsstaterne, forudsat det ikke indebærer forskelsbehandling, træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de offentlige transporttjenester prioriteres højere i forbindelse med tildeling af infrastrukturkapacitet.

Medlemsstaterne kan i givet fald godtgøre infrastrukturforvalteren et eventuelt indtægtstab i forbindelse med, at en bestemt kapacitet tildeles visse tjenester i henhold til andet afsnit.

I forbindelse med disse foranstaltninger og denne godtgørelse skal der også tages hensyn til virkningerne af ovennævnte udelukkelse i andre medlemsstater.

[...]«

12 Bilag IV til dette direktiv med overskriften »Netvejledningens indhold« fastsætter:

»Netvejledningen, jf. artikel 27, skal indeholde følgende oplysninger:

- 1) Et afsnit om den infrastruktur, der er til jernbanevirksomhedernes rådighed, og om betingelserne for adgang til denne. Oplysningerne i dette afsnit skal hvert år bringes i overensstemmelse med eller henvises til de infrastrukturregistre, der skal offentliggøres i henhold til artikel 35 i direktiv 2008/57/EF.
- 2) Et afsnit om afgiftsprincipper og tariffer. Afsnittet skal indeholde de fornødne detaljerede oplysninger om afgiftsordningen og tilstrækkelige oplysninger om afgifter samt andre relevante oplysninger om adgang for de i bilag II anførte tjenesteydelser, der kun leveres af en enkelt leverandør. Det skal i detaljer beskrive den metode og de regler og, hvor det er relevant, skalaer, der anvendes i forbindelse med gennemførelsen af artikel 31 til 36, hvad angår både omkostninger og afgifter. Det skal indeholde oplysninger om allerede besluttede eller planlagte afgiftsændringer for de næste fem år, hvis oplysningerne foreligger.
- 3) Et afsnit om principperne og kriterierne for kapacitetstildeling. I afsnittet skal der redegøres for de generelle kapacitetskaraktistika ved den infrastruktur, der er til rådighed for jernbanevirksomheder, og for alle restriktioner for dens brug, herunder forventelige behov for

kapacitet til vedligeholdelse. Det skal desuden indeholde nærmere oplysninger om procedurer og tidsfrister vedrørende kapacitetstildelingen og indeholde de specifikke kriterier, der skal anvendes, herunder særlig:

- a) de nærmere vilkår, på hvilke ansøgere kan ansøge om kapacitet fra infrastrukturforvalteren
- b) de krav, der stilles til ansøgere
- c) tidsplanen for ansøgnings- og tildelingsprocessen, de procedurer, der skal følges ved anmodning om oplysninger om tidsplan, og de procedurer, der skal følges ved planlægning af planlagt og uforudset vedligeholdelsesarbejde
- d) de principper, der gælder for samordningsprocessen, og det tvistbilæggesystem, der er oprettet som led i denne proces
- e) de procedurer og kriterier, der anvendes, hvis infrastrukturkapaciteten er overbelastet
- f) nærmere oplysninger om restriktioner for brugen af infrastruktur
- g) de omstændigheder, under hvilke der tages hensyn til tidligere niveauer for kapacitetsudnyttelse ved fastlæggelsen af prioriteter for tildelingsprocessen.

[...]«

Svensk ret

- 13 Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (lov (2007:1092) om udbud inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (herefter »LUF«)) gennemfører bestemmelserne i direktiv 2004/17 i svensk ret.
- 14 I overensstemmelse med LUF's kapitel 1, § 8, stk. 1, er en virksomhed omfattet af loven, såfremt den består i tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige net i form af transporter med bl.a. jernbane. Af § 8, stk. 2, fremgår det, at et net til transporttjenester skal anses for at foreligge, såfremt tjenesten leveres på vilkår, som er fastsat af en kompetent myndighed, og som vedrører linjestrækninger, disponibel transportkapacitet, betjeningshyppighed og lignende forhold.
- 15 I LUF's kapitel 7, § 1, angives det, at en ordregivende enhed, som ønsker at tildele en kontrakt eller indgå en rammeaftale, skal offentliggøre et udbud, for så vidt andet ikke er bestemt.
- 16 Ifølge LUF's kapitel 17, §§ 1 og 2, kan tilsynsmyndigheden ved den almindelige forvaltningsdomstol anlægge sag med påstand om, at en ordregivende enhed skal betale en særlig afgift, hvis enheden har indgået aftale med en leverandør uden forudgående offentliggørelse.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 17 SJ er et aktieselskab, der udfører jernbanetransportvirksomhed, og som ejes fuldt ud af den svenske stat. I januar 2012 indgik SJ to aftaler på henholdsvis 56 mio. SEK og 60 mio. SEK (ca. 5 502 306 EUR og 5 895 328 EUR), i henhold til hvilke SJ tildelte kontrakterne om rengøring af de tog, som selskabet driver, uden at have iværksat en offentlig udbudsprocedure med henblik på indgåelsen af de omhandlede kontrakter.
- 18 Konkurrencestyrelsen anlagde i januar 2013 en sag ved Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige) med påstand om, at SJ blev pålagt en bøde, med den begrundelse, at denne virksomhed var forpligtet til at overholde offentliggørelsesforpligtelsen i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter, eftersom SJ udøvede en virksomhed, der består i tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige net i form af transporter som omhandlet i LUF's kapitel 1, § 8. SJ, som var af den opfattelse, at selskabets virksomhed ikke var omfattet af anvendelsesområdet for denne § 8, anfægtede konkurrencestyrelsens konklusioner. Førsteinstansen tiltrådte SJ's argumentation.

- 19 Konkurrencestyrelsen iværksatte appel ved Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen for forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige), som stadfæstede Förvaltningsrättens (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige) dom.
- 20 Denne ret tilsluttede sig førsteinstansrettens opfattelse af, at eftersom Trafikverket (transportmyndighed, Sverige) som transportinfrastrukturforvalter bevilgede de jernbanekanaler, som var nødvendige med henblik på at udføre jernbanetransportvirksomhed som sådan, og havde meget begrænsede muligheder for aktivt at påvirke SJ's udførelse af sine transporttjenester, kunne denne myndighed ikke betragtes som en myndighed, der pålægger dette selskab vilkår for at udøve sin virksomhed. Som følge heraf fandt appeldomstolen, at SJ's tjenester ikke kunne anses for at være stillet til rådighed på vilkår, som er fastsat af en kompetent myndighed som omhandlet i kapitel 1, § 8 i LUF. Den udledte heraf, at dette selskab derfor ikke var forpligtet til at overholde LUF i forbindelse med indgåelsen af de omhandlede kontrakter.
- 21 Konkurrencestyrelsen har iværksat appel til prøvelse af denne dom ved Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) med påstand om, at Domstolen skal anmodes om en præjudiciel afgørelse.
- 22 Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv [2004/17] fortolkes således, at der foreligger et net til transporttjenester, når transporttjenester på et statsligt forvaltet jernbanenet til national og international jernbanetrafik leveres i henhold til bestemmelser i national lovgivning, som gennemfører direktiv [2012/34], hvilke bestemmelser indebærer, at tildelingen af jernbaneinfrastrukturkapacitet baseres på ansøgninger fra jernbanevirksomheder, og at samtlige ansøgninger skal imødekommes i videst muligt omfang?
- 2) Skal artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv [2004/17] fortolkes således, at en virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed som omhandlet i direktiv [2012/34], og som indebærer, at offentligheden tilbydes transporttjenester på et jernbanenet, udgør tilrådighedsstillelse eller drift af net som omhandlet i bestemmelsen?»

Om anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling

- 23 Efter generaladvokatens fremsættelse af forslag til afgørelse har SJ ved dokument indgivet til Domstolens Justitskontor den 3. oktober 2017 anmodet om, at retsforhandlingernes mundtlige del genåbnes, med den begrundelse, at punkt 81 og 82 i forslaget til afgørelse var baseret på visse aspekter, der ikke var blevet behandlet under den skriftlige og mundtlige forhandling i forbindelse med den foreliggende præjudicielle procedure, bl.a. artikel 30 i direktiv 2004/17.
- 24 I denne henseende giver artikel 83 i Domstolens procesreglement Domstolen mulighed for til enhver tid, efter at have hørt generaladvokaten, ved kendelse at bestemme, at retsforhandlingernes mundtlige del skal genåbnes, navnlig hvis den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller såfremt sagen bør afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne.
- 25 Domstolen er af den opfattelse, at den har alle de oplysninger til rådighed, som er nødvendige, for at den kan træffe afgørelse vedrørende den anmodning om præjudiciel afgørelse, som den er blevet forelagt, og at sagen ikke skal behandles på grundlag af et argument fremført i anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling vedrørende den eventuelle anvendelse af artikel 30 i direktiv 2004/17.
- 26 Det er derfor ufornuddent at anordne genåbning af retsforhandlingernes mundtlige del.

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 27 Den forelæggende ret ønsker med de præjudicielle spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om SJ var forpligtet til at iværksætte en offentlig udbudsprocedure med henblik på indgåelsen af kontrakterne om rengøring af de tog, som selskabet driver.
- 28 Som generaladvokaten har anført i punkt 46 i forslaget til afgørelse, er det i denne henseende ikke bestridt, at SJ i sin egenskab af en virksomhed, som er ejet fuldt af staten, er en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17. Under forudsætning af, at selskabet udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 5, kan SJ derfor være en ordregivende enhed som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 2, litra a).
- 29 SJ har gjort gældende, at selskabet ikke udøver en sådan virksomhed. For det første har selskabet anført, at det ikke udøver virksomhed på et »net« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i det pågældende direktivs artikel 5, stk. 1, andet afsnit. For det andet har SJ gjort gældende, at selskabets virksomhed i forbindelse med udførsel af transportydelser ikke udgør »tilrådighedsstillelse« eller »drift« af nettet som omhandlet i den nævnte artikel.

Det første spørgsmål

- 30 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at der foreligger et net til udførsel af transporttjenester med jernbane i denne bestemmelses forstand, når transporttjenester i overensstemmelse med en national lovgivning, som gennemfører direktiv 2012/34, stilles til rådighed på en jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en national myndighed, som ved tildelingen af denne infrastrukturkapacitet er forpligtet til at imødekomme jernbanevirksomheders ansøgninger, så længe grænserne for denne kapacitet ikke er nået.
- 31 I henhold til artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 »[anses et net [f]or transportydelser for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat«.
- 32 Med henblik på at vurdere, om sådanne betingelser foreligger i den for den forelæggende ret verserende sag, er denne ret i tvivl om, hvilken betydning Trafikverkets forpligtelse som kompetent myndighed som omhandlet i artikel 5 i direktiv 2004/17 til at imødekomme alle ansøgninger om tildeling af infrastrukturkapacitet fra jernbanevirksomheder i videst muligt omfang skal tillægges.
- 33 SJ har anført, at selskabet udfører sine transporttjenester med jernbane i en situation med fri konkurrence på markedet uden at modtage statslig finansiering, at selskabets indtægter stammer fra salg af billetter, at selskabet ikke nyder nogen særstilling ved bedømmelsen af ansøgninger om jernbanekapacitet, og at al den transport, som selskabet udfører, følger af dets egen afgørelse.
- 34 Disse oplysninger, såfremt de må antages for godtgjort, kan dog ikke udelukke, at det fastslås, at de betingelser, hvorunder en jernbanevirksomhed, såsom SJ, udfører sine tjenester, er blevet fastsat af en kompetent myndighed.
- 35 En undersøgelse af den gældende lovgivning godtgør således, at dette er tilfældet.

- 36 Det skal bemærkes, at i henhold til artikel 27, stk. 1 og 2, i direktiv 2012/34 udarbejder og offentliggør infrastrukturforvalteren – i nærværende sag Trafikverket – en netvejledning, der indeholder en redegørelse for karakteren af infrastrukturen og oplysninger om vilkårene for adgang til jernbaneinfrastrukturen. Netvejledningens indhold er fastlagt i bilag IV til dette direktiv.
- 37 Ifølge dette bilag IV indeholder dette dokument principperne og kriterierne for kapacitetstildeling, herunder de krav, der stilles til ansøgere, de procedurer og kriterier, der anvendes, hvis infrastrukturkapaciteten er overbelastet, eller nærmere oplysninger om restriktioner for brugen af infrastruktur.
- 38 En ansøgning om infrastrukturkapacitet skal således i henhold til direktiv 2012/34 indgives af en jernbanevirksomhed til infrastrukturforvalteren i overensstemmelse med den af denne infrastrukturforvalter udarbejdede netvejledning og være i overensstemmelse med principperne og kriterierne i dette dokument. Det følger af disse forhold, at tildeling af en ret til at benytte jernbaneinfrastruktur er betinget af, at ansøgende virksomheder opfylder krav, der omfatter såvel deres mulighed for at indgive en ansøgning, som de betingelser, hvorunder disse virksomheder driver denne infrastruktur. Sådanne krav begrænser følgelig ansøgende virksomheders forretningsmæssige frihed i betydelig grad.
- 39 Selv om infrastrukturforvalteren med hensyn til selve proceduren for behandling af ansøgninger i henhold til artikel 45 i direktiv 2012/34 i videst muligt omfang skal imødekomme alle ansøgninger om infrastrukturkapacitet, er denne forvalter i overensstemmelse med dette direktivs artikel 46 i tilfælde af forskellige ansøgninger forpligtet til gennem en samordning af ansøgningerne at forsøge at imødekomme alle ansøgninger i videst muligt omfang. Infrastrukturforvalteren har således ret til inden for rimelige grænser at tilbyde infrastrukturkapacitet, der adskiller sig fra den, hvorom der er ansøgt – eller kan endog være afskåret fra at imødekomme visse ansøgninger.
- 40 Artikel 47 i direktiv 2012/34 indeholder bestemmelser i tilfælde af overbelastning af infrastrukturen, hvor infrastrukturforvalteren kan fastsætte prioriteringskriterier.
- 41 Selv om det må medgives, at en jernbanevirksomhed har en vis frihed til at fastsætte vilkår for at udøve sin transportvirksomhed, må det, henset til en samlet betragtning af de forpligtelser og begrænsninger, der påhviler den – i særdeleshed forpligtelsen til at opnå en kanal og til at overholde de dertil knyttede betingelser – fastslås, at de betingelser, hvorunder en jernbanevirksomhed udfører transporttjenesten, er blevet fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat, i nærværende sag Trafikverket, der handler som infrastrukturforvalter.
- 42 Denne vurdering bekræftes endvidere af analysen af tilblivelsen af artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17.
- 43 Som Europa-Kommissionen nemlig har anført, blev artikel 2, stk. 2, litra c), i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1990, L 297, s. 1), som i det væsentlige gentages i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17, indført for at undergive indgåelsen af kontrakter i sektoren for bustransporttjenester bestemmelserne i direktiv 90/531, og gav mulighed for at præcisere, at der ikke kun foreligger et net inden for transport, når der findes en fysisk infrastruktur, såsom jernbaner, men også et koordineret system af linjer med fastsatte betingelser, f.eks. inden for bustransport. Derimod havde EU-lovgiver ikke ved denne bestemmelse til hensigt at begrænse anvendelsesområdet for fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter inden for transporter, der udføres på et fysisk net.
- 44 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at der foreligger et net til udførsel af transporttjenester med jernbane i denne bestemmelses forstand, når transporttjenester i overensstemmelse med en national lovgivning, der

gennemfører direktiv 2012/34, stilles til rådighed på en jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en national myndighed, som tildeler denne infrastrukturkapacitet, selv om denne myndighed er forpligtet til at imødekomme jernbanevirksomheders ansøgninger, så længe grænserne for denne kapacitet ikke er nået.

Det andet spørgsmål

- 45 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at den virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed, og som består af udførelse af offentlige transporttjenester under anvendelse af jernbanenettet, udgør »tilrådgighedsstillelse« eller »drift af net« som omhandlet i dette direktiv.
- 46 I overensstemmelse med artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17 gælder dette direktiv for tilrådgighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.
- 47 Denne bestemmelse tager således sigte på to former for virksomhed, nemlig dels tilrådgighedsstillelse af net, dels drift af net.
- 48 Ifølge fast retspraksis skal fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af udtryk, som ikke er defineret i EU-retten, ske efter deres normale betydning i sædvanlig sprogbrug, idet der tages hensyn til den sammenhæng, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som de udgør en del af (dom af 12.6.2018, Louboutin og Christian Louboutin, C-163/16, EU:C:2018:423, præmis 20).
- 49 Ordet »drift« skal i denne forbindelse ud fra dets normale betydning forstås som anvendelse af en genstand eller udøvelse af en rettighed for at opnå en indkomst heraf. En jernbanevirksomheds drift af net består således for denne i at udøve retten til at anvende jernbaneinfrastrukturen for at opnå en fortjeneste heraf.
- 50 En sådan definition adskiller sig fra den, der skal gives »tilrådgighedsstillelse af net«.
- 51 Som generaladvokaten har anført i punkt 65 i forslaget til afgørelse, er »tilrådgighedsstillelse af net« nemlig en kompetence, som er tillagt infrastrukturforvalteren, ikke transportvirksomheden.
- 52 Som Kommissionen har bemærket, fremgik »tilrådgighedsstillelse af net« ikke af direktiverne før direktiv 2004/17, dvs. direktiv 90/531 og direktiv 93/38, da dette udtryk blev indføjet i direktiv 2004/17 med henblik på, at de heri fastsatte fremgangsmåder ligeledes finder anvendelse på drift af fysiske net, såsom jernbaner, baneanlæg, tunneler, broer og jernbaneoverkørsler.
- 53 På baggrund af det ovenstående skal det fastslås, at »drift af net« henviser til udøvelsen af retten til at anvende jernbanenettet til at udføre transporttjenester, mens »tilrådgighedsstillelse af net« henviser til forvaltning af nettet.
- 54 Henset til ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at den virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed, og som består af udførelse af offentlige transporttjenester under udøvelse af retten til at anvende jernbanenettet, udgør »drift af net« som omhandlet i dette direktiv.

Sagsomkostninger

⁵⁵ Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Niende Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester skal fortolkes således, at der foreligger et net til udførsel af transporttjenester med jernbane i denne bestemmelses forstand, når transporttjenester i overensstemmelse med en national lovgivning, der gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21. november 2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde, stilles til rådighed på en jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en national myndighed, som tildeler denne infrastrukturkapacitet, selv om denne myndighed er forpligtet til at imødekomme jernbanevirksomheders ansøgninger, så længe grænserne for denne kapacitet ikke er nået.**
- 2) **Artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at den virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed, og som består af udførelse af offentlige transporttjenester under udøvelse af retten til at anvende jernbanenettet, udgør »drift af net« som omhandlet i dette direktiv.**

Underskrifter