

RETTEENS DOM (Anden Afdeling)

15. september 1998 *

I de forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94,

European Night Services Ltd (ENS), London,

Eurostar (UK) Ltd, tidligere European Passenger Services Ltd (EPS), London,

ved Thomas Sharpe, QC, Bar of England and Wales, og solicitor Alexandre Nourry, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger, Hoss og Prussen, 15, Côte d'Eich,

sagsøgere, henholdsvis
i sagerne T-374/94 og T-375/94,

Union internationale des chemins de fer (UIC), Paris,

* Processprog: engelsk og fransk.

NV Nederlandse Spoorwegen (NS), Utrecht (Nederlandene),

ved advokat Erik H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

sagsøger i sag T-384/94,

Société nationale des chemins de fer français (SNCF), Paris, ved advokat Chantal Momège, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Alex Schmitt, 62, avenue Guillaume,

sagsøger i sag T-388/94 og
intervenient i sagerne T-374/94 og T-384/94,

støttet af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved Lindsey Nicoll, som befuldmægtiget, og K. Paul E. Lasok, QC, Bar of England and Wales, og med valgt adresse i Luxembourg på Det Forenede Kongeriges Ambassade, 14, boulevard Roosevelt,

intervenient,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, oprindeligt ved Francisco Enrique González Díaz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, dernæst ved ledende juridisk konsulent Giuliano Marengo, som befuldmægtigede, bistået af barrister Ami Barav, medlem af Bar of England and Wales og advokat i Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 94/663/EF af 21. september 1994 om anvendelse af EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/34.600 — Night Services) (EFT L 259, s. 20),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Kalogeropoulos, og dommerne C. W. Bellamy og J. Pirrung,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 22. oktober 1997,

afsagt følgende

Dom

De relevante retsregler

- 1 Rådets direktiv 91/440/EØF af 21. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT L 237, s. 25, herefter »direktiv 91/440«) har til formål at lette Fællesskabets jernbaners tilpasning til det indre markeds krav og at øge deres effektivitet. For det første sikrer det jernbanevirksomhedernes ledelsesmæssige uafhængighed for at gøre det muligt for dem at blive drevet efter de principper, som gælder for kommercielle virksomheder, idet artikel 5, stk. 3, herom bestemmer, at disse virksomheder »frit:

— sammen med én eller flere andre jernbanevirksomheder [kan] oprette en international sammenslutning

...

— [kan] føre kontrol med transporttydelserne og disses markedsføring samt fastsætte tarifferne ...

...

— [kan] udvikle deres markedsandel, skabe ny teknologi og nye transporttydelser samt anvende nye driftsmetoder

— [kan] påbegynde nye aktiviteter på områder, der har tilknytning til jernbanevirksomhed«.

2 For det andet bestemmer direktivet, at der skal være adskillelse mellem forvaltningen af jernbaneinfrastrukturen og jernbanetransportvirksomhedernes drift, hvorved udskillelsen af regnskaberne er obligatorisk og den organisatoriske udskillelse fakultativ (direktivets artikel 1 og del III).

3 Endelig er direktivet en første etape i en fremadskridende liberalisering af markedet for jernbanetransport, idet det for første gang bestemmer, at jernbanevirksomheder, der driver international kombineret transport, og sammenslutninger af jernbanevirksomheder fra den 1. januar 1993 på visse betingelser har ret til adgang til jernbaneinfrastrukturen i Fællesskabet.

4 I direktivets artikel 10 bestemmes nemlig følgende:

»1. Internationale sammenslutninger har ret til adgang til og ret til at udføre transittrafik i de medlemsstater, hvor de til sammenslutningerne hørende jernbanevirksomheder er etableret, samt ret til at udføre transittrafik i andre medlemsstater med henblik på udførelse af international transport mellem de medlemsstater, hvor de til sammenslutningerne hørende virksomheder er etableret.

2. De jernbanevirksomheder, der hører under anvendelsesområdet for artikel 2, tildeles på rimelige vilkår ret til adgang til andre medlemsstaters infrastruktur med henblik på udførelse af international kombineret godstransport.

...«

- 5 I denne forbindelse definerer direktivets artikel 3 jernbanevirksomhed som »enhver privat eller offentlig virksomhed, hvis hovedaktivitet består i godstransport og/eller passagerbefordring via jernbane, og som er forpligtet til at sørge for trækraften«. Ifølge samme bestemmelse betyder international sammenslutning af jernbanevirksomheder »enhver sammenslutning af mindst to jernbanevirksomheder, der er etableret i forskellige medlemsstater, med henblik på at drive international transportvirksomhed mellem medlemsstater«.
- 6 Den 19. juni 1995 vedtog Rådet til gennemførelse af direktiv 91/440 direktiv 95/18/EF om udstedelse af licenser til jernbanevirksomheder (EFT L 143, s. 70, herefter »direktiv 95/18«) samt direktiv 95/19/EF om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af infrastrukturafgifter (EFT L 143, s. 75, herefter »direktiv 95/19«).

Sagens faktiske omstændigheder

- 7 Den 29. januar 1993 modtog Kommissionen en anmodning om at erklære artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 1017/68 af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295, herefter »forordning nr. 1017/68«) uanvendelig på en række aftaler om passagertransport ad jernbane gennem Kanaltunnelen, subsidiært indrømme fritagelse for dem efter samme forordnings artikel 5.
- 8 Denne anmodning (herefter »anmeldelsen«) var blevet fremsat af European Night Services Ltd (herefter »ENS«) på vegne af British Rail (herefter »BR«), Deutsche Bundesbahn (herefter »DB«), NV Nederlandse Spoorwegen (herefter »NS«) og Société nationale des chemins de fer français (herefter »SNCF«). Anmeldelsen var ligeledes forudgående blevet godkendt af Société nationale des chemins de fer bel-

ges (herefter »SNCB«), som på dette tidspunkt havde mulighed for at vælge at deltage i ENS, en mulighed, der imidlertid faldt bort i juli 1993. SNCB er fortsat deltager i en af de driftsaftaler, der er indgået med ENS.

- 9 Den første af de anmeldte aftaler drejede sig om de fire ovennævnte jernbanevirksomheders (BR, SNCF, DB og NS) oprettelse — direkte eller gennem deres datterselskaber — af det i Det Forenede Kongerige etablerede selskab ENS, der har til formål at tilbyde og drive passager-nattogstrafik mellem Storbritannien og kontinentet gennem Kanaltunnelen på følgende fire ruter: London-Amsterdam, London-Frankfurt/Dortmund, Glasgow/Swansea-Paris og Glasgow/Plymouth-Bruxelles.
- 10 Ved skrivelse af 15. oktober 1997 meddelte ENS imidlertid Retten, at jernbane forbindelserne fra og til Bruxelles var blevet opgivet i december 1994, at ruten London-Frankfurt/Dortmund i august 1996 var blevet erstattet af ruten London-Köln, og at de eneste ruter, der nu er på tale, er London-Amsterdam/Köln.
- 11 Den 9. maj 1994 blev European Passenger Services Ltd (herefter »EPS«), der på tidspunktet for ENS-aftalernes anmeldelse var et datterselskab af BR, af BR overdraget til den britiske stat. Siden den 9. maj 1994 har EPS været en jernbanevirksomhed i henhold til artikel 3 i direktiv 91/440 ligesom SNCF, DB og NS (disse og EPS betegnes herefter »de berørte jernbanevirksomheder« eller »de stiftende virksomheder«). Samtidig blev også BR's andel i ENS overført til EPS. Ved skrivelse af 25. september 1997 underrettede ENS og EPS Retten om, at EPS' navn var blevet ændret til Eurostar (UK) Ltd (herefter »EUKL«), og anmodede om, at enhver henvisning til EPS skulle omfatte EUKL og vice versa. ENS og EPS meddelte endvidere, at den britiske stats kapitalinteresser i EPS den 31. maj 1996 var blevet overført til London & Continental Railways. I Det Forenede Kongerige tilhører næsten hele jernbanenettet og den tilknyttede infrastruktur, der tidligere ejedes af BR, i dag Railtrack, der forvalter jernbaneinfrastrukturen.

- 12 Den anden gruppe af anmeldte aftaler bestod af en række driftsaftaler, som ENS havde indgået med de berørte jernbanevirksomheder samt SNCB, og hvorefter disse hver skulle levere visse ydelser til ENS, herunder jernbanetrækkraft på deres net (lokomotiv med personale og banestrækning), rengøring i toget og vedligeholdelse af udstyr samt passagerservice. Herudover skulle EPS og SNCF levere jernbanetrækkraft på strækningen under Kanalen.
- 13 For at kunne drive passager-nattogstrafikken anskaffede de berørte jernbanevirksomheder med ENS som mellemlid — i henhold til en langfristet leasingaftale med en løbetid på 20 år, som i januar 1996 blev forlænget til 25 år — særligt rullende materiel, som kan køre på de forskellige jernbanenettet og i Kanaltunnelen, til en samlet pris af 136,7 mio. GBP, hvilket beløb i 1996 blev hævet til 158 mio. GBP, hvilket omfattede aftaleprisen, anslået pris på reservedele, ændringer, leveringsomkostninger, prøvekørsler og ibrugtagning samt udviklingsomkostninger.
- 14 ENS og de berørte jernbanevirksomheder anførte i anmeldelsen, at ENS i betragtning af konkurrencen fra fly, busser, færger og privatbiler kunne opnå en andel af markedet for den pågældende tjenesteydelse på i alt ca. 2,4% i kategorien forretningsrejser og ca. 5% i kategorien turistrejser. ENS og de berørte jernbanevirksomheder påpegede endvidere, at ENS' samlede markedsandele fortsat ville være ubetydelige, også selv om markedet for de pågældende ydelser blev defineret snævrere som alene omfattende de pågældende ruter. Ifølge anmeldelsen ville ingen af de berørte jernbanevirksomheder i øvrigt alene kunne drive en lignende trafik på de af ENS betjente ruter, og der var intet, der tydede på, at andre sammenslutninger havde udtrykt interesse for passager-nattogstrafik eller kunne drive en sådan trafik med fortjeneste. De anmeldende parter anførte endvidere, at ENS-aftalerne ikke skabte flere hindringer, end der allerede var for andre virksomheder, der ønskede at tilbyde tilsvarende tjenesteydelser. Sidstnævnte virksomheder kunne nemlig danne »internationale sammenslutninger« i dette begrebs forstand i artikel 3 i direktiv 91/440, som kunne få adgang til jernbaneinfrastrukturen, dvs. banestrækninger på de pågældende linjer, og som ikke ville have vanskeligheder med at skaffe kvalificeret personale og egnet rullende materiel.

- 15 I henhold til artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 1017/68 blev en meddelelse om anmeldelse af ENS-aftalerne offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 29. maj 1993 (meddelelse 93/C 149/07, EFT C 149, s. 10). Ved denne meddelelse underrettede Kommissionen de anmeldende virksomheder om, at det indtil videre var Kommissionens holdning, at de anmeldte aftaler kunne stride mod EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og at den endnu ikke havde truffet beslutning om, hvorvidt nævnte forordnings artikel 5 fandt anvendelse. Kommissionen opfordrede alle interesserede tredjeparter til at fremsætte deres bemærkninger inden 30 dage fra offentliggørelsen af meddelelsen.
- 16 Ved skrivelse af 23. juli 1993 meddelte Kommissionen de anmeldende virksomheder, at der herskede betydelig tvivl i henhold til artikel 12, stk. 3, i forordning nr. 1017/68 med hensyn til anvendeligheden af forordningens artikel 5 på de anmeldte aftaler.
- 17 Den 4. juni 1994 offentliggjorde Kommissionen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* en meddelelse i henhold til artikel 26, stk. 3, i forordning nr. 1017/68 (EFT C 153, s. 15), hvori den meddelte, at de anmeldte aftaler kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3, i traktaten, og artikel 53, stk. 3, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«), såfremt der opfyldtes en betingelse, som i det væsentlige var, at nye virksomheder hos de anmeldende parter kunne opnå de samme transporttydelser, som de anmeldende parter havde forpligtet sig til at levere til ENS. Kommissionen opfordrede samtidig alle interesserede tredjeparter til at fremsætte deres bemærkninger inden 30 dage fra offentliggørelsen af meddelelsen. Ingen tredjepart har imidlertid svaret på denne opfordring fra Kommissionen.

Den anfægtede beslutning

- 18 Den 21. september 1994 vedtog Kommissionen beslutning 94/663/EF om anvendelse af EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/34.600 — Night Services) (EFT L 259, s. 20, herefter »beslutningen« eller »den anfægtede beslut-

ning«). Beslutningen bygger på forordning nr. 1017/68, særlig artikel 5, hvori det hedder, at det i artikel 2 indeholdte forbud mod aftaler — der er affattet næsten enslydende med bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1 — med tilbagevirkende kraft kan erklæres for uanvendeligt på visse aftaler mellem virksomheder.

- 19 I beslutningen sondres der mellem to relevante produktmarkeder, nemlig dels markedet for transport af forretningsrejsende, for hvem rutefly, højhastighedstog og de af ENS tilbudte jernbaneydelser er substituerbare transportformer (betragtning 26), dels markedet for transport af passagerer, der rejser i deres fritid, og for hvem de alternative transportformer kan være fly på økonomiklasse, tog, bus og eventuelt personbil (betragtning 27).
- 20 I modsætning til, hvad anmelderne har påstået, har Kommissionen gjort gældende, at det geografiske marked ikke omfatter hele Det Forenede Kongerige, Frankrig, Tyskland og Benelux, men kun de fire ruter, der faktisk betjenes af ENS, nemlig London-Amsterdam, London-Frankfurt/Dortmund, Paris-Glasgow/Swansea og Bruxelles-Glasgow/Plymouth (punkt 29).
- 21 Under henvisning til Kommissionens meddelelse af 16. februar 1993 om vurdering i forhold til EØF-traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed (EFT C 43, s. 2, herefter »meddelelsen af 1993«) anføres det derefter i beslutningen, at ENS er et joint venture oprettet i samarbejdsøjemed (betragtning 30-37). Det fastslås nemlig, at de virksomheder, der har stiftet ENS, ikke har trukket sig permanent ud af det relevante marked, samt at de med de tekniske og økonomiske midler, de råder over, uden vanskelighed vil kunne etablere en international sammenslutning som omhandlet i artikel 3 i direktiv 91/440 til nattogstransport af passagerer. Det hedder i øvrigt i beslutningen, at disse virksomheder fortsat især vil være aktive på et marked på et tidligere trin end ENS' marked, nemlig markedet for de fornødne jernbaneydelser, som jernbaneselskaberne sælger til »transportvirksomheder«, herunder ENS. Joint venture-virksomheden ENS skal herefter

betragtes som en aftale, der falder ind under traktatens artikel 85, i lighed med de driftsaftaler, der er indgået mellem ENS og hver af de stiftende jernbanevirksomheder samt SNCB.

- 22 I beslutningen gøres der derefter rede for de konkurrencebegrænsninger, der følger af ENS-aftalerne (betragtning 38-53).
- 23 For det første har de pågældende aftaler elimineret eller i hvert fald betydeligt indskrænket de muligheder for konkurrence mellem stiftende virksomheder, som artikel 10 i direktiv 91/440 giver (betragtning 38-45). Ifølge beslutningen kan — for det første — såvel de eksisterende jernbanevirksomheder som eventuelle nye jernbanevirksomheder, herunder også datterselskaber af de eksisterende jernbanevirksomheder, påberåbe sig de rettigheder, der er fastsat i artikel 10, og for det andet kan medlemsstaterne vedtage mere liberale regler for adgang til infrastrukturen. Heraf følger f.eks., at DB og NS har mulighed for at oprette en international sammenslutning sammen med en britisk jernbanevirksomhed for at udføre international transport gennem Kanaltunnelen. En jernbanevirksomhed, der har været med til at stifte ENS, kan ligeledes selv påtage sig arbejde som »transportvirksomhed« eller oprette et specialiseret datterselskab som »transportvirksomhed« og således udføre internationale transporter ved at købe de fornødne jernbaneydelser hos de berørte virksomheder.
- 24 For det andet er der i betragtning af de stiftende virksomheders økonomiske styrke risiko for, at oprettelsen af ENS kan gøre det vanskeligt for andre transportvirksomheder, der vil kunne konkurrere med ENS, at få adgang til markedet (betragtning 46, 47 og 48). ENS' moderselskaber indtager fortsat en dominerende stilling hvad angår levering af jernbaneydelser i deres egne lande, bl.a. med hensyn til de speciallokomotiver, der skal benyttes i Kanaltunnelen. Da ENS har direkte adgang til disse ydelser og har særlige forbindelser med moderselskaberne, er der risiko for, at andre transportører stilles ringere i konkurrencen hvad angår køb af de fornødne jernbaneydelser. Der må desuden tages hensyn til, at BR og SNCF i medfør

af aftalen med Eurotunnel råder over en betydelig andel af den disponible plads på sporene til internationale tog i Kanaltunnelen.

- 25 Endelig forstærkes disse konkurrencebegrænsende virkninger af, at ENS indgår i et net af joint ventures mellem de stiftende virksomheder. BR/EPS, SNCF, DB og NS deltager nemlig i forskelligt omfang i et net af joint ventures inden for gods- og passagertransport, bl.a. via Kanaltunnelen. BR og SNCF er således med i Allied Continental Intermodal Services Ltd (herefter »ACI«), der driver kombineret godstransport, og BR har sammen med SNCB oprettet »Autocare Europe« til jernbanetransport af biler (betragtning 49-52).
- 26 Ifølge beslutningen opfylder de pågældende aftaler imidlertid, selv om de ikke er omfattet af den lovfæstede fritagelse, der er fastsat i artikel 3 i forordning nr. 1017/68 for tekniske aftaler — idet de ikke udelukkende har til formål og til følge at fremme tekniske forbedringer eller teknisk samarbejde i artikel 3's forstand (betragtning 55-58) — betingelserne i nævnte forordnings artikel 5 og i EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 (betragtning 59-70). Oprettelsen af ENS vil nemlig fremme den økonomiske udvikling, bl.a. ved at sikre konkurrencen mellem de forskellige transportformer, og brugerne vil få direkte fordele af oprettelsen af disse nye forbindelser. Endvidere er de konstaterede konkurrencebegrænsninger nødvendige, idet det må tages i betragtning, at der er tale om en helt ny forbindelse, som er forbundet med høj økonomisk risiko, som det vil være vanskeligt for en enkelt virksomhed at bære alene. Forudsat at der stilles en betingelse, som kan give garanti for, at transportvirksomheder, som konkurrerer med ENS, kan få adgang til markedet, vil oprettelsen af ENS således ikke udelukke enhver konkurrence på det relevante marked.
- 27 I beslutningen erklæres bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, følgelig uanvendelige på ENS-aftalerne i otte år, dvs. indtil den 31. december 2002 (beslutningens artikel 1), og til den meddelte fritagelse knyttes der i beslutningen den betingelse (herefter »den fastsatte betingelse«), at

»de jernbaneselskaber, der deltager i ENS-aftalen, efter behov tilbyder enhver international sammenslutning af jernbaneselskaber og enhver transportvirksomhed, som ønsker at drive passager-nattogstrafik gennem Kanaltunnelen, de samme fornødne jernbaneydelser, som de har forpligtet sig til at levere til ENS. Disse ydelser omfatter levering af lokomotiv med personale og plads på hvert nationalt jernbanelenet samt i Kanaltunnelen. Jernbaneselskaberne skal tilbyde disse ydelser på deres net på de samme tekniske og økonomiske vilkår som dem, de anvender over for ENS« (beslutningens artikel 2).

Retsforhandlinger

- 28 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 22. november 1994 har ENS og EPS hver anlagt en sag, der er registreret som henholdsvis sag T-374/94 og sag T-375/94.
- 29 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 5. december 1994 har Union internationale des chemins de fer (herefter »UIC«) og NS anlagt en sag, der er registreret som sag T-384/94.
- 30 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. december 1994 har SNCF anlagt en sag, der er registreret som sag T-388/94.
- 31 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 6. februar 1995 har Kommissionen i henhold til artikel 114 i Rettens procesreglement nedlagt påstand om afvisning af sag T-388/94. Sagsøgeren har fremsat sine bemærkninger til denne påstand den 20. marts 1995.

- 32 Den 28. juni 1995 har Retten (Første Udvidede Afdeling) ved kendelse besluttet at henskyde Kommissionens formalitetsindsigelse til afgørelse i forbindelse med sagens realitet og opfordret SNCF til at besvare en række skriftlige spørgsmål og fremlægge en række dokumenter.
- 33 Ved kendelser afsagt den 9. august 1995 af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling afvistes de begæringer, der var indgivet til Rettens Justitskontor den 3. april 1995 af De Internationale Forening af Hucklepack-selskaber (Union internationale des sociétés de transport combiné rail-route) om intervention til støtte for Kommissionens påstande i sagerne T-374/94, T-375/94 og T-384/94.
- 34 Ved kendelse afsagt den 9. august 1995 af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling blev SNCF's begæringer om intervention til støtte for sagsøgernes påstande i sagerne T-374/94 og T-384/94, der var indgivet til Retten den 9. maj 1995, taget til følge.
- 35 Ved kendelser afsagt den 14. juli og den 10. august 1995 af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling blev Det Forenede Kongeriges begæring om intervention til støtte for sagsøgernes påstande i sagerne T-374/94, T-375/95, T-384/94 og T-388/94 taget til følge.
- 36 Ved beslutning truffet af Retten den 2. oktober 1995 blev den refererende dommer tilknyttet Anden Udvidede Afdeling, hvortil sagerne derfor blev henvist.
- 37 Ved beslutning af 8. november 1996 henviste Retten sagen til en afdeling bestående af tre dommere.

- 38 Ved kendelse afsagt af formanden for Anden Afdeling den 6. august 1997 blev sagerne T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94 forenet med henblik på den mundtlige forhandling samt domsafsigelsen.
- 39 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Den har dog anmodet parterne om at besvare en række skriftlige spørgsmål, hvilket parterne har gjort inden for den fastsatte frist.
- 40 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmålene fra Retten under retsmødet, der blev afholdt den 22. oktober 1997.

Parternes påstande

- 41 I sagerne T-374/94 og T-375/94 har ENS og EPS nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes:

- a) enten at erklære artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og traktatens artikel 85, stk. 1, for uanvendelige, eller

b) at meddele en fritagelse uden den fastsatte betingelse og for en periode, der beregnes i forhold til varigheden af de forpligtelser, som jernbanevirksomhederne har indgået med henblik på at finansiere det rullende materiel

c) subsidiært at meddele fritagelse på en betingelse, der er nødvendig og står i rimeligt forhold til de påståede konkurrencebegrænsninger, for en periode, der beregnes i forhold til varigheden af de forpligtelser, som jernbanevirksomhederne har indgået med henblik på at finansiere det rullende materiel.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

42 SNCF, der intervenserer til støtte for sagsøgerens påstande i sag T-374/94, har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes:

a) enten at erklære artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og traktatens artikel 85, stk. 1, for uanvendelige, eller

b) at meddele en fritagelse uden den fastsatte betingelse og for en periode, der beregnes i forhold til varigheden af de forpligtelser, som jernbanevirksomhederne har indgået med henblik på at finansiere det rullende materiel.

43 Kommissionen har i sagerne T-374/94 og T-375/94 nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- SNCF's argumenter forkastes.
- Sagsøgerne og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

44 UIC og NS har i sag T-384/94 nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning erklæres ugyldig i sin helhed.
- Subsidiært erklæres beslutningens artikel 2 ugyldig, såvel som artikel 1, for så vidt varigheden af fritagelsen er begrænset til en periode på mindre end 20 år.
- Retten træffer enhver anden foranstaltning, som den skønner hensigtsmæssig.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

45 SNCF, som intervenerer til støtte for sagsøgernes påstande, har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres i sin helhed.

- Subsidiært erklæres beslutningens artikel 2 ugyldig, såvel som artikel 1, for så vidt varigheden af fritagelsen er begrænset til en periode på mindre end 20 år.
- Retten træffer enhver supplerende eller anden foranstaltning, som den skønner hensigtsmæssig.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

46 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den af UIC anlagte sag afvises, subsidiært frifindes Kommissionen.
- Kommissionen frifindes i den af NS anlagte sag.
- Intervenientens argumenter forkastes.
- Sagsøgerne og intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

47 SNCF har i sag T-388/94 nedlagt følgende påstande:

- Principalt annulleres den anfægtede beslutning.
- Subsidiært annulleres beslutningens artikel 2, idet den fastsatte betingelse er uberettiget, lige som artikel 1 annulleres, for så vidt som Kommissionen har meddelt en fritagelse, hvis varighed er mindre end 20 år.

— Retten træffer enhver foranstaltning, den finder hensigtsmæssig.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

48 SNCF har i sine bemærkninger til Kommissionens formalitetsindsigelse nedlagt følgende påstande:

— Sagen admitteres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

49 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises, subsidiært frifindes Kommissionen.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

50 Det Forenede Kongerige, der intervenserer til støtte for sagsøgernes påstande i sagerne T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

1. Formaliteten i sagerne T-374/94 og T-375/94

Parternes argumenter

- 51 Kommissionen finder, at sagerne skal afvises, for så vidt som sagsøgerne, ENS og EPS har påstået Kommissionen tilpligtet a) at erklære artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og artikel 85, stk. 1, i traktaten uanvendelige, b) at meddele en fritagelse, der ikke er underlagt den af Kommissionen fastsatte betingelse, og hvis varighed står i et rimeligt forhold til varigheden af den forpligtelse, jernbanevirksomhederne har indgået med henblik på at finansiere det rullende materiel, og c) subsidiært at meddele fritagelsen og samtidig knytte enhver betingelse til denne, der er nødvendig og står i rimeligt forhold til de påståede konkurrencebegrænsninger, for en periode, hvis varighed er afpasset efter varigheden af den forpligtelse, jernbanevirksomhederne har indgået med henblik på at finansiere det rullende materiel. Ifølge fast retspraksis kan Fællesskabets retsinstanser ikke rette påbud til fællesskabsinstitutionerne i forbindelse med et annulationssøgsmål baseret på traktatens artikel 173 (jf. senest Rettens dom af 24.1.1995, sag T-74/92, Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 115, præmis 75).
- 52 Sagsøgerne ENS og EPS har heroverfor anført, at Kommissionen ikke kræver deres sager afvist, for så vidt de har nedlagt påstand om annulation af beslutningen, og heller ikke bestrider Rettens mulighed for delvis at annullere beslutningen, nemlig den betingelse, der er fastsat i artikel 2 i beslutningens konklusion.

Rettens bemærkninger

- 53 Retten skal bemærke, at det efter fast retspraksis ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanser under udøvelsen af deres kompetence til at prøve retsakters lovlighed

at give institutionerne pålæg eller at træffe afgørelser på deres vegne, idet det påhviler vedkommende forvaltningsorgan at træffe de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af en dom i et annullationssøgsmål. Sagsøgernes påstande, som er gengivet i præmis 41, litra a), b) og c), ovenfor, skal derfor afvises (Rettens dom af 27.1.1998, sag T-67/94, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 200). Sagerne T-374/94 og T-375/94 skal derfor afvises, undtagen hvad angår påstanden om annullation af den anfægtede beslutning i dens helhed (se præmis 41 ovenfor).

2. Formaliteten i sag T-384/94

Parternes argumenter

54 Sagsøgerne UIC og NS har forklaret, at UIC er en international forening af jernbanevirksomheder, som alle større jernbanevirksomheder i Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater er medlemmer af, og hvis formål er at fremme samarbejdet mellem de nævnte medlemmer samt at udvikle jernbanetransporten i Europa ved at styrke denne transportforms interoperabilitet og hermed også dens konkurrenceevne. Ifølge artikel 2 i UIC's vedtægter skal UIC fastsætte normer og udarbejde retningslinjer og over for andre instanser repræsentere og beskytte medlemmernes fælles interesser. Fællesskabets jernbanevirksomheder er endvidere repræsenteret i en særlig gruppe ved navn »Det Europæiske Jernbanefællesskab« (herefter »EJF«).

55 Sagsøgerne har gjort gældende, at UIC, selv om foreningen ikke er adressat for den anfægtede beslutning, dog er umiddelbart og individuelt berørt i traktatens artikel 173's forstand, for så vidt som beslutningen umiddelbart berører de i Fællesskabet etablerede UIC-medlemmers (som repræsenteres af EJF) interesser samt UIC's egne interesser.

- 56 Hvad angår de i Fællesskabet etablerede UIC-medlemmers interesser har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning vil kunne modarbejde andre nyskabende samarbejdsinitiativer mellem jernbanevirksomheder på området international personbefordring. Sagsøgerne har tilføjet, at UIC's stævning bør admitteres i lighed med stævningerne, der er indgivet af de UIC-medlemmer, der er etableret i Fællesskabet, uanset om de er adressater for beslutningen eller ej.
- 57 Hvad angår UIC's egen retlige interesse i søgsmålet har sagsøgerne hævdet, at UIC selv er umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen, idet denne bringer opfyldelsen af et af foreningens vigtigste vedtægtsmæssige mål i fare, nemlig styrkelsen af de internationale jernbanenets konkurrenceevne. Sagsøgerne har tilføjet, at selv om UIC ikke har deltaget i den administrative procedure, der er gået forud for vedtagelsen af beslutningen (Rettens dom af 27.4.1995, sag T-442/93, AAC m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1329), har en af UIC's interne grupper, nemlig EJF, dog faktisk deltaget i forberedende møder før vedtagelsen af direktiv 91/440.
- 58 Kommissionen har gjort gældende, at UIC ikke er individuelt og umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning, og har hævdet, at Retten ikke kan undlade at tage stilling til UIC's søgsmålsberettigelse. En retspraksis, hvorefter det, i tilfælde, hvor en sag er anlagt i fællesskab af flere sagsøgere, er tilstrækkeligt, at en af disse er søgsmålsberettiget, for at sagen kan admitteres i sin helhed, kan skabe vanskeligheder hvad angår fordelingen af sagens omkostninger og den pågældende sagsøgers ret til efterfølgende at appellere dommen.
- 59 Kommissionen har tilføjet, at det fremgår af retspraksis, at en organisation i sin egenskab af repræsentant for en gruppe erhvervsdrivende ikke er individuelt berørt af en retsakt, som påvirker denne gruppes generelle interesser (Domstolens dom af 14.12.1962, forenede sager 16/62 og 17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes m.fl. mod Rådet, Sml. 1954-1964, s. 359, org. ref.: Rec. s. 901, og af 18.3.1975, sag 72/74, Union syndicale m.fl. mod Rådet, Sml. s. 401, samt Domstolens kendelse af 11.7.1979, sag 60/79, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays mod Kommissionen, Sml. s. 2429).

- 60 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at eftersom UIC ikke har deltaget i den administrative procedure forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning og ikke har fremsat nogen bemærkninger efter offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Officielle Tidende* af Kommissionens meddelelser af henholdsvis 29. maj 1993 og 4. juni 1994, har foreningen hverken interesse i eller beføjelse til at anlægge den foreliggende sag (Domstolens dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, af 11.10.1983, sag 210/81, Demo-Studio Schmidt, Sml. s. 3045, og Rettens dom af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147). Endelig kan den rolle, EJJ har spillet i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 91/440, ikke bevirke, at UIC bliver individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

- 61 Retten bemærker, at det ikke bestrides, at NS som adressat for den anfægtede beslutning er søgsmålsberettiget, og at det, da der er tale om et fælles søgsmål, ikke er nødvendigt at undersøge, om UIC er søgsmålsberettiget (Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 31, og Rettens dom af 22.10.1996, sag T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1399, præmis 51).

3. Formaliteten i sag T-388/94

Parternes argumenter

- 62 Kommissionen har anført, at den anfægtede beslutning blev meddelt sagsøgeren på selskabets hjemsted ved skrivelse dateret den 22. september 1994, som blev modtaget den 29. september, hvilket bekræftes af modtagelsesbeviset, som SNCF har stemplet den 29. september. Ifølge Domstolens dom af 26. november 1985 i sag 42/85, Cockerill-Sambre mod Kommissionen (Sml. s. 3749, præmis 11), er det ud fra et retssikkerhedssynspunkt forsvarligt, at meddelelsen om en retsakt frem-

sendes til det pågældende selskabs hjemsted, og en sådan fremgangsmåde sætter det pågældende selskab i stand til at få kendskab til den meddelte retsakt, uanset om den person, der ifølge adressatvirksomhedens interne regler er kompetent i denne forbindelse, faktisk har fået kendskab til retsakterne.

- 63 I betragtning af, at fristen for indgivelse af et annulationssøgsmål i henhold til artikel 102, stk. 1, i Rettens procesreglement i de tilfælde, hvor der er givet meddelelse, begynder at løbe dagen efter den dag, hvor der er givet meddelelse, og at fristen i den foreliggende sag er på i alt to måneder plus de seks dage, hvormed fristen forlænges under hensyn til afstanden (artikel 102, stk. 2, i Rettens procesreglement og bilag II, artikel 1, i Domstolens procesreglement), var fristen for SNCF's anlæggelse af sag til prøvelse af den anfægtede beslutning den 6. december 1994. Sagen blev anlagt den 13. december 1994 og må derfor helt åbenbart afvises som værende anlagt for sent (Domstolens dom af 5.6.1980, sag 108/79, Belfiore mod Kommissionen, Sml. s. 1769, af 12.7.1984, sag 209/83, Ferriera Valsabbia mod Kommissionen, Sml. s. 3089, præmis 14, og ovennævnte dom i sagen Cockerill-Sambre mod Kommissionen, præmis 10).
- 64 Kommissionen har afvist sagsøgerens argument om, at da beslutningen blev afleveret til en af virksomhedens ansatte, der ikke var kompetent til at modtage post, er det ikke dette modtagelsesbevis, der skal lægges til grund ved beregningen af søgsmålsfristen, men det andet modtagelsesbevis, der lå i kuerten sammen med beslutningen, og som blev underskrevet den 7. oktober 1994 af en person, der var kompetent hertil. Kommissionen har for det første fremhævet, at det andet modtagelsesbevis, der lå i kuerten sammen med beslutningen, i henhold til Rettens dom af 29. maj 1991 i sag T-12/90, Bayer mod Kommissionen (Sml. II, s. 219, præmis 20), under ingen omstændigheder udgør en ny meddelelse til forskel fra den meddelelse, der blev givet med posten, for den rigtige meddelelsesform er altid fremsendelse ved anbefalet brev med modtagelsesbevis, idet denne meddelelsesform gør det muligt at fastslå med sikkerhed, hvornår fristen begynder at løbe. Formålet med at fremsende det andet modtagelsesbevis er alene at sikre, at Kommissionen med sikkerhed kan fastslå, hvornår beslutningen er kommet til virksomhedens kendskab, såfremt postvæsenet svigter og ikke returnerer postmodtagelsesbeviset til Kommissionen. Formålet med — som en sikkerhedsforanstaltning — at sende det andet modtagelsesbevis er således ikke at tage højde for, at postvæsenet eventuelt ved en fejltagelse afleverer kuerten til en ansat hos adressaten, der ikke er bemyndiget til at modtage anbefalet post, men at tage højde for, at postvæsenet

sviger, idet det undlader at returnere modtagelsesbeviset. Det fremgår endvidere af fransk ret, at en meddelelse, der gives ved anbefalet brev med modtagelsesbevis, ikke anses for uforskriftsmæssig, selv om modtagelsesbeviset er underskrevet af en ansat hos adressatvirksomheden, der ikke er bemyndiget til at modtage anbefalet post.

- 65 Hvad angår SNCF's argument om, at der er tale om force majeure og omstændigheder, der ikke kunne forudses, har Kommissionen gjort gældende, at de interne kommunikationsproblemer, der har været hos adressatvirksomheden, ikke kan anses for omstændigheder, der ikke kunne forudses, eller som force majeure (dommen i sagen Cockerill-Sambre mod Kommissionen, a.st., præmis 12), særlig ikke når problemerne skyldes fejl begået af den sagsøgende virksomheds ansatte (Domstolens dom af 15.12.1994, sag C-195/91 P, Bayer mod Kommissionen, Sml. I, s. 5619, præmis 33).
- 66 Hvad endelig angår SNCF's argument om, at der foreligger en undskyldelig fejl, har Kommissionen hævdet, at dette begreb kun kan omfatte usædvanlige omstændigheder, hvor specielt den pågældende institution har udvist en adfærd, der må antages at kunne medføre en vildfarelse hos en retsundergiven, som er i god tro, og som har udvist den agtpågivenhed, der kan kræves af en normalt påpasselig erhvervsdrivende (Rettens dom af 15.3.1995, sag T-514/93, Cobrecap m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 621, præmis 40). Men i den foreliggende sag skyldes fejlen ikke Kommissionens, men en anden persons adfærd.
- 67 SNCF har bestridt, at meddelelsen er givet forskriftsmæssigt, og har subsidiært gjort gældende, at selv om meddelelsen er givet forskriftsmæssigt, kan omstændighederne omkring modtagelsen af den meddelte beslutning betragtes som force majeure eller omstændigheder, som ikke kunne forudses, eller som en undskyldelig fejl.
- 68 Hvad angår det forhold, at meddelelsen ikke er givet forskriftsmæssigt, har SNCF gjort gældende, at et anbefalet brev i henhold til artikel L 9 i den franske post- og telekommunikationslov skal afleveres personligt til adressaten eller dennes »befuldmægtigede«. Heraf følger, at det postmodtagelsesbevis, der viser, at SNCF

har modtaget den meddelte beslutning, er ugyldigt. Det er nemlig ikke underskrevet af en af de personer, som udtrykkeligt havde fået fuldmagt til at underskrive sådanne modtagelsesbeviser. Endvidere havde postbudet accepteret, at modtagelsesbeviset blev underskrevet af en person, der ikke havde fuldmagt hertil. Endelig var modtagelsesbeviset blevet returneret til Kommissionen af det franske postvæsen, uden at dette havde opfyldt sin pligt til at kontrollere, om der var overensstemmelse mellem underskriften fra den person, der faktisk havde underskrevet modtagelsesbeviset, og den befuldmægtigede persons underskrift.

- 69 SNCF har gjort gældende, at den omstændighed, at postmodtagelsesbeviset er underskrevet af en person med fuldmagt hertil, som arbejder i adressatvirksomhedens postafdeling, er afgørende for meddelelsens forskriftsmæssighed (Rettens dom af 29.5.1991, Bayer mod Kommissionen, a.st., præmis 4 og 20, og generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i ovennævnte sag Cockerill-Sambre mod Kommissionen, Sml. s. 3750), hvilket Kommissionen i øvrigt selv har anerkendt i ovennævnte sag Ferriera Valsabbia mod Kommissionen.
- 70 Ifølge SNCF følger det heraf, at det i den foreliggende sag er den almindelige blanket, der benyttes til at kvittere for modtagelsen, og som Kommissionen vedlægger den meddelte beslutning for med sikkerhed at kunne fastslå, hvornår beslutningen er kommet til virksomhedens kendskab, såfremt postvæsenet svigter (Rettens dom af 29.5.1991, Bayer mod Kommissionen, a.st.), der skal lægges til grund. De former for svigt, der er blevet behandlet i retspraksis, vedrører ikke alene de tilfælde, hvor postvæsenet ikke returnerer modtagelsesbeviset til Kommissionen, men også det tilfælde, at postvæsenet svigter ved selv at påføre modtagelsesbeviset en dato uden at få beviset underskrevet af en hertil bemyndiget repræsentant for adressatvirksomheden, således at en fejl begået af postvæsenet ved afleveringen af anbefalede breve bør føre til, at der ses bort fra de påførte oplysninger (Rettens dom af 6.4.1995, forenede sager T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 og T-112/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 54-60). Under disse omstændigheder må modtagelsesdatoen og hermed også meddelelsesdatoen være den 7. oktober 1994, som er anført på det andet modtagelsesbevis.

- 71 Subsidiært har SNCF hævdet, at, såfremt det antages, at selskabet har anlagt sagen for sent, skyldes forsinkelsen uforudseelige omstændigheder eller force majeure, idet SNCF ikke var herre over, at modtagelsesbeviset blev underskrevet af en person, der ikke var bemyndiget hertil, og idet virksomheden har udvist den omhu, der er nødvendig for at sikre en forskriftsmæssig modtagelse af anbefalede breve. SNCF har i denne forbindelse fremhævet, at det postbud, der afleverede den meddelte beslutning den 29. september 1994, var fuldt vidende om, at den person, der modtog beslutningen, ikke var bemyndiget hertil, og har yderligere anført, at de franske retter betragter aflevering af post til en ikke-bemyndiget person som en ansvarspådragende grov uagtsomhed fra postvæsenets side.
- 72 Selv om omstændighederne omkring meddelelsen af den anfægtede beslutning ikke udgør force majeure, må de ifølge SNCF i det mindste betragtes som en undskyldelig fejl. SNCF har herom for det første gentaget sine argumenter om, at postvæsenet ikke har fulgt SNCF's nøjagtige instrukser angående modtagelse af anbefalede breve, og har hævdet, at postvæsenets svigten i den foreliggende sag er et enkeltstående undtagelsestilfælde, når man tager i betragtning, hvorledes det normalt opfylder sine forpligtelser. Ifølge SNCF er der tale om en klart undskyldelig fejl, når postvæsenet undtagelsesvis svigter og derved skaber forvirring i adressatvirksomheden, idet begrebet undskyldelig fejl ikke er begrænset til de tilfælde, hvor det er Kommissionen der har skabt forvirringen (Domstolens dom af 15.12.1994, Bayer mod Kommissionen, a.st., præmis 26).
- 73 SNCF har endvidere kritiseret Kommissionen for, at denne har fulgt en meget lem-fældig praksis hvad angår meddelelse af beslutninger, og finder, at SNCF's fejl i den foreliggende sag til dels skyldes denne praksis. Når der er tale om skrivelser af væsentlig mindre betydning (oplysning om indgivelse af en klage, opfordring til at fremsætte bemærkninger), sørger Kommissionen nemlig omhyggeligt for at angive navnet på adressaten, mens Kommissionen i et tilfælde som det foreliggende frem-sender en endelig beslutning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmaal, uden at angive navnet på adressaten.

- 74 Endelig har SNCF henvist til det forvirrende og vildledende i Kommissionens praksis, der består i, at den fremsender sit eget modtagelsesbevis sammen med de beslutninger, den giver virksomhederne meddelelse om, uden at gøre adressaterne opmærksomme på, at en beslutning betragtes som meddelt, så snart adressaten har modtaget det anbefalede brev og underskrevet modtagelsesbeviset.

Rettens bemærkninger

- 75 Retten bemærker indledningsvis, at det er ubestridt, at søgsmålsfristen i den foreliggende sag var på to måneder og seks dage i henhold til traktatens artikel 173, stk. 3, sammenholdt med artikel 102, stk. 2, i Rettens procesreglement og bilag II, artikel 1, i Domstolens procesreglement, hvortil der henvises i den nævnte artikel 102, stk. 2.
- 76 Retten bemærker endvidere, at ifølge fast retspraksis er en streng overholdelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende procesfrister i overensstemmelse med hensynet til retssikkerheden og nødvendigheden af at undgå enhver forskelsbehandling eller vilkårlighed i retsplejen. Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at det ikke er nogen betingelse for, at en meddelelse gyldigt er sket på virksomhedens hjemsted, at den person, der ifølge adressatvirksomhedens interne regler er kompetent i denne forbindelse, faktisk har fået kendskab til den pågældende beslutning, og at en sådan er behørigt meddelt, så snart den er nået frem til adressaten, og denne har haft mulighed for at gøre sig bekendt med den (dommen i sagen Cockerill-Sambre mod Kommissionen, a.st., præmis 10, og dommen i sagen BASF m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 58 og 59).
- 77 Det må derfor undersøges, om meddelelsen til SNCF af den anfægtede beslutning er sket forskriftsmæssigt på de betingelser, der er fastsat i de franske regler for postomdeling, dvs. om beslutningen er afleveret til en ansat hos SNCF, der er behørigt bemyndiget til at modtage den (dommen i sagen BASF m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 60).

78 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at som det fremgår af dokumenterne i sagen og af SNCF's svar på Rettens skriftlige spørgsmål, har det franske postvæsen, selv om det er i besiddelse af gyldige fuldmagter fra SNCF, hvorved bestemte personer får bemyndigelse til at modtage post til SNCF's forskellige afdelinger og ansatte, ikke afleveret den anfægtede beslutning til en af disse personer, men til en tredjemand uden fuldmagt. Som sagsøgeren har understreget uden at blive modsagt af Kommissionen, må det franske postvæsens medarbejdere efter de gældende postomdelingsregler i Frankrig kun aflevere anbefalet post til de personer, der ved navn er angivet som adressater, eller, hvis disse ikke er til stede, til befuldmægtigede, dvs. til personer med en gyldig fuldmagt.

79 Heraf følger, at den anfægtede afgørelse, for så vidt som den i strid med ovennævnte regler blev afleveret til en ansat hos sagsøgeren, der ikke var bemyndiget til at modtage post, ikke er blevet meddelt SNCF forskriftsmæssigt, således at søgsmålsfristen først er begyndt at løbe fra tidspunktet for modtagelsen og underskrivelsen af det andet modtagelsesbevis, dvs. den 7. oktober 1994, og ikke fra tidspunktet for underskrivelsen af det første modtagelsesbevis den 29. september 1994. Retten finder ikke, at ovennævnte dom i sagen Cockerill-Sambre mod Kommissionen, som Kommissionen har påberåbt sig til støtte for sit anbringende om, at sagen er anlagt for sent, er relevant i den foreliggende sag, idet Cockerill-Sambresagen ikke drejede sig om, hvorvidt postvæsenet havde fulgt forskrifterne ved afleveringen af en kommissionsbeslutning til en ansat i adressatvirksomheden, der var behørigt bemyndiget til at modtage en sådan post, men om, hvorvidt adressatvirksomheden, som forskriftsmæssigt havde modtaget beslutningen på sit hjemsted, kunne begrunde en for sen anlæggelse af en annulationssag med henvisning til sine interne regler for, hvem der er kompetent til reelt at gøre sig bekendt med den post, som virksomheden havde fået tilsendt (se præmis 10 i ovennævnte dom i sagen Cockerill-Sambre mod Kommissionen). Det samme gælder Domstolens ovennævnte dom af 15. december 1994 i sagen Bayer mod Kommissionen, hvor det ikke blev bestridt, at meddelelsen om den anfægtede beslutning var givet forskriftsmæssigt af postvæsenet til en »befuldmægtiget« i Bayer's postafdeling. Også i denne dom drejede det sig alene om, hvorvidt Bayer, selv om der forskriftsmæssigt var givet meddelelse om Kommissionens beslutning på virksomhedens hjemsted, alligevel kunne henvise til fejl i de interne procedurer for at retfærdiggøre, at et annulationssøgsmål var anlagt for sent (dommens præmis 2 og 20). Som det netop er fremhævet, er det selve meddelelsens forskriftsmæssighed, det drejer sig om i den foreliggende sag, dvs. postvæsenets funktion (meddelelsens eksterne aspekt), og ikke SNCF-afdelingernes interne funktion (meddelelsens interne aspekt).

- 80 Herefter må sagen antages til realitetsbehandling, eftersom den er anlagt inden for de fastsatte frister.

Realiteten

- 81 Ifølge sagsøgernes anbringender og argumenter skal den anfægtede beslutning i det væsentlige annulleres af fire grunde: For det første foreligger der ingen af de situationer, der udgør overtrædelser i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, i den foreliggende sag, idet ENS-aftalerne ikke begrænser konkurrencen, hvorfor beslutningen er udtryk for en fejlagtig og ufuldstændig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og for en åbenbart urigtig retsanvendelse samt behæftet med en begrundelsesmangel; for det andet har Kommissionen ved at anvende konkurrencereglerne overskredet de relevante bestemmelser, der er fastsat ved direktiv 91/440; for det tredje har Kommissionen knyttet uforholdsmæssigt strenge betingelser til den meddelte fritagelse; for det fjerde er fritagelsesperioden for de anmeldte aftaler af for kort varighed (otte år). Endelig har SNCF i sag T-384/94 tillige gjort gældende, at den anfægtede beslutning bør annulleres, for så vidt som Kommissionen har antaget, at ENS-aftalerne ikke kunne være omfattet af den tekniske undtagelse i artikel 3 i forordning nr. 1017/68.

1. Det første anbringende om en fejlagtig og ufuldstændig bedømmelse af de faktiske omstændigheder og en åbenbart urigtig retsanvendelse og/eller tilsidesættelse af pligten til behørigt at begrunde den anfægtede beslutning, for så vidt som Kommissionen har antaget, at oprettelsen af ENS havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen

- 82 Dette anbringende falder i to led, hvor det første drejer sig om, at det relevante marked er defineret fejlagtigt, og at ENS-aftalerne ikke mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og det andet drejer sig om, at de nævnte aftaler ikke har konkurrencebegrænsende virkninger.

Første led: definitionen af det relevante marked og ENS-aftalernes manglende mærkbare påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

Parternes argumenter

- 83 Sagsøgerne har bemærket, at Kommissionen i beslutningen har defineret de pågældende markeder som markederne for transport af passagerer, der dels rejser i forretningsøjemed, dels som turister på hver af de ruter, der betjenes af ENS. Sagsøgerne har gjort gældende, at ENS' ydelser ud fra de efterspørgselsprognoser for 1995, der er indeholdt i deres anmeldelse (tabel 17, s. 26 i anmeldelsen), formentlig ikke tegner sig for mere end 4% af disse markeder (nemlig 2,4% af markedet for forretningsrejser og 5% af markedet for fritidsrejser). På baggrund af Kommissionens meddelelse af 3. september 1986 vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT 1986 C 231, s. 2), er disse markedsandele ubetydelige. Selv når hver rute undersøges for sig, fremgår det af tabel 17 i anmeldelsen, at de eneste markeder, hvor ENS formentlig tegner sig for over 4%, nemlig henholdsvis 6 og 7%, er markedet for fritidsrejser på ruten London-Amsterdam og London-Frankfurt/Dortmund. Hvad angår Kommissionens synspunkt, at en markedsandel på 5% er tilstrækkelig til, at den pågældende virksomhed kan betragtes som tilstrækkelig stor til principielt at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, har sagsøgerne henvist til Rettens domme af 8. juni 1995, Langnese-Iglo mod Kommissionen (sag T-7/93, Sml. II, s. 1533), og Schöller mod Kommissionen (sag T-9/93, Sml. II, s. 1611), hvorefter det fremgår, at en markedsandel på 5% i sig selv ikke er tilstrækkelig til at konkludere, at der består en væsentlig konkurrencebegrænsning. Det fremhæves endvidere i anmeldelsen, at ENS' markedsandel vil være statisk eller måske endog faldende, da markedet forventes at vokse hurtigere, end ENS vil være i stand til at øge afgangsfrekvensen på de pågældende ruter (anmeldelsen, s. 27, punkt II.4.c.6). Markedet for de to ovennævnte ydelser (forretningsrejser, fritidsrejser) er således meget stort, og det er klart, at ENS ikke vil være i stand til at påvirke ydelsernes pris, kvalitet og udbudsmængde og ej heller vil kunne udelukke eller svække konkurrencen.

- 84 Hvad angår Kommissionens påstand i svarskriftet, ifølge hvilken ENS' andel af markedet for forretningsrejser bør beregnes i forhold til flyafgangene først og sidst på dagen og ikke i forhold til samtlige afgang 24 timer i døgnet på en bestemt rute, har sagsøgerne gjort gældende, at dette udgør en omdefinering af det pågældende marked, som ikke understøttes af noget bevis.
- 85 Kommissionen har gjort gældende, at ENS' markedsandel ikke som foreslået af de anmeldende parter i anmeldelsen skal beregnes i forhold til det almindelige marked for passagertransport mellem Det Forenede Kongerige på den ene side og Frankrig, Tyskland og Benelux på den anden side, et geografisk marked, hvor ENS kun tegner sig for 2,4% af forretningsrejserne og 5% af fritidsrejserne, dvs. en samlet markedsandel på ca. 4%. Det relevante marked bør nemlig begrænses til de ruter, der faktisk betjenes af ENS, nemlig London-Amsterdam, London-Frankfurt, Paris-Glasgow/Swansea, Bruxelles-Glasgow/Plymouth (beslutningens betragtning 29). Ifølge denne definition tegner ENS sig for mindst 7% af forretningsrejsesegmentet og 8% af fritidsrejsesegmentet, hvis man går ud fra de tal, som parterne i ENS-aftalen har oplyst i deres anmeldelse.
- 86 Ifølge retspraksis kan en markedsandel på 5% begrunde, at den pågældende virksomhed betragtes som tilstrækkelig betydelig til, at dens adfærd principielt kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (Domstolens dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, af 7.6.1983, forenede sager 100/80, 101/80, 102/80 og 103/80, Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, og af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151). Den samme regel gælder for konkurrencebegrænsninger, der kan være en følge af en aftale mellem virksomheder. I denne forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, fremgår det ikke af ovennævnte domme i sagerne Langnese-Iglo mod Kommissionen og Schöller mod Kommissionen, at en markedsandel på over 5% i sig selv ikke er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger en væsentlig begrænsning af konkurrencen.

- 87 Ifølge Kommissionen er ENS' andel af forretningsrejsesegmentet på det pågældende marked endvidere meget større. Det fremgår nemlig af markedsanalysen i anmeldelsen, at ENS' andel af dette markedssegment alene bør beregnes på grundlag af flyafgangene først og sidst på dagen og ikke på grundlag af samtlige afgangene 24 timer i døgnet på en bestemt rute. Kommissionen har endvidere understreget, at prognosen vedrørende markedsandelen alene vedrører 1995, dvs. efter planerne det første driftsår for ENS-tjenesteydelserne, og at det i betragtning af de pågældende jernbanevirksomheders faktiske styrke på de pågældende markeder og i betragtning af disse virksomheders nuværende og potentielle kundekreds er sandsynligt, at denne markedsandel vil vokse. Følgelig finder Kommissionen det berettiget at antage, at ENS-aftalerne fjerner eller væsentligt begrænser konkurrencemulighederne.
- 88 Det Forenede Kongerige har som intervenient i sagen gjort gældende, at Kommissionens definition af de relevante markeder er kunstigt snæver. For det første skal det geografiske marked omfatte Det Forenede Kongerige, Frankrig, Belgien, Nederlandene, Luxembourg og Tyskland. For det andet er det kun i den del af beslutningen, der vedrører meddelelsen af en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at der tages hensyn til, at de relevante markeder omfatter forskellige transportformer. Endelig er Det Forenede Kongerige af den opfattelse, at parter i en aftale, som har en markedsandel på under 10%, i almindelighed ikke har nogen styrke på markedet, uanset størrelsen af deres omsætning, således at der, hvis man er under denne grænse, kræves særlige omstændigheder, for at den pågældende aftales konkurrencebegrænsende formål eller virkning kan siges at være tilstrækkelig skadelig eller mærkbar.
- 89 Kommissionen har svaret, at Det Forenede Kongeriges synspunkt, hvorefter kun en markedsandel på 10% kan berettige til at anvende traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder nogen støtte i retspraksis.

Rettens bemærkninger

- 90 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen med henblik på at vurdere ENS-aftalernes indvirkning på konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne

i den anfægtede beslutning har afgrænset to relevante markeder for tjenesteydelser, nemlig et marked for transport af forretningsrejsende, for hvem rutefly og højhastighedstog er substituerbare transportformer (det »intermodale« marked for forretningsrejser), og et marked for transport af passagerer, der rejser i deres fritid, og for hvem de alternative transportformer kan være fly på økonomiklasse, tog, bus og eventuelt personbil (det »intermodale« marked for fritidsrejser) (se beslutningens betragtning 26 og 27).

- ⁹¹ Kommissionen har i øvrigt under henvisning til Domstolens dom af 11. april 1989 (sag 66/86, Ahmed Saced Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803) skønnet, at det relevante geografiske marked bør begrænses til de ruter, som faktisk betjenes af ENS (beslutningens betragtning 28 og 29), nemlig:

— London-Amsterdam

— London-Frankfurt/Dortmund

— Paris-Glasgow/Swansea

— Bruxelles-Glasgow/Plymouth.

- ⁹² Da sagsøgerne ikke har anfægtet denne definition af det geografiske marked, skal ENS-aftalerne alene vurderes på grundlag af de fire ovennævnte særskilte geografiske markeder og alene på basis af, at der er tale om et intermodalt marked omfattende forskellige transportformer som f.eks. tog, fly, bus og bil. Det skal derfor på denne baggrund undersøges, om Kommissionen bedømte ENS' markedsandele korrekt, da den konkluderede, at ENS-aftalerne mærkbart påvirkede handelen mellem medlemsstaterne, når det tages i betragtning, at sagsøgerne i deres anmel-

delse anførte, at disse markedsandele ikke ville overstige den kritiske grænse på 5% og under alle omstændigheder ville være ubetydelige.

- 93 Retten bemærker i denne forbindelse, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen henvisning til hverken ENS' markedsandele eller markedsandelene for de øvrige virksomheder, der konkurrerer med ENS, og som også er til stede på de forskellige intermodale markeder, som Kommissionen betegner som de relevante markeder ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1. Heraf følger, at selv om det antages, at ENS-aftalerne er konkurrencebegrænsende, hvilket bestrides af sagsøgerne, kan Retten dog ikke, når der mangler en analyse af det relevante marked i den anfægtede beslutning, tage stilling til, om de formodede konkurrencebegrænsninger har en mærkbar indvirkning på handelen mellem medlemsstaterne og således henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, når navnlig henses til den intermodale konkurrence, som ifølge beslutningen selv præger de to relevante markeder for tjenesteydelser.
- 94 Først under retsforhandlingerne for Retten har Kommissionen for første gang henvist til parternes anmeldelse og hævdet, at det fremgår af anmeldelsen, at »selv på grundlag af ENS' forsigtige — og i sagens natur tilbageholdende — prognoser, som hviler på en snævrere definition af markedet, har Night Services en markedsandel på 7% i forretningsrejsesegmentet og 8% i fritidsrejsesegmentet«. Det er også først under den skriftlige forhandling, at Kommissionen for første gang har gjort gældende, at ENS' markedsandel for så vidt angår forretningsrejsesegmentet skal beregnes på grundlag af flyafgangene først og sidst på dagen og ikke på grundlag af samtlige tilbudte flyafgange i løbet af 24 timer i døgnet på en bestemt rute, og at en sådan beregning vil vise, at ENS' markedsandel faktisk er meget større.
- 95 Selv om Kommissionen ifølge fast retspraksis i sin begrundelse for de beslutninger, den træffer for at sikre anvendelsen af konkurrencereglerne, ikke har pligt til at komme ind på samtlige faktiske og retlige omstændigheder eller gøre rede for de

overvejelser, der har ført til beslutningen, er den dog i henhold til traktatens artikel 190 forpligtet til i hvert fald at nævne de omstændigheder og overvejelser, der har væsentlig betydning for beslutningen, og dermed give Fællesskabets retsinstanser og de berørte parter oplysning om, hvorledes den har anvendt traktaten (Domstolens dom af 17.1.1995, sag C-360/92 P, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. I, s. 23, præmis 39, Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 150, og af 19.2.1998, forenede sager T-369/94 og T-85/95, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 357, præmis 117). Endvidere fremgår det af retspraksis, at begrundelsen, medmindre særlige omstændigheder gør sig gældende, skal være indeholdt i selve beslutningen, og den kan ikke først fremgå af forklaringerne under en efterfølgende retssag (Rettens dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 131, af 21.3.1996, sag T-230/94, Farugia mod Kommissionen, Sml. II, s. 195, præmis 36, og af 12.12.1996, sag T-16/91 RV, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1827, præmis 45).

- 96 Det fremgår af ovennævnte retspraksis, at hvis en kommissionsbeslutning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er behæftet med væsentlige udeladelser, som f.eks. manglende angivelser af de pågældende virksomheders markedsandele, kan Kommissionen ikke afhjælpe denne mangel ved for første gang under sagen for Retten at fremlægge de oplysninger og andre undersøgelsesdata, der gør det muligt at fastslå, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, foreligger, medmindre der er tale om undersøgelsesdata, som ingen af parterne har bestridt under den forudgående administrative procedure.
- 97 Det fremgår imidlertid af de skøn, sagsøgerne har fremlagt i anmeldelsen, at ENS' markedsandele ikke forventedes at overstige 4%, og at disse markedsandele kun ved anvendelse af en snæver definition af markedet eventuelt kunne nå op på 7% for forretningsrejsemarkedet og 8% for fritidsrejsemarkedet (se punkt 2.1.2 i sammenfatningen af anmeldelsen), uden at dette dog ville påvirke konkurrencen mærkbart. Heraf følger, at hvad angår ENS-aftalernes påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne går sagsøgerne og Kommissionen ikke ud fra de samme forudsætninger, idet sagsøgerne mener, at de pågældende aftaler ikke påvirker handelen inden for Fællesskabet mærkbart. Følgelig påhvilede det Kommissionen at give en

fyldestående begrundelse for antagelsen om, at ENS-aftalerne påvirker handelen mellem medlemsstaterne mærkbart.

- 98 Det skal i øvrigt tilføjes, at selv hvis det antages, at Kommissionen kan vente, til sagen kommer for Retten, med at påberåbe sig oplysninger og andre undersøgel-sesdata til støtte for, at beslutningen er rigtig, er de konklusioner, Kommissionen har draget af parternes anmeldelse (se præmis 94 ovenfor), ikke korrekte. Det fremgår nemlig af tabel 17 i anmeldelsen (s. 26), at ENS' markedsandele hvad angår forretningsrejsesegmentet ligger under 5% på alle de pågældende ruter:

— London-Amsterdam	: 3%
— London-Frankfurt/Dortmund	: 3%
— Paris-Glasgow/Swansea	: 4%
— Bruxelles-Glasgow/Plymouth	: 1%

- 99 Hvad angår fritidsrejsesegmentet viser tabel 17 i parternes anmeldelse også, at ENS' markedsandel kun for to af de fire ruter, der betjenes af ENS, overstiger 5%, dog under alle omstændigheder uden at nå op på den af Kommissionen angivne grænse på 8%:

— London-Amsterdam	: 7%
— London-Frankfurt/Dortmund	: 6%
— Paris-Glasgow/Swansea	: 4%
— Bruxelles-Glasgow/Plymouth	: 4%

100 Det fremgår endvidere af anmeldelsen, at ENS' markedsandele på markedet for fritidsrejser fortsat vil blive, hvor de er, eller endog vil være faldende, når markedet som helhed vokser, som følge af ENS' begrænsede muligheder for at øge kapaciteten. Selv om det som nævnt er rigtigt, at Kommissionen ikke er forpligtet til at diskutere alle de faktiske og retlige spørgsmål, der er rejst under den administrative procedure før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, er denne sidste bemærkning fra de anmeldende parter dog et væsentligt argument til støtte for, at ENS-aftalerne ikke påvirker handelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Det kan således ikke som hævdet af Kommissionen konkluderes, at ENS' markedsandel på markedet for fritidsrejser ifølge anmeldelsen ligger på 8%, og end ikke, at den overstiger 5%.

101 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selv om det er rigtigt, at parterne i punkt 2.1.2 i sammendraget af anmeldelsen og i afsnit II.4.c.5.2.d) i anmeldelsen bl.a. har bekræftet, at ENS' markedsandel eventuelt kunne nå op på 7% i forretningsrejsesegmentet og 8% i fritidsrejsesegmentet, skal det understreges, at sådanne markedsandele ifølge de anmeldende parter kun kan tænkes at foreligge, såfremt markedet defineres mere snævert på grundlag af »by-til-by«-ruter (»city to city flows«), og kun hvis man ser bort fra anden konkurrence fra biler og busser. Endvidere bygger parterne med disse skøn på gennemsnitlige andele af et samlet geografisk marked og ikke på de fire ruter, der faktisk betjenes af ENS, og som Kommissionen netop har angivet som værende de forskellige relevante geografiske markeder, på grundlag af hvilke ENS-aftalerne skal bedømmes. Heraf følger, at Kommissionen ikke kan lægge ovennævnte markedsandele på henholdsvis 7% og 8% til grund, da den anfægtede beslutning for det første ikke har defineret de pågældende markeder i forhold til en »by-til-by«-trafik, men i forhold til en trafik omfattende flere destinationer (f.eks. Paris til Glasgow og Swansea), for det andet på ingen måde har holdt anden konkurrence fra biler og busser uden for definitionen af markedet, og endelig ikke har vurderet virkningerne af ENS-aftalerne på grundlag af et samlet geografisk marked, men på grundlag af de fire ruter, der faktisk betjenes af ENS.

102 Under alle omstændigheder skal det bemærkes, at selv om ENS' andel af turisttransportmarkedet som nævnt ovenfor faktisk oversteg 5% på visse ruter og således nåede op på 7% på ruten London-Amsterdam og 6% på ruten London-

Frankfurt/Dortmund (se præmis 94 ovenfor), falder en aftale ifølge retspraksis ikke ind under forbuddet i artikel 85, stk. 1, når den under hensyn til de interesserede parters svage stilling på markedet for de pågældende produkter eller tjenesteydelser kun i ringe omfang påvirker markedet (Domstolens dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69, org. ref.: Rec. s. 295, præmis 7). Hvad angår markedspåvirkningens kvantitative aspekt har Kommissionen gjort gældende, at artikel 85, stk. 1, i henhold til Kommissionens ovennævnte meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning finder anvendelse på en aftale, når de kontraherende parters markedsandel er på 5%. Retten bemærker dog, at det ikke af den blotte omstændighed, at denne grænse kan være nået og endog overskredet, kan udledes med sikkerhed, at en aftale er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. I punkt 3 i ovennævnte meddelelse hedder det faktisk ordret, at »den af Kommissionen givne kvantitative definition af mærkbarhedsbegrebet ... dog ikke [er] uden undtagelser«, og at det »... i konkrete tilfælde [er] absolut muligt, at også aftaler mellem virksomheder, som overskrider de ... angivne grænser, kun påvirker handelen mellem medlemsstaterne eller konkurrencen i ubetydeligt omfang og som følge heraf ikke falder ind under artikel 85, stk. 1« (se også dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, a.st., præmis 98). Endvidere skal det som et rent vejledende element nævnes, at denne analyse bekræftes af Kommissionens meddelelse af 1997 om aftaler af ringe betydning (EFT 1997 C 372, s. 13), som erstatter ovennævnte meddelelse fra Kommissionen af 3. september 1986, og ifølge hvilken selv aftaler, der ikke er af ringe betydning, kan falde uden for kartelforbuddet, fordi de udelukkende indvirker positivt på konkurrencen.

- 103 Under disse omstændigheder finder Retten, at når horisontale aftaler mellem virksomheder, der som i den foreliggende sag når eller ganske lidt overskrider den grænse på 5%, som Kommissionen selv betragter som en skillelinje, der kan begrunde anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er Kommissionen forpligtet til at give en tilstrækkelig begrundelse for, hvorfor den finder, at sådanne aftaler er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Dette gælder så meget desto mere i nærværende sag, hvor ENS, således som det er nævnt af sagsøgerne i anmeldelsen, skal drive virksomhed på markeder, der i stor udstrækning er domineret af andre transportformer som f.eks. fly, og hvor ENS' markedsandele som nævnt af sagsøgerne vil være uændrede eller faldende, fordi efterspørgslen på de relevante

markeder vil være stigende, mens ENS' muligheder for at øge kapaciteten vil være begrænsede. En sådan begrundelse er ligeledes påkrævet i den foreliggende sag, idet en aftale, som det blev fastslået af Domstolen i den ovennævnte dom i sagen *Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen*, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart, selv om de sagsøgende virksomheders markedsandel ikke overstiger 3%, forudsat at markedsandelene er større end de konkurrerende virksomheders (præmis 86).

- 104 Retten må konstatere, at der i den foreliggende sag ikke foreligger en sådan begrundelse.
- 105 Det fremgår af det ovenfor anførte, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen begrundelse, der gør det muligt for Fællesskabets retsinstanser at tage stilling til spørgsmålet om ENS' andele af de forskellige relevante markeder og dermed til spørgsmålet om ENS-aftalernes mærkbare indvirkning på handelen mellem medlemsstaterne, således at beslutningen af denne grund må annulleres.

Andet led: vurdering af ENS-aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger

Parternes argumenter

- 106 Sagsøgerne har gjort gældende, at ENS-aftalerne hverken begrænser konkurrencen mellem de stiftende virksomheder eller mellem disse og ENS eller i forhold til tredjemand, og at det net af joint venture-virksomheder, der findes på jernbanelmarkedet, ikke forstærker de påståede konkurrencebegrænsende virkninger. Sagsøgerne har endvidere hævdet, at ENS-aftalernes positive virkninger er større end de eventuelle negative virkninger af de påståede begrænsninger. Beslutningen er følgelig utilstrækkeligt begrundet eller er i hvert fald behæftet med åbenbare skønsfejl.

- 107 Hvad for det første angår konkurrencebegrænsningerne mellem de stiftende virksomheder og mellem disse og ENS har sagsøgerne gjort gældende, at det i betragtning af de store vanskeligheder, som jernbanevirksomhederne og ENS vil skulle overvinde, ikke kan hævdes, at der på de pågældende markeder vil kunne opstå en betydelig konkurrence mellem jernbanevirksomhederne omkring de nye ydelser, ENS vil tilbyde. ENS og EPS har i denne forbindelse henvist til en skrivelse af 27. april 1992 fra Lazard Brothers til BR (bilag 7 til anmeldelsen), hvoraf det fremgår, at ingen af jernbanevirksomhederne ville have båret disse risici alene, hvilket Kommissionen har erkendt i sin beslutning. Endvidere indebærer anskaffelse af rullende materiel forskellige faste omkostninger af et sådant omfang, at en virksomhed ikke kan opnå fortjeneste, medmindre dens produktion når op på et mindstevolumen som det, ENS håber at kunne opnå. Hver for sig ville ingen af jernbanevirksomhederne således have været i stand til at øge mængden af sine ydelser for at nå op på dette mindsteniveau.
- 108 UIC og NS har i denne forbindelse tilføjet, at der ikke kan være tale om begrænsning af den potentielle konkurrence mellem parterne i ENS-aftalerne, da ingen af jernbanevirksomhederne ifølge direktiv 91/440 ville være i stand til alene at betjene nogen som helst af de pågældende ruter, men ville være tvunget til at indgå i en international sammenslutning. Således kunne f.eks. ruten London-Amsterdam ikke være blevet betjent af SNCF og EPS uden NS' deltagelse. Da EPS og NS er »tvungne partnere« i enhver international sammenslutning, der betjener denne rute, kan der ikke være tale om en konkurrencebegrænsning, når kredsen også udvides til at omfatte SNCF, som ikke er aktuel eller potentiel konkurrent til NS eller EPS på den pågældende rute. Hvad angår det forhold, at ENS betjener en rute, der bl.a. går til Belgien, uden at den belgiske jernbanevirksomhed SNCB deltager i ENS-aftalerne, har sagsøgerne understreget, at det, at SNCB skal levere »fornødne ydelser« til ENS, er en følge af en rent kommerciel beslutning og ikke af en af fællesskabsretten pålagt forpligtelse.
- 109 For så vidt som de fire ruter, der betjenes af ENS, skal betragtes som fire særskilte geografiske markeder (beslutningens betragtning 29), vil konsekvensen ligeledes være, at de fire forbindelser skal betragtes som forbindelser, der ikke konkurrerer indbyrdes, således at en kombineret drift af disse fire ruter inden for rammerne af én sammenslutning ikke udgør nogen konkurrencebegrænsning.

- 110 Synspunktet om, at ENS-aftalerne begrænser konkurrencen mellem aftaleparterne og nye jernbanevirksomheder, herunder datterselskaber af eksisterende virksomheder, er ubegrundet. Hvis der er tale om nye virksomheder, er synspunktet uden relevans for en undersøgelse af eventuelle konkurrencebegrænsninger mellem de deltagende virksomheder. Påstanden om, at de stiftende virksomheder i andre lande, der betjenes af ENS, end deres eget hjemland vil kunne oprette datterselskaber, som kan få status som »jernbanevirksomhed« i direktiv 91/440's forstand, og sammen med hvilke de pågældende jernbanevirksomheder vil kunne arrangere nattransporter gennem en sammenslutning, der udelukker enhver anden deltager i ENS, er rent hypotetisk. For det første har ingen af de jernbanevirksomheder, der deltager i ENS, faktisk sådanne datterselskaber. For det andet har jernbanevirksomhederne ikke mulighed for at oprette datterselskaber med status af jernbanevirksomheder i de medlemsstater, hvor andre jernbanevirksomheder er etableret, i hvert fald ikke før gennemførelsen af de to forslag til direktiver, der skal supplere den ordning, der er fastsat i direktiv 91/440. I øvrigt ville det, selv om disse forslag allerede var gennemført, være fuldstændig urealistisk fra et kommercielt synspunkt at tro, at DB f.eks. vil oprette sin egen jernbanevirksomhed i Nederlandene for sammen med EPS at kunne betjene en natrute mellem Det Forenede Kongerige og Amsterdam uden at inddrage NS. Under alle omstændigheder er Kommissionens konklusioner så meget mere anfægtelige, som samarbejdet inden for ENS ikke er eksklusivt, idet ENS-aftalerne på ingen måde forhindrer deltagerne i at deltage i en sammenslutning, der konkurrerer med ENS.
- 111 Vedrørende dette punkt har SNCF tilføjet, at i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, har de enkelte jernbanevirksomheder ikke mulighed for at oprette et datterselskab i de øvrige medlemsstater med henblik på at danne en sammenslutning med datterselskabet, idet der findes lovbestemte monopoler i medlemsstaterne, og idet Rådet ikke har vedtaget nogen lovgivning, der giver en sådan etableringsret. I øvrigt vil det være uden betydning, hvis flere jernbanevirksomheder deltager i ENS-aftalerne, idet virksomhederne ikke betjener de samme ruter og derfor ikke er i konkurrence med hinanden på de enkelte relevante geografiske markeder. Endelig har SNCF understreget, at en enkelt virksomhed ikke alene kan bære de økonomiske risici, der er forbundet med oprettelsen af ENS, hvilket Kommissionen har erkendt i beslutningens betragtning 63.

- 112 Kommissionens argument om, at hver enkelt jernbanevirksomhed vil kunne spille rollen som »jernbanetransportvirksomhed« uden for virksomhedens hjemland ved at købe de nødvendige jernbaneydelser hos de pågældende virksomheder, bygger ligeledes på en urealistisk beskrivelse af markedet og er uforeneligt med den ordning, der er indført ved direktiv 91/440. Det er således ikke berettiget at antage, at f.eks. DB har interesse i at skabe en særlig struktur og forhandle om adgangsrettigheder med den britiske infrastrukturforvalter, SNCF og NS med henblik på at etablere en nattofsforbindelse mellem Amsterdam og London. Noget sådant vil i øvrigt slet ikke kunne lade sig gøre rent kommercielt, da ingen af parterne i ENS-aftalerne råder over de fornødne økonomiske og kommercielle midler.
- 113 Ifølge SNCF bygger Kommissionens argumenter ligeledes på en markedsdefinition, som er uforenelig med ordningen i henhold til direktiv 91/440. Ved at opstille en kunstig sondring mellem jernbanevirksomheder og en ny hypotetisk kategori af aktører på markedet benævnt »transportvirksomheder« har Kommissionen nemlig skabt adgangs- og transitrettigheder, som ikke har hjemmel i direktivet. Skal man følge Kommissionens tankegang, vil man i øvrigt nå frem til, at enhver international sammenslutning, der etableres, i sig selv begrænser konkurrencen, blot fordi sammenslutningens deltagere også kunne have etableret en anden sammenslutning. Et sådant ræsonnement er så meget mere uacceptabelt, som det vil være umuligt for de deltagende jernbanevirksomheder at afgøre, hvorledes ENS' ydelser skal struktureres, når den meddelte fritagelse er udløbet. Dette vil fratage Fællesskabets jernbanevirksomheder lysten til at tage andre initiativer og indføre nye internationale transportydelser.
- 114 Hvad for det andet angår den påståede begrænsning af andre virksomheders adgang til markedet (den anfægtede beslutnings betragtning 46, 47 og 48) har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionens analyse er behæftet med faktiske og retlige fejl. For det første bør muligheden for, at andre udelukkes, vurderes i forhold til de intermodale markeder, som joint venture-virksomheden vil betjene, og på hvilke der ifølge beslutningens betragtning 26 og 27 findes andre, substituerbare transportformer. Den pågældende analyse hviler imidlertid på en anden definition af markedet, nemlig markedet for levering af de nødvendige jernbaneydelser, hvilket ikke er det samme som det marked, der udtrykkeligt er defineret i beslutningen.

- 115 For det andet bygger Kommissionens vurdering på den fejlagtige opfattelse, at ENS skal betragtes som en »transportvirksomhed«, til hvilken moderselskaberne leverer jernbaneydelser. ENS er imidlertid ikke en transportvirksomhed, men en international sammenslutning af jernbanevirksomheder i direktiv 91/440's forstand, som er oprettet for at give de stiftende virksomheder mulighed for at levere international passagertransport i henhold til direktivets artikel 10, stk. 1. At modervirksomhederne har valgt at oprette sammenslutningen i selskabsform, har i denne forbindelse ingen betydning for ENS' retlige karakter. Eftersom de stiftende virksomheder selv gennem den pågældende sammenslutning leverer transportydelser til passagerne, kan der således, i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, ikke være noget marked på et tidligere trin, hvor der leveres jernbaneydelser til virksomheder, og et særskilt marked, hvor ENS driver virksomhed, således som det anføres i beslutningen. Under alle omstændigheder bygger Kommissionens konklusioner på den fejlagtige antagelse, at enhver »transportvirksomhed« uanset art (f.eks. en hotelkæde) har ret til at kræve lokomotiver stillet til rådighed.
- 116 For det tredje er Kommissionens argument baseret på den fejlagtige hypotese, at EPS er et helejet datterselskab af BR og/eller af den britiske infrastrukturforvalter Railtrack, og at det har en dominerende stilling i Det Forenede Kongerige, mens det faktiske forhold er, at EPS er blevet overdraget af BR til Det Forenede Kongeriges regering (se præmis 11 ovenfor) og langt fra indtager nogen dominerende stilling på noget marked. Således har EPS i sin skrivelse af 30. juni 1994 til Kommissionen (bilag 9 til stævningen) påpeget, at EPS hverken er infrastrukturejer eller -forvalter og kun har adgang til bestemte banestrækninger, der er forbeholdt selskabet, og som det har brug for på Det Forenede Kongeriges net, og som kun udgør en lille del af banestrækningerne på de pågældende ruter. EPS råder også kun over et lille jernbanepersonale og en begrænset lokomotivpark. Heraf følger, at EPS ikke indtager nogen dominerende stilling hvad angår adgang til det britiske nets infrastruktur.
- 117 For det fjerde har Kommissionen ikke forklaret, hvorledes de deltagende jernbanevirksomheders påståede økonomiske styrke som sådan kan udgøre en hindring for andre virksomheders adgang til markedet. Argumentet om de aktuelle eller potentielle konkurrenter samt om den skade, som de påståede særlige forbindelser

mellem jernbanevirksomhederne og ENS vil kunne påføre konkurrencen på markederne på et senere trin, er nemlig baseret på spekulation. Selv om jernbanevirksomhederne var de eneste, der var i besiddelse af lokomotiver, og selv om alle jernbanevirksomheder nægtede at stille lokomotiver til rådighed for en ny transportvirksomhed, ville virkningen på de relevante markeder — som er korrekt defineret — være minimal. Desuden er de deltagende jernbanevirksomheder ifølge direktiv 91/440 under alle omstændigheder forpligtet til i deres egenskab af infrastrukturforvaltere at levere visse ydelser til tredjemand. Hertil kommer, at anskaffelsen af lokomotiver (især brugte) ved leje, leasing eller andre midler ikke ville udgøre en meget stor investering for tredjemand, og der er faktisk grundlag for Kommissionens påstand om, at kun de pågældende jernbanevirksomheder råder over lokomotiver, eller at en nytilkommen virksomhed vil have svært ved at fremskaffe dem. Desuden er det muligt i stedet for at bestille fabriksnye eller specielt indrettede lokomotiver at tilpasse de eksisterende lokomotiver, således at disse kan køre i Kanaltunnelen. Under alle omstændigheder kan det forhold, at oprettelsen af et joint venture kræver visse større kapitalinvesteringer, ikke i sig selv betragtes som en hindring for adgangen til markedet. Over for henvisningen i Kommissionens indlæg til den udelukkelseeffekt, som aftalen om brug af Kanaltunnelen hævdes at ville få, har sagsøgerne anført, at Kommissionen har meddelt fritagelse for denne aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, og de har fremhævet, at de banestrækninger, som ENS vil bruge, vil være en del af de banestrækninger, som ifølge Eurotunnel-aftalen er forbeholdt SNCF og BR, således at antallet af banestrækninger, som er forbeholdt andre virksomheder, ikke er blevet mindre.

- 118 For det tredje har sagsøgerne hvad angår de konkurrencebegrænsende virkninger af et joint venture-net understreget, at disse andre joint venture-selskaber virker på andre markeder for produkter eller tjenesteydelser end det marked, hvor ENS vil operere, nemlig markedet for kombineret godstransport og markedet for jernbanetransport af køretøjer, og at de ikke driver konkurrerende virksomhed, ja end ikke komplementær virksomhed. Beslutningen indeholder ingen analyse af, hvorledes det påståede joint venture-net på jernbaneområdet skulle påvirke konkurrencen på markedet for passagertransport, og er desuden i strid med de principper, Kommissionen har opstillet i sin meddelelse af 1993.

- 119 Hvad endelig angår den samlede vurdering af ENS-aftalernes virkninger har ENS og EPS gjort gældende, at en aftales konkurrencefremmende virkninger ifølge Domstolens faste praksis (Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, *Société Technique Minière*, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig mod Kommissionen*, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, dommen i sagen *Metro mod Kommissionen*, a.st., dom af 8.6.1982, sag 258/78, *Nungesser og Eisele mod Kommissionen*, Sml. s. 2015, af 28.1.1986, sag 161/84, *Pronuptia*, Sml. s. 353, og af 28.2.1991, sag C-234/89, *Delimitis*, Sml. I, s. 935) skal afvejes mod aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Hvis de konkurrencefremmende virkninger er større end de konkurrencebegrænsende virkninger, og hvis de sidstnævnte er nødvendige for aftalens gennemførelse, kan aftalen ikke anses for at have til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.
- 120 Sagsøgerne har i denne forbindelse hævdet, at de pågældende aftaler i høj grad fremmer konkurrencen på de to relevante produktmarkeder som defineret i beslutningens betragtning 26 og 27. Især er markedet for transport af forretningsrejsende til destinationer, der betjenes af ENS, domineret af et mindre antal luftfartsselskaber, som ifølge den undersøgelse af de internationale passagerstrømme (*International Passenger Survey*), der er gennemført af Office of Population Censuses and Surveys, havde 74% af dette marked i 1991. Endvidere har ENS i sin anmeldelse godtgjort, at ENS kan få 7% af markedet, mens luftfartsselskaberne vil have 78%, og at oprettelsen af ENS således til en vis grad vil svække luftfartsselskabernes markedsdominans. I øvrigt har Kommissionen erkendt, at situationen er den samme for fritidsrejsemarkedet. Alt i alt skulle de pågældende aftaler således have en konkurrencefremmende virkning, der er større end de hypotetiske konkurrencebegrænsende virkninger.
- 121 Kommissionen har forklaret, at den omstændighed, at parterne i ENS-aftalerne har påberåbt sig store kommercielle risici og afholdt store omkostninger, ikke betyder, at det er usandsynligt, at der er mærkbar konkurrence mellem de pågældende jernbanevirksomheder på det relevante marked. Ifølge Kommissionen har en jernbanevirksomhed i en medlemsstat ret til sammen med en jernbanevirksomhed i en anden medlemsstat at oprette en international sammenslutning og udføre international transport ved at købe den plads på skinnerne, der er nødvendig for transporten gennem Kanaltunnelen, fra infrastrukturforvalteren Eurotunnel (beslutnin-

gens betragtning 42). Endvidere kan enhver jernbanevirksomhed, der deltager i ENS-aftalen, også selv optræde som »transportvirksomhed« og oprette et datterselskab til at udføre internationale transporter ved at købe de fornødne ydelser hos de berørte jernbaneselskaber (beslutningens betragtning 43 og 44). Ved at lægge udførelsen af denne transport og markedsføringen af disse ydelser i hænderne på ENS har sagsøgerne således betydeligt indskrænket konkurrencemulighederne på det pågældende marked (beslutningens betragtning 45). Endelig fremgår det af den tyske jernbanevirksomhed DB's beslutning om at oprette et joint venture sammen med de schweiziske og østrigske jernbaner med henblik på at tilbyde nattogsforbindelser mellem schweiziske, tyske og østrigske byer, at det hverken er urealistisk eller illusorisk at forestille sig, at en jernbanevirksomhed, som deltager i ENS-aftalerne, i Det Forenede Kongerige og/eller i andre medlemsstater opretter et datterselskab for at udføre nattransport.

- 122 Hvad angår den kendsgerning, at hver enkelt sagsøger er en tvungen partner i driften af de ruter, der betjenes af ENS, har Kommissionen svaret, at ENS ikke er en jernbanevirksomhed i direktiv 91/440's forstand, men en »transportvirksomhed«, som køber de fornødne jernbaneydelser hos jernbanevirksomhederne. At Bruxelles-Glasgow/Plymouth-ruten skal drives af ENS, selv om SNCB ikke deltager i aftalen, viser endvidere, at det ikke er en ufravigelig betingelse for at udføre den pågældende transport, at hver af de fire jernbanevirksomheder, der er etableret i de pågældende medlemsstater, deltager.

- 123 Hvad angår sagsøgernes argument om, at de pågældende jernbanevirksomheder ikke har mulighed for at oprette datterselskaber med status som jernbanevirksomheder i de forskellige medlemsstater og således danne andre internationale sammenslutninger i konkurrence med ENS, har Kommissionen gjort gældende, at der ikke er nogen retlig hindring for jernbanevirksomhedernes etablering i andre medlemsstater. Princippet om fri etableringsret, der er fastsat i traktatens artikel 52, har været fuldt ud gældende siden overgangsperiodens udløb, således at det er uden betydning, at Rådet, da den anfægtede beslutning blev vedtaget, endnu ikke havde vedtaget forslaget til direktiv om jernbanevirksomhedernes licenser, idet formålet

med et sådant direktiv alene er at lade den frie etableringsret og ikke at skabe en sådan ret (Domstolens dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631).

- 124 Hvad angår sagsøgernes argument om, at den ordning, der er skabt ved direktiv 91/440, ikke tillader jernbanevirksomhederne at oprette et datterselskab som transportvirksomhed, har Kommissionen fremhævet, at dette direktiv ganske vist alene finder anvendelse på jernbanevirksomheder, hvis hovedaktivitet består i godstransport og/eller passagerbefordring via jernbane, og som er forpligtet til at sørge for trækraften (artikel 3), men de transportvirksomheder, der ikke selv har status som jernbanevirksomheder i henhold til direktivets artikel 3, og som således ikke har adgang til jernbaneinfrastrukturen, kan alligevel tilbyde godstransporttydelser via jernbane og/eller tjenesteydelser ved hos jernbanevirksomhederne at købe trækraft og ret til adgang til jernbaneinfrastrukturen. Det er netop på denne måde, ACI opererer inden for kombineret transport og ENS inden for passagertransport.
- 125 Kommissionen har i denne forbindelse understreget, at den allerede fremførte dette synspunkt i sine skrivelser til de anmeldende parter af 29. oktober 1993 (svarskriftet, bilag 4) og af 28. februar 1994, og at ENS' formand efter at have rådført sig med de jernbanevirksomheder, der deltager i ENS, ved skrivelse af 13. april 1994 til Kommissionen (svarskriftet, bilag 6) har bekræftet deres aftale om levering af nattransport til ENS' konkurrenter på samme ruter.
- 126 Hvad angår den omstændighed, at ENS-aftalerne ikke indeholder nogen bestemmelse om eksklusivitet og således ikke forhindrer de jernbanevirksomheder, der ønsker det, i at danne forskellige internationale sammenslutninger, der kan konkurrere med ENS, har Kommissionen understreget, at denne mulighed er højst usandsynlig, idet de pågældende jernbanevirksomheder under den administrative procedure har insisteret på nødvendigheden af at forene deres erfaringer og økonomiske ressourcer for at gøre ENS til en kommerciel succes.

- 127 Kommissionen har endvidere bestridt klagepunktet om, at den har fejlvurderet ENS-aftalens restriktive virkninger over for tredjemand, og har på dette punkt henvist til betragtning 46 og 48 i den anfægtede beslutning. Kommissionen finder, at selv om oprettelsen af ENS ikke begrænser udenforstående virksomheders adgang til de øvrige transportformer, som er substituerbare med de af ENS tilbudte ydelser, vil det forhold, at ENS består af stærke jernbanevirksomheder, som kontrollerer både anvendelsen af jernbaneinfrastrukturen og leveringen af trækraft, alligevel hindre jernbanevirksomhedernes og transportvirksomhedernes adgang til det relevante markeds jernbanesegment. Ifølge Kommissionen kræves det ikke nødvendigvis, at det er adgangen til alle markedssegmenter, der hindres, når der som i den foreliggende sag er tale om et sammensat marked. Kommissionen har tilføjet, at den omstændighed, at Eurotunnel-aftalen mellem Eurotunnel, BR og SNCF er blevet fritaget i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, ikke gør det irrelevant at vurdere den økonomiske stilling for EPS og SNCF, som råder over 75% af de banestrækninger, der er forbeholdt internationale tog i Kanaltunnelen.
- 128 Hvad angår konkurrencebegrænsningerne som følge af leveringen af de fornødne jernbaneydelser til ENS har Kommissionen erkendt, at med hensyn til banestrækningerne kan de internationale sammenslutninger i medfør af direktivet få adgang til infrastrukturen direkte hos infrastrukturforvalterne. Dette gælder imidlertid ikke transportvirksomhederne, hverken hvad angår levering af banestrækninger eller hvad angår levering af trækraft og kvalificeret personale. Da trækraften kun kan leveres af jernbanevirksomhederne, og da disse virksomheder råder over både de lokomotiver, der skal bruges i Kanaltunnelen, og det specialiserede personale, der skal bemane lokomotiverne, kan det med føje antages, at erhvervsdrivende, der forsøger at skaffe tilsvarende ydelser, vil blive stillet ringere, såfremt de ikke opnår ydelserne fra ENS' moderselskaber på ikke-diskriminerende vilkår.
- 129 Hvad angår de stiftende virksomheders deltagelse i et joint venture-net har Kommissionen gjort gældende, at dette net er oprettet med henblik på levering af gods- og passagertransportydelser og består af virksomheden Intercontainer, som alle de anmeldende parter er medlemmer af, virksomheden ACI, der er oprettet af BR, SNCF og Intercontainer, samt endelig virksomheden Autocare Europe. Argumentet om, at de forskellige joint ventures på områderne kombineret godstransport og

jernbanetransport af biler ikke vil påvirke en passager-nattogstrafik som den, der drives af ENS, kan ikke tages til følge, idet konkurrencen ifølge meddelelsen af 1993 især begrænses, når konkurrerende partnere i én og samme oligopolistisk opbyggede sektor opretter stadig flere joint ventures for komplementære eller forskellige produkter eller tjenesteydelser.

- 130 Kommissionen har endelig afvist argumentet om, at de af sagsøgerne citerede sager viser, at Kommissionen er forpligtet til at anvende et rimelighedskriterium (»rule of reason«) og vurdere de positive og negative virkninger, som den pågældende aftale har på konkurrencen. En sådan fremgangsmåde skal kun anvendes i forbindelse med traktatens artikel 85, stk. 3, men ikke ved vurderingen af konkurrencebegrænsningerne på grundlag af traktatens artikel 85, stk. 1.
- 131 Det Forenede Kongerige har som intervenient for det første gjort gældende, at Kommissionen ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, på ENS-aftalerne ikke har taget hensyn til den økonomiske sammenhæng og særlig ikke til den konkurrence, der ville bestå, hvis aftalerne ikke fandtes. ENS-aftalerne begrænser ikke konkurrencen, idet deres formål er at gøre det muligt og lettere at tilbyde en tjenesteydelse, som hidtil ikke er blevet ydet, og som ingen af parterne med rimelighed kan forventes at tilbyde alene.
- 132 Forskellige afsnit i betragtningerne til den anfægtede beslutning bekræfter i øvrigt ENS-aftalernes konkurrencefremmende virkning, den tilbudte ydelses karakter af noget nyt, de store økonomiske risici, aftalerne indebærer, den økonomiske og tekniske berettigelse af et samarbejde, hvorved der sker en sammenlægning af know-how, og nødvendigheden af at vente flere år, før investeringerne bliver rentable (beslutningens betragtning 59, 61, 63, 64 og 74-77). Det er således betegnende, at disse konstateringer kun findes i den del af beslutningen, der vedrører spørgsmålet om fritagelse for ENS-aftalerne, og ikke i den del, der vedrører anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1.

- 133 I øvrigt giver den anfægtede beslutning ikke en fyldestgørende forklaring på, hvorledes ENS' moderselskaber faktisk konkurrerer eller kunne konkurrere indbyrdes på det pågældende marked. Den anfægtede beslutning kommer således ikke ind på sandsynligheden af en sådan konkurrence, hvilket viser, at Kommissionen enten ikke har foretaget den nødvendige undersøgelse af den økonomiske sammenhæng eller ikke har overholdt traktatens artikel 190.
- 134 Som svar på Det Forenede Kongeriges bemærkninger har Kommissionen påpeget, at selv om en aftale skal undersøges under hensyntagen til den økonomiske sammenhæng, den indgår i, betyder dette dog ikke, at Kommissionen er nødt til at benytte rimelighedskriteriet, et begreb, som Domstolen hidtil ikke har villet anvende. Denne konklusion modsiges ikke af Domstolens dom af 15. december 1994 (sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641), som alene vedrører gyldigheden af accessoriske begrænsninger i den særlige sammenhæng vedrørende andelsselskaber og således ikke kan betragtes som udtryk for et generelt princip. Følgelig er afvejningen af de konkurrencemæssige fordele og ulemper ved en aftale ifølge Kommissionen påkrævet, hvis der skal indrømmes fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, men ikke ved vurderingen af konkurrencebegrænsningerne i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, hvilke begrænsninger, i modsætning til, hvad Det Forenede Kongerige har hævdet, er blevet grundigt behandlet i beslutningen.

Rettens bemærkninger

- 135 Retten bemærker, at ENS-aftalerne ifølge den anfægtede beslutning begrænser den aktuelle og potentielle konkurrence mellem for det første de stiftende virksomheder, for det andet mellem disse og ENS og for det tredje over for tredjemand. For det fjerde forstærkes de begrænsende virkninger yderligere af, at de stiftende virksomheder har oprettet et joint venture-net.
- 136 Retten skal, inden den behandler parternes argumenter vedrørende rigtigheden af Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne, indledningsvis bemærke, at vurderingen af en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, skal tage

hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (Delimitis-dommen, a.st., DLG-dommen, a.st., præmis 31, dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 10, Rettens dom af 14.5.1997, sag T-77/94, VGB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 759, præmis 140), medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 109). I sidstnævnte tilfælde er det nemlig kun i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at sådanne begrænsninger kan afvejes i forhold til de påståede konkurrencefremmende virkninger med henblik på at fritage aftalen fra forbuddet i samme artikels stk. 1.

- 137 Det skal desuden fremhæves, at undersøgelsen af konkurrencevilkårene ikke alene er baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence, således at det kan fastslås, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de pågældende virksomheder konkurrerer indbyrdes, eller for, at en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (Delimitis-dommen, a.st., præmis 21). Det skal her tilføjes, at der ifølge Kommissionens meddelelse af 1993 om vurdering i forhold til traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed »kun kan foreligge et potentielt konkurrenceforhold, hvis hvert af de stiftende selskaber alene er i stand til at udføre de opgaver, der tildeles JV-selskabet, og hvert af de stiftende selskaber ikke mistede evnen hertil ved oprettelsen af JV-selskabet. Ved undersøgelser af konkrete sager må der anlægges en realistisk økonomisk synsvinkel« (punkt 18 i meddelelsen).

- 138 Det er på baggrund af disse betragtninger, at rigtigheden af Kommissionens vurdering af ENS-aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger skal undersøges.

— Konkurrencebegrænsningerne mellem de stiftende virksomheder

139 Retten bemærker, at medlemsstaternes jernbanevirksomheder, som det fremgår af oplysningerne i sagen, før vedtagelsen af direktiv 91/440 hverken reelt eller potentielt var i konkurrence med hinanden, idet der i de fleste medlemsstater var tale om enerettigheder, som retligt eller faktisk forhindrede levering af tjenesteydelser vedrørende international passagertransporttrafik samt adgangen til infrastrukturen (det nationale net). Som parterne har understreget, var det før vedtagelsen af dette direktiv alene på grundlag af traditionelle samarbejdsaftaler mellem de jernbanevirksomheder, der var aktive på de forskellige berørte net, at sådanne ydelser blev leveret i Fællesskabet. Men efter vedtagelsen af direktiv 91/440 er konkurrencevilkårene på jernbanemarkedet blevet ændret, således at de jernbanevirksomheder, der opererer på de nationale net, til en vis grad er blevet potentielle konkurrenter på det internationale passagertransportområde, forudsat at de etablerer »internationale sammenslutninger« med andre jernbanevirksomheder, der er etableret i forskellige medlemsstater, med henblik på at drive international transportvirksomhed mellem de nævnte medlemsstater (direktivets artikel 3 og 10).

140 Retten bemærker, at det fremgår af Kommissionens argumenter, at muligheden for at udføre international transport gennem internationale sammenslutninger ikke alene er åben for eksisterende jernbanevirksomheder, men også for nye jernbanevirksomheder, herunder datterselskaber af eksisterende jernbanevirksomheder, og at dette er begrundelsen for, at Kommissionen har fundet, at ENS-aftalerne begrænser konkurrencen mellem de stiftende virksomheder, for så vidt a) hver part i ENS-aftalerne kan oprette en sammenslutning enten med en virksomhed etableret i Det Forenede Kongerige eller med sit eget britiske datterselskab og således konkurrere med ENS, b) hver part i ENS-aftalerne kan oprette et specialiseret datterselskab som »transportvirksomhed« og af de virksomheder, der er part i ENS-aftalerne, købe de samme fornødne jernbaneydelser, som sidstnævnte virksomheder sælger til ENS, og c) hver jernbanevirksomhed selv kan optræde som transportvirksomhed og udføre international nattogetransport ved at købe de fornødne jernbaneydelser af de pågældende jernbanevirksomheder.

- 141 Hvad angår den mulighed, som hver deltager i ENS-aftalerne har for at oprette en sammenslutning enten med en virksomhed etableret i Det Forenede Kongerige eller med sit eget britiske datterselskab, som først skal oprettes, og således konkurrere med ENS, skal det for det første bemærkes, at da en international rute ifølge artikel 10 i direktiv 91/440 kun kan betjenes af en international sammenslutning bestående af de jernbanevirksomheder, der er etableret i hvert af de berørte lande, er de eneste »tvungne partnere« i en sådan international sammenslutning for hver rute nødvendigvis de jernbanevirksomheder, der er etableret i hvert af de berørte lande. Som sagsøgerne således har fremhævet vedrørende f.eks. ruten London-Amsterdam, var de eneste tvungne partnere på det pågældende tidspunkt NS og EPS, således at SNCF's og DB's deltagelse i denne sammenslutning ikke kunne påvirke den eksisterende konkurrence, idet ingen af disse to jernbanevirksomheder efter den ordning, der er fastsat ved direktiv 91/440, kunne konkurrere med EPS og NS på den pågældende rute. Det samme gælder hver af de tre andre ruter, der faktisk betjenes af ENS (se præmis 9 ovenfor). Heraf følger, at EPS', DB's, SNCF's og NS' fælles drift af de fire pågældende ruter ikke kan medføre en mærkbar begrænsning af den eksisterende konkurrence mellem de stiftende virksomheder.
- 142 Hvad angår begrænsningen af den potentielle konkurrence som følge af af, at hver enkelt stiftende virksomhed kan oprette datterselskaber i de øvrige stiftende virksomheders medlemsstater og enten sammen med sine egne datterselskaber eller sammen med jernbanevirksomheder etableret i de andre berørte medlemsstater kan oprette internationale sammenslutninger i direkte konkurrence med ENS, finder Retten, at der i den foreliggende sag er tale om en hypotese, der ikke understøttes af de faktiske oplysninger eller af en relevant markedsstrukturanalyse, hvorefter det kan udledes, at der er tale om en reel og konkret mulighed. Faktisk indeholder hverken den anfægtede beslutning eller sagsakterne nogen oplysninger om, at der findes jernbanevirksomheder, der i andre medlemsstater har datterselskaber, som også har status som jernbanevirksomheder, hvilket kunne bevise en faktisk udøvelse af etableringsfriheden på Fællesskabets jernbanemarked.
- 143 Det skal i denne forbindelse understreges, at Retten som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, den har anordnet, har opfordret Kommissionen til at oplyse, om jernbanevirksomheder etableret i medlemsstaterne har datterselskaber med status af jernbanevirksomhed i direktiv 91/440's forstand i andre

medlemsstater, og i bekræftende fald angive, hvilke jernbanevirksomheder der er oprettet efter ikrafttrædelsen af direktiv 91/440. Kommissionen har i sit svar erkendt, at den ikke har kendskab til andre datterselskaber, der er oprettet hverken før eller efter vedtagelsen af direktiv 91/440 af de virksomheder, der har stiftet ENS, men har dog gentaget sit anbringende om, at traktatens artikel 52 direkte tillægger enhver interesseret jernbanevirksomhed etableringsret.

144 Retten finder, at Kommissionens argument om, at der i teorien ikke er nogen retlig hindring for jernbanevirksomhedernes etablering i en anden medlemsstat end den, hvor de har deres hjemsted, ikke tager hensyn til den økonomiske sammenhæng og til forholdene på det relevante marked, således som disse er beskrevet i sagens akter, og således ikke i sig selv kan godtgøre, at den potentielle konkurrence mellem de stiftende virksomheder og mellem disse og ENS begrænses.

145 Som sagsøgerne indgående har forklaret i deres indlæg, er det i betragtning af, at den pågældende nattransporttrafik med jernbane er en nyskabelse med visse særlige aspekter, ikke realistisk at forestille sig, at de stiftende virksomheder i andre medlemsstater vil oprette andre datterselskaber med status som jernbanevirksomhed med det ene formål at danne et nyt joint venture, der kan konkurrere med ENS. Den afskrækkende størrelse af de udgifter til investeringer, der er nødvendige for at drive en sådan trafik gennem Kanaltunnelen, og de manglende stordriftsfordele i forbindelse med driften af kun én jernbanerute i modsætning til de fire ruter, ENS-parterne driver i fællesskab, viser faktisk, at en potentiel konkurrence mellem de stiftende virksomheder og mellem disse og ENS er ganske urealistisk. Som det endvidere fremgår af akterne i sagen, har ingen tredjepart efter offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af Kommissionens meddelelse, hvori de interesserede parter blev opfordret til at fremsætte deres bemærkninger til ENS-aftalerne, således som disse er sammenfattet i meddelelsen, givet sig til kende under den administrative procedure og fremsat bemærkninger som potentiel konkurrent, der eventuelt vil blive berørt af ENS-aftalerne (se præmis 17 ovenfor). Endelig må det alvorligt betvivles, at der i den foreliggende sag kan være enten aktuelle eller potentielle konkurrenter til ENS, idet ingen af Fællesskabets jernbanevirksomheder, hvilket Kommissionen har erkendt i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål,

hidtil har oprettet datterselskaber i andre medlemsstater, hverken før eller efter vedtagelsen af direktiv 91/440.

- 146 På baggrund af det ovenfor anførte finder Retten, at Kommissionens vurdering, ifølge hvilken ENS-aftalerne vil kunne begrænse den aktuelle og/eller potentielle konkurrence mellem de stiftende virksomheder og mellem disse og ENS mærkbart, er utilstrækkeligt begrundet og/eller hviler på en urigtig bedømmelse.
- 147 Hvad angår konkurrencebegrænsningerne mellem de stiftende virksomheder, der skulle være en følge af, at hver af de jernbanevirksomheder, der deltager i ENS-aftalerne, enten kan oprette en specialiseret virksomhed som transportvirksomhed eller selv optræde som transportvirksomhed og konkurrere med ENS ved hos de pågældende jernbanevirksomheder at købe de samme fornødne jernbaneydelser, finder Retten, at også denne vurdering fra Kommissionens side hviler på en markedsanalyse, der ikke svarer til virkeligheden. Kommissionen antager nemlig, at der på markedet for jernbanetransport af passagerer ud over jernbanevirksomhederne findes en anden kategori af virksomheder, nemlig transportvirksomhederne, som leverer den samme tjenesteydelse som jernbanevirksomhederne, dvs. passagertransport, men ved at købe eller leje »de fornødne jernbaneydelser«, dvs. lokomotiver, personale og adgang til infrastrukturen, af jernbanevirksomhederne. Da selskabet ENS ifølge beslutningen er en transportvirksomhed, kan ENS også udsættes for konkurrence fra enten specialiserede datterselskaber i disses egenskab af transportvirksomheder, der oprettes af jernbanevirksomhederne, eller af jernbanevirksomhederne, som direkte optræder på markedet som jernbanevirksomheder, således at oprettelsen af ENS medfører en begrænsning af parternes frihed til at operere individuelt som transportvirksomheder på det pågældende marked.
- 148 En undersøgelse af denne vurdering fra Kommissionens side forudsætter imidlertid et svar på spørgsmålet om, hvorvidt international passagertransport, ud over at blive leveret af de internationale sammenslutninger, der er omhandlet i direktiv 91/440, også leveres af transportvirksomheder. Da dette spørgsmål i det væsentlige

er blevet rejst af sagsøgerne i deres andet anbringende, vil spørgsmålet blive behandlet sammen med dette anbringende (se præmis 161-189 nedenfor).

— Konkurrencebegrænsningerne i forhold til tredjemand

- 149 Retten bemærker, at det i den anfægtede beslutning understreges, at der er risiko for, at tredjemands adgang til markedet bliver hindret dels på grund af de særlige forbindelser mellem ENS og moderselskaberne, som stiller tredjemand ringere i konkurrencen hvad angår køb af de fornødne jernbaneydelser, der leveres af moderselskaberne, dels på grund af aftalen mellem BR, SNCF og Eurotunnel om brug af Kanaltunnelen, som gør det muligt for BR og SNCF at bevare rådigheden over en betydelig andel, nemlig 75%, af den disponible plads på skinnerne til internationale tog.
- 150 Hvad for det første angår de særlige forbindelser mellem ENS og de pågældende jernbanevirksomheder skal det fastslås, at Kommissionen i sin analyse går ud fra, at markedet for passagertransport via jernbane er delt i to markeder, nemlig et marked på et tidligere trin for levering af »de fornødne jernbaneydelser« (banestrækninger, speciallokomotiver og personale) og et marked på et senere trin for passagertransport, hvor der ved siden af jernbanevirksomheder opererer transportvirksomheder som f.eks. ENS. Ifølge beslutningen vil moderselskaberne kunne misbruge deres dominerende stilling på det førstnævnte marked ved at nægte at levere de fornødne jernbaneydelser til andre virksomheder, der konkurrerer med ENS på det sidstnævnte marked.
- 151 Imidlertid afhænger også behandlingen af dette aspekt af Kommissionens vurdering af, om der ud over de internationale sammenslutninger findes transportvirksomheder, der ligeledes er aktive på de pågældende markeder, hvilket vil blive behandlet i forbindelse med det andet anbringende, og endvidere af, om de ydelser, der leveres af de stiftende virksomheder til ENS, kan betegnes som »væsentlige eller nødvendige ydelser eller faciliteter«, hvilket hører under det tredje anbrin-

gende og følgelig skal behandles i forbindelse med dette (se præmis 190-221 nedenfor).

- 152 Hvad for det andet angår de konkurrencebegrænsende virkninger af brugsaftalen for Kanaltunnelen bemærker Retten, at den kommissionsbeslutning, hvorved denne aftale blev fritaget fra forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1 (herefter »Eurotunnel-beslutningen«), blev annulleret ved Rettens dom af 22. oktober 1996 (sag T-79/95, SNCF og British Railways mod Kommissionen, Sml. II, s. 1491) med den begrundelse, at Kommissionens fortolkning af denne aftales bestemmelser om fordelingen af banestrækningerne i tunnelen mellem SNCF og BR på den ene side og Eurotunnel på den anden side byggede på en faktisk vildfarelse.
- 153 Retten har som en af de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, den har anordnet, opfordret parterne til at tage stilling til ovennævnte doms betydning for den foreliggende sag. Kommissionen har i sit svar på dette spørgsmål gjort gældende, at Rettens dom er uden betydning for vurderingen af den anfægtede beslutnings lovlighed, og at det fremgår af dennes betragtning 47, at selv om BR og SNCF ikke råder over al den disponible plads på sporet til internationale tog, råder de dog over en betydelig andel heraf. Sagsøgerne har gjort gældende, at Rettens dom bekræfter, at adgangen til Kanaltunnelen ikke er lukket, og at Kommissionen har fejlvurderet brugsaftalens konkurrencebegrænsende virkninger over for tredje-mand.
- 154 Retten finder, at da det netop er »Eurotunnel-aftalen«, Kommissionen har benyttet som grundlag for i den anfægtede beslutning at påvise, at SNCF's og BR's påståede privilegerede adgang til banestrækningerne i tunnelen stiller ENS' konkurrenter i en ugunstig konkurrencemæssig situation, og da Eurotunnel-beslutningen er blevet annulleret af Retten på grund af en faktisk vildfarelse ved fortolkningen af den nævnte aftales bestemmelser om fordelingen af banestrækningerne, kan Kommissionen ikke med føje støtte sig på Eurotunnel-beslutningen ved sin vurdering af ENS-aftalerne.

— Skærpelse af konkurrencebegrænsningerne som følge af eksistensen af et net af joint ventures

155 Hvad endelig angår den påståede skærpelse af konkurrencebegrænsningerne som følge af eksistensen af et net af joint ventures (beslutningens betragtning 49-53) skal Retten indledningsvis bemærke, at der ifølge Kommissionens meddelelse af 1993 om vurdering af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed må udvises særlig opmærksomhed med hensyn til net af JV-selskaber, der er oprettet af de samme stiftende selskaber, af et af de stiftende selskaber sammen med forskellige partnere eller parallelt af forskellige stiftende selskaber (punkt 17 i meddelelsen). Joint venture-nettene vil især kunne begrænse konkurrencen, såfremt de indbyrdes konkurrerende stiftende selskaber opretter flere joint ventures for komplementære produkter, som de selv skal forarbejde, eller for ikke-komplementære produkter, som de selv afsætter, for herved øger de konkurrencebegrænsningens omfang og intensitet. Disse betragtninger gælder også for service-sektoren (punkt 29 i meddelelsen).

156 Kommissionen har i den anfægtede beslutning fundet, at dette er tilfældet i denne sag, for så vidt BR/EPs, SNCF, DB og NS i forskelligt omfang deltager i et net af joint ventures ikke blot inden for godstransport, men også inden for passagertransport, bl.a. via Kanaltunnelen. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til joint venture-selskabet ACI, der er oprettet af bl.a. BR og SNCF i fællesskab, og som driver kombineret godstransport (Kommissionens beslutning 94/594/EF af 27.7.1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (sag IV/34.518 — ACI) (EFT L 224, s. 28, herefter »ACI-beslutningen«)), og til Autocare Europe, som BR og SNCB har interesser i, og som driver jernbanetransport af biler. Kommissionen har desuden i sine indlæg for første gang henvist til joint venture-selskabet Intercontainer, som er oprettet af 29 jernbanevirksomheder, herunder BR og SNCF, og som også driver virksomhed på markedet for kombineret godstransport.

- 157 I den anfægtede beslutning angives det imidlertid ikke, hvilke joint ventures de stiftende virksomheder har oprettet med henblik på passagertransport. Retten har som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse opfordret Kommissionen til at oplyse, hvilke de joint ventures inden for passagertransport er, som stifterne af ENS ifølge betragtning 51 i den anfægtede beslutning deltager i. Kommissionen har i sine svar erklæret, at den ikke har kendskab til andre joint ventures oprettet af stifterne af ENS med henblik på passagertransport. Den har dog bemærket, at »SNCF, SNCB og BR (og efter sidstnævntes privatisering London & Continental Railways Ltd) i fællesskab deltager i Eurostar med henblik på passagertransport mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet«, uden dog at hævde, at det er virksomheden Eurostar, der stiltiende refereres til i betragtning 51. Retten finder derfor, at der i den anfægtede beslutning mangler en begrundelse for påstanden om, at der eksisterer et joint venture-net, der er skabt af de stiftende virksomheder med henblik på passagertransport.
- 158 Hvad angår de stiftende virksomheders deltagelse i joint ventures oprettet med henblik på kombineret godstransport fremgår det af punkt 29 i Kommissionens meddelelse af 1993, at når de stiftende virksomheder opretter joint ventures for »ikke-komplementære« produkter, kan konkurrencen svækkes, når disse »ikke-komplementære« produkter afsættes af de stiftende virksomheder selv.
- 159 Retten bemærker, at det ikke fremgår af den anfægtede beslutning, at de stiftende virksomheder selv afsætter de af ACI, Intercontainer og Autocare leverede ydelser. Som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har Retten opfordret sagsøgerne til at oplyse, om det er dem selv eller en anden virksomhed, der sørger for afsætningen af de transportydelser, der leveres af de tre ovennævnte virksomheder. Det fremgår af sagsøgernes svar, at ingen af de stiftende virksomheder markedsfører eller sælger ACI's, Intercontainer's eller Autocare's ydelser. Selv om det var tilfældet, at de gør dette, bemærker Retten, at den anfægtede beslutning i hvert fald ikke forklarer, hvorfor deltagelsen fra visse eller alle stiftende virksomheders side i et net af joint ventures, der driver virksomhed på andre markeder end det, hvor ENS opererer, skulle svække deres indbyrdes konkurrence ved stiftelsen af

ENS. Heraf følger, at Kommissionens vurdering af den skærpelse af konkurrencebegrænsningerne, der hævdes at følge af eksistensen af et net af joint ventures, ikke er tilstrækkeligt begrundet.

- 160 Det følger af det ovenfor anførte, at den anfægtede beslutning ikke giver nogen begrundelse eller kun giver en utilstrækkelig begrundelse for vurderingen af de konkurrencebegrænsninger, der følger af ENS-aftalerne.

2. Det andet anbringende om tilsidesættelse af forordning nr. 1017/68 og af den ordning, der er fastsat ved direktiv 91/440

Parternes argumenter

- 161 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ved at opstille betingelsen i artikel 2 i den anfægtede beslutning har anvendt de beføjelser, der tillægges den ved artikel 5 i forordning nr. 1017/68, på en måde, der er uforenelig med bestemmelserne i direktiv 91/440.

- 162 Kommissionen har nemlig udvidet direktivets anvendelsesområde, for i medfør af artikel 10, stk. 1, skal retten til adgang til infrastrukturerne kun gives til internationale sammenslutninger af jernbanevirksomheder som defineret i direktivet og ikke til enhver transportvirksomhed, der ønsker at drive togtrafik. Sagsøgerne har tilføjet, at Kommissionen, når den udøver sine beføjelser i henhold til forordning nr. 1017/68, endvidere har pligt til at tage hensyn til hovedlinjerne i den fælles transportpolitik, således som disse er fastlagt af Rådet. Den retslige prøvelse af Kommissionens vurdering af ENS-aftalerne i henhold til traktatens artikel 85 bør derfor finde sted på baggrund af fællesskabslovgivningen om jernbanetransport, som er den retlige ramme, inden for hvilken konkurrencen i denne sektor skal fungere.

- 163 Sagsøgerne har især fremhævet, at hovedlinjerne i Fællesskabets fælles transportpolitik på jernbanecområdet i dag er fastlagt i direktiv 91/440, som for første gang indfører en vis grad af intramodal konkurrence og tager sigte på at opfylde hovedformålet med jernbanetransportpolitikken, nemlig en forbedring af jernbanetransportens effektivitet og af dens konkurrenceevne i forhold til de øvrige transportformer. I medfør af direktivet indrømmes retten til adgang og retten til at udføre transittrafik alene til virksomheder, der har status som jernbanevirksomheder, og til internationale sammenslutninger af sådanne virksomheder. Endvidere vedrører direktivet alene retten til adgang til infrastrukturen og ikke retten til at få leveret jernbaneydelser som f.eks. trækraft (lokomotiver og transitpersonale). Direktivet indeholder heller ikke regler om adskillelse af forvaltningen af lokomotiver og togpersonale på den ene side og jernbanedriften i øvrigt på den anden side eller regler om fordeling af og betaling for ydelserne vedrørende trækraften. Dette er i overensstemmelse med direktivets formål, som går ud på at give jernbanevirksomhederne mulighed for at organisere sig på en måde, der tilgodeser kommercielle hensyn, og tilpasse sig markedets krav, bl.a. ved at skabe nye ydelser.
- 164 Af de ovenfor nævnte grunde er Kommissionens sondring mellem jernbanevirksomheder og transportvirksomheder således en kunstig sondring, idet det af sikkerhedsmæssige årsager og af hensyn til fordelingen af ansvaret for transportrisiciene alene er jernbanevirksomhederne, der har tilladelse til at indregistrere togvogne og transportere personer på jernbaneinfrastrukturen. Ud over jernbanevirksomhederne og de internationale sammenslutninger, som jernbanevirksomhederne opretter, må ingen andre derfor tilbyde offentligheden passagertransport. Dette udelukker ikke en jernbanevirksomheds mulighed for at stille et helt tog til rådighed for f.eks. en hotelkæde eller udleje togvogne, men i så fald er det stadig jernbanevirksomheden, der optræder som transportvirksomhed og bærer alle risici i forbindelse med transporten. I det nævnte eksempel vil hotelkæden begrænse sig til at sælge togsæder eller liggepladser til offentligheden. Ifølge sagsøgerne er jernbanevirksomhedernes hovedaktivitet ikke at sikre en grundydelse, der går ud på efter anmodning fra transportvirksomhederne at lade lokomotiver cirkulere på jernbanenettene, således at transportvirksomhederne kan koble vogne på en jernbanevirksomheds lokomotiv og betjene en bestemt rute, men at levere integrerede passagertransportydelser direkte til offentligheden.

- 165 Selv om ENS er et joint venture oprettet af fire jernbanevirksomheder, er ENS endvidere ifølge sagsøgerne i virkeligheden en international sammenslutning af jernbanevirksomheder i henhold til artikel 3 i direktiv 91/440 og ikke en »transportvirksomhed«. Det fremgår af artikel 5, stk. 3, i direktiv 91/440, at jernbanevirksomhederne sammen med »én eller flere« andre jernbanevirksomheder frit kan oprette en international sammenslutning, uden at der stilles krav om, at sammenslutningen skal have en særlig retlig form. Kommissionen kan ej heller udlede af driftsaftalerne mellem ENS og SNCB, at ENS er en transportvirksomhed. Det er nemlig helt frivilligt og ikke som følge af en eller anden forpligtelse i henhold til direktiv 91/440 eller i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler, at SNCB, før selskabet gav endeligt afkald på ruten Bruxelles-Glasgow/Plymouth, besluttede at levere »fornødne jernbaneydelser« til ENS.
- 166 Heraf følger, at ENS ikke er en transportvirksomhed, der er aktiv på et marked på et senere trin, der er forskelligt fra det marked, hvor de stiftende virksomheder opererer, men at den netop i kraft af sin status som international sammenslutning af jernbanevirksomheder er et middel, hvorigennem de stiftende virksomheder tilbyder offentligheden jernbanetransport. Kommissionens opdeling af det almindelige jernbanemarked i et marked på et tidligere trin og på et marked på et senere trin med henblik på at vise, at ENS er en transportvirksomhed, er så meget mere kunstig, som mange transportydelser på passagertransportområdet gennemføres ved hjælp af »tog med integreret motorvogn«, hvor lokomotivet er en uadskillelig del af hele toget, således at der heller ikke fra et rent teknisk synspunkt kan sondres mellem de to markeder.
- 167 Den omstændighed, at ENS skal købe trækraft hos jernbanevirksomheder for at kunne udbyde sine ydelser, fratager heller ikke ENS dens status som international sammenslutning i direktivets artikel 3's forstand, idet det er tilstrækkeligt, at ENS er oprettet af disse jernbanevirksomheder, som pr. definition kan sikre trækraften. Det er en sådan sammenslutning, der har retten til adgang til jernbaneinfrastrukturen i de medlemsstater, hvor sammenslutningens stiftere er etableret. Såfremt man tiltræder Kommissionens opfattelse, vil det modsat medføre, at enhver virksomhed kan tilbyde international passagertransport, også selv om virksomheden ikke er oprettet af jernbanevirksomheder og således ikke kan sikre trækraften ved hjælp af disse.

- 168 Sagsøgerne har tilføjet, at indførelsen af denne nye kategori af transportvirksomheder kombineret med den omstændighed, at de fornødne jernbaneydelser betragtes som »væsentlige faciliteter«, vil gøre direktiv 91/440 indholdsløst, idet en jernbanevirksomhed i sin påståede egenskab af transportvirksomhed da faktisk vil kunne kræve adgang til nettene i medlemsstaterne uden at skulle opfylde direktivets betingelser, nemlig at være etableret i en af disse medlemsstater eller at have oprettet en sammenslutning sammen med en jernbanevirksomhed etableret i en af disse medlemsstater.
- 169 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at Kommissionen ved at pålægge jernbanevirksomhederne at levere lokomotiver og personale til transportvirksomheder på tekniske og økonomiske vilkår, der er identiske med de vilkår, der gælder for jernbanevirksomhedernes sammenslutning, har set bort fra, at retten til adgang til infrastrukturen forudsætter rådighed over trækraft og dermed også status som jernbanevirksomhed eller sammenslutning af jernbanevirksomheder. Et sådant krav er endvidere uforeneligt med direktivets formål, som er at sikre jernbanevirksomhederne en status som selvstændige virksomheder, således at de kan drives forretningsmæssigt og tilpasse sig markedsbehovene (betragtning 3), og med henblik herpå give dem mulighed for frit at »føre kontrol med transportydelserne og disses markedsføring samt fastsætte tarifferne« (artikel 5, stk. 3, i direktiv 91/440).
- 170 Endelig har UIC og NS hævdet, at den anfægtede beslutning bringer retten til at oprette internationale sammenslutninger i fare, for så vidt som Kommissionen fortolker traktatens artikel 85, stk. 1, således, at oprettelsen af en hvilken som helst international sammenslutning vil være en tilsidesættelse af denne artikel. Sagsøgerne har anført, at selv om oprettelsen af en international sammenslutning kan fritages fra forbuddet i artikel 85, stk. 1, i henhold til artikel 85, stk. 3, vil de betingelser, som Kommissionen i den foreliggende sag har knyttet til denne fritagelse, nemlig en varighed på højst syv år og en forpligtelse til at levere fornødne jernbaneydelser til enhver transportvirksomhed på samme vilkår som til ENS, gøre anvendelsen af direktiv 91/440 illusorisk. De af Kommissionen fastsatte betingelser vil indirekte tvinge deltagerne i internationale sammenslutninger til at levere deres »fornødne jernbaneydelser« til deres sammenslutning på almindelige vilkår, således

at de fratages deres ret til frit at fastsætte deres forretningsmæssige betingelser for levering af ydelser til tredjemand. Deltagerne i en sammenslutning vil således kunne blive tvunget til at dele fordelene ved deres samarbejde med en hvilken som helst tredjepart, selv om denne tredjepart hverken har været med til at dække omkostningerne ved at iværksætte et nyskabende projekt eller båret nogen af de kommercielle risici i forbindelse med projektet.

- 171 Kommissionen har gjort gældende, at argumentet om, at EF-traktatens konkurrenceregler ikke finder anvendelse på jernbanetransport, er i strid med retspraksis på området og derfor må forkastes (se Domstolens dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, og af 30.4.1986, forenede sager 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 og 213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425).
- 172 Kommissionen har fremhævet, at det ikke er absolut nødvendigt for at drive de ruter, der er omfattet af ENS-aftalerne, at de fire jernbanevirksomheder deltager samlet. Kommissionen finder, at hver rute, der betjenes af ENS, kan drives af en international sammenslutning bestående af to jernbanevirksomheder etableret i henholdsvis afgangsmedlemsstaten og i den medlemsstat, der er den endelige destination. Ruten London-Frankfurt/Dortmund kan således betjenes af en sammenslutning bestående af BR og DB, som har ret til adgang til infrastrukturen i deres respektive etableringsland og ret til at udføre transittrafik i Belgien, Frankrig og Kanaltunnelen. På samme måde kan ruten mellem London og Amsterdam drives af en sammenslutning bestående af BR og NS, som har ret til adgang til infrastrukturen i Det Forenede Kongerige og Nederlandene og ret til at udføre transittrafik i Belgien, Frankrig og Kanaltunnelen.
- 173 Ifølge Kommissionen bekræftes denne analyse af tre forhold. For det første er ENS ikke en jernbanevirksomhed i direktivets forstand, men en transportvirksomhed, som for at udføre den pågældende nattransport med jernbane køber de fornødne jernbaneydelser af jernbanevirksomhederne. Kommissionen har afvist sagsøgernes argument om, at ENS blot er et instrument, hvorved de stiftende virksomheder kan udbyde international jernbanetransport til offentligheden inden for den ordning, der er fastsat ved direktiv 91/440. ENS udøver nemlig ikke selv

den ret, som direktivet indrømmer internationale sammenslutninger af jernbanevirksomheder, dvs. retten til at udnytte sine egne tog og levere sin egen trækraft, idet ENS skal købe disse ydelser af de stiftende virksomheder og SNCB. Følgelig er ENS ikke omfattet af direktivet, da ENS i realiteten blot er en variant af den traditionelle samarbejdsform mellem jernbanevirksomheder, og da ENS og de pågældende jernbanevirksomheder således, i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, ikke er aktive på det samme marked. Derfor er argumentet om, at beslutningen er i strid med direktivet og udvider kategorien af virksomheder, der har ret til adgang til jernbanefrastrukturerne, irrelevant. Kommissionen har til støtte for sin argumentation, ifølge hvilken ENS og de stiftende virksomheder er aktive på to særskilte markeder, påberåbt sig retspraksis, hvorefter der i visse tilfælde skal sondres mellem to markeder, som, selv om de er beslægtede, alligevel udgør særskilte markeder (Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869, af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, Rettens domme af 10.7.1991, sag T-69/89, RTE mod Kommissionen, Sml. II, s. 485, og sag T-70/89, BBC mod Kommissionen, Sml. II, s. 535).

- 174 Hvad angår sagsøgernes argument om, at sondringen mellem markedet for transportydelser og markedet for fornødne jernbancydelser er så meget mere uberettiget, som mange transportydelser på passagertransportområdet gennemføres ved hjælp af »tog med integreret motorvogn«, hvor lokomotivet er en uadskillelig del af hele toget, har Kommissionen svaret, at ENS selv kun får stillet lokomotivet til rådighed af de stiftende virksomheder, og at vognene leveres særskilt.
- 175 For det andet drives ruten Bruxelles-Glasgow/Plymouth af ENS, selv om SNCB ikke er part i aftalen. Dette viser, at det ikke er en ufravigelig betingelse for at udføre den pågældende transport, at hver af de fire jernbanevirksomheder, som er etableret i de respektive medlemsstater, deltager.

- 176 For det tredje har BR, SNCF og Intercontainer oprettet en joint venture-virksomhed ved navn ACI, som er specialiseret i kombineret godstransport mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet, og som heller ikke er en jernbanevirksomhed i direktivets forstand, men en transportvirksomhed, som i øvrigt blandt sine aktionærer kun tæller to jernbanevirksomheder, og som opererer på samme måde som ENS, dvs. ved at købe de fornødne jernbaneydelser af jernbanevirksomhederne med henblik på at levere transportydelser.
- 177 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at de transportvirksomheder, der ikke selv har status som jernbanevirksomheder, og som derfor ikke har ret til adgang til jernbaneinfrastrukturen, alligevel skal kunne tilbyde jernbanetransportydelser ligesom ENS og ACI ved hos jernbanevirksomhederne at købe trækkræften og retten til adgang til infrastrukturen. Heraf følger, at retten til at udbyde passagertransport med jernbane ikke kan forbeholdes ENS. I øvrigt har formanden for ENS ved skrivelse af 13. april 1994 til Kommissionen (svarskriftet, bilag 6) bekræftet jernbanevirksomhedernes aftale om at levere de nødvendige ydelser til konkurrenterne på de samme ruter. Ifølge Kommissionen har ENS endog før denne skrivelse, nemlig ved skrivelse af 4. juni 1992, underrettet Kommissionen om de anmeldende parter beslutning om »uden betingelser« at levere trækkræften og de øvrige fornødne ydelser til ENS' konkurrenter på de af ENS betjente ruter.
- 178 Kommissionen finder endvidere ikke, at jernbanevirksomhedernes uafhængighed på nogen måde bringes i fare af den fastsatte betingelse. Som alle fællesskabsvirksomheder er disse virksomheder underkastet forbuddet mod forskelsbehandling og konkurrencereglerne, jf. Domstolens ovennævnte domme i sagen Kommissionen mod Frankrig og i Asjes-sagen.
- 179 Endelig har Kommissionen afvist sagsøgernes klagepunkt om, at Kommissionen dels betragter enhver international sammenslutning som værende omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, dels stiller krav til de anmeldende parter, som virker afskrækkende og dermed bringer opfyldelsen af formålene med direktiv 91/440 i

fare og modarbejder oprettelsen af andre internationale sammenslutninger. Tilskyndelsen til at oprette sådanne sammenslutninger indebærer ikke, at alle internationale sammenslutninger af jernbanevirksomheder automatisk skal betragtes som forenelige med Fællesskabets konkurrenceret.

Rettens bemærkninger

- 180 Retten bemærker, at de pågældende jernbanevirksomheder ifølge den anfægtede beslutning er aktive på to markeder, således et marked på et tidligere trin, nemlig markedet for levering af de fornødne jernbaneydelser, og et marked på et senere trin, nemlig markedet for passagertransportydelser. På sidstnævnte marked opererer ikke alene jernbanevirksomhederne, men også en anden kategori af virksomheder, nemlig transportvirksomhederne, som dog for at kunne operere på dette marked er nødt til forinden at købe de fornødne jernbaneydelser, der leveres af jernbanevirksomhederne på markedet på det tidligere trin. Ifølge Kommissionen er ENS et konkret eksempel på denne kategori af transportvirksomheder, således at enhver begunstigelse, der indrømmes ENS af de anmeldende virksomheder, ligeledes skal indrømmes tredjemænd på samme tekniske og økonomiske vilkår, uanset om de er internationale sammenslutninger eller transportvirksomheder. Endelig hedder det i beslutningens artikel 2, at de pågældende fornødne jernbaneydelser omfatter levering af lokomotiv med personale og plads på hvert nationale jernbanelinje samt i Kanaltunnelen.
- 181 Det skal følgelig undersøges, om Kommissionen ved at kræve af de stiftende virksomheder, at de fornødne jernbaneydelser bliver leveret ikke alene til internationale sammenslutninger, men også til transportvirksomheder som f.eks. ENS, som hævdet af sagsøgerne har anvendt konkurrencereglerne i strid med den ordning, der er fastsat ved direktiv 91/440, således at Kommissionen ved den anfægtede beslutning enten har gjort sig skyldig i magtfordrejning eller har overskredet sine beføjelser. En sådan undersøgelse forudsætter, at det forinden afklares, om ENS er en transportvirksomhed som hævdet af Kommissionen eller derimod en international sammenslutning i direktiv 91/440's forstand som hævdet af sagsøgerne. Når dette spørgsmål er besvaret, skal det ligeledes undersøges, om Kommissionen har

ret i sin analyse af begrænsningerne i konkurrencen mellem de stiftende virksomheder som følge af, at hver jernbanevirksomhed, der er part i ENS-aftalerne, enten kan oprette et datterselskab, der driver transportvirksomhed, eller selv udføre transportvirksomhed og konkurrere med ENS ved at købe de samme fornødne jernbaneydelser af de pågældende jernbanevirksomheder (se præmis 147 og 148 ovenfor).

- 182 Retten bemærker, at en international sammenslutning i artikel 3 i direktiv 91/440 defineres som »enhver sammenslutning af mindst to jernbanevirksomheder, der er etableret i forskellige medlemsstater, med henblik på at drive international transportvirksomhed mellem medlemsstater«. Bestemmelsen angiver ikke nærmere, hvilken form en sådan sammenslutning skal antage. Det væsentlige i denne definition er således, at der skal være tale om en form for sammenslutning, der gør det muligt at levere internationale transportydelser, dvs. uanset hvilken form der vælges. Under disse omstændigheder finder Retten, at da der ikke gives en nærmere definition i direktiv 91/440 af begrebet »international sammenslutning«, kan anvendelsen af denne betegnelse — i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet — ikke forbeholdes sammenslutninger »oprettet i samarbejdsøjemed« mellem jernbanevirksomheder (»traditionelle aftaler om fælles drift«), men også benyttes om andre selskabsformer som f.eks. et joint venture-selskab, der er oprettet i samarbejdsøjemed, eller som endog har karakter af en sammenslutning.

- 183 Denne konklusion modsiges ikke af argumentet om, at direktiv 91/440 efter artikel 2 alene gælder for jernbanevirksomheder, dvs. virksomheder, hvis hovedaktivitet består i godstransport og/eller passagerbefordring via jernbane, og som selv sørger for trækraften (artikel 3 i direktiv 91/440), således at ENS, for så vidt som den køber trækraften af de anmeldende virksomheder, ikke skulle kunne påberåbe sig direktivets bestemmelser og betegne sig selv som international sammenslutning. For det første er det, som Kommissionen selv har fremhævet i sine skriftlige indlæg, i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 91/440 blevet præciseret i en fælles erklæring fra Kommissionen og Rådet, at begrebet trækraft ikke nødvendigvis indebærer ejendomsretten hertil. Ganske vist har sådanne erklæringer ikke nogen retlig værdi, men ikke desto mindre har Kommissionen allerede efterlevet denne erklæring i de beslutninger, den har vedtaget på området, jf. betragtning 6 i Kom-

missionens beslutning 93/174/EF af 24. februar 1993 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/34.494 — Takststrukturer inden for kombineret godstransport) (EFT L 73, s. 38), ifølge hvilken der »ved jernbanevirksomhed [skal] forstås enhver virksomhed, der er etableret eller etablerer sig i en medlemsstat, og som råder over jernbanetrækkraft, uden at dette nødvendigvis indebærer, at jernbanetrækkraften tilhører virksomheden selv, eller at den benytter deres eget personale til transporten«.

- 184 For det andet skal det bemærkes, at for så vidt som en international sammenslutning, som det netop er fastslået, kan have form af et joint venture oprettet i samarbejdsøjemed som f.eks. ENS, fremgår det af en sådan selskabsforms natur, at de stiftende virksomheder i deres egenskab af jernbanevirksomheder, som udøver de rettigheder, direktivet tillægger dem, i stedet for direkte at overlade deres joint venture-virksomhed det materiel og personale, der kræves for at operere på markedet, leverer dette materiel og personale til virksomheden på grundlag af samarbejdsaftaler med denne, uden at den således valgte form for drift af joint venture-virksomheden kan påvirke dens retlige status som international sammenslutning i direktiv 91/440's forstand. Som sagsøgerne har forklaret i deres skriftlige svar på Rettens spørgsmål og i retsmødet uden at blive modsagt af Kommissionen, valgte man nemlig at stille lokomotiver og personale til rådighed for ENS på grundlag af driftsaftaler af én eneste grund, nemlig af skattemæssige hensyn, og ikke fordi ENS skulle optræde på markedet som transportvirksomhed. At ENS ikke er registreret i Det Forenede Kongerige som jernbanevirksomhed, hvilket fremgår af sagsøgerenes svar på Rettens skriftlige spørgsmål, påvirker på ingen måde ENS' retlige status som international sammenslutning, idet de stiftende virksomheders jernbanelicenser, som Kommissionen selv forklarede i retsmødet, er tilstrækkeligt grundlag for, at ENS' tog kan køre på de pågældende ruter.

- 185 For det tredje fremgår det af akterne i sagen, at transportvirksomheder, således som det er hævdet af sagsøgerne, i den økonomiske sammenhæng, der gælder for jernbanesektoren, synes at være et ukendt begreb i forbindelse med passagertransport med jernbane. I øvrigt har Kommissionen hverken i den anfægtede beslutning eller i sine indlæg givet eksempler på sådanne virksomheder inden for passagertransport med jernbane. Kommissionens henvisning til virksomheden ACI er i

denne forbindelse irrelevant. Med denne henvisning ser Kommissionen nemlig bort fra de særlige kendetegn ved markedet for passagertransport med jernbane, som klart adskiller sig fra markedet for kombineret godstransport, hvor ACI er aktiv som transportvirksomhed. Det skal især fremhæves, at jernbanevirksomhederne på markedet for kombineret godstransport kun rent undtagelsesvis sælger deres transportydelser direkte til speditørerne, og da kun i forbindelse med meget store sendinger. De kombinerede transportydelser tilrettelægges og sælges til speditørerne af kombitransportvirksomheder, som i givet fald er datterselskaber af jernbanevirksomheder. Disse kombitransportvirksomheder er transportvirksomheder, der råder over særligt materiel, såsom håndteringsudstyr og særlige godsvogne, og de må for at kunne levere deres ydelser købe jernbanetrækkraften og adgangen til infrastrukturerne af jernbanevirksomhederne, der har eneret på at levere disse ydelser (se betragtning 6, 7 og 8 i ovennævnte ACI-beslutning og Kommissionens beslutning 94/210/EF af 29.3.1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (EFT L 104, s. 34, betragtning 10, 11 og 12)).

186 Selv om markedet for kombineret godstransport med jernbane for tiden er præget af en vis åbenhed, idet jernbanevirksomhederne ikke er de eneste aktører på markedet, gælder det samme ikke markedet for passagertransport, hvor kun jernbanevirksomhederne og til en vis grad disses internationale sammenslutninger opererer.

187 Heraf følger, at Kommissionen ikke med føje kan henvise til kendetegnene ved et andet, særskilt marked, nemlig markedet for kombineret godstransport, som begrundelse for at betegne ENS som transportvirksomhed.

188 Denne konklusion kan heller ikke afkræftes af, at ENS oprindeligt skulle betjene ruten Bruxelles-Glasgow/Plymouth, selv om SNCB, der havde givet ENS ret til adgang til den belgiske infrastruktur, ikke var med til at stifte ENS. Som sagsøgerne har gjort gældende, drejer det sig nemlig i den foreliggende sag om en traditionel samarbejdsaftale mellem forskellige net. I øvrigt berører direktiv 91/440

heller ikke ENS' mulighed for i sin egenskab af international sammenslutning i direktivets forstand at indgå sådanne aftaler med jernbanevirksomheder uden for ENS for at opnå kontraktlig adgang til disses infrastruktur.

- 189 Retten finder, at det — uden at det er nødvendigt at undersøge, om Kommissionen har gjort sig skyldig i magtfordrejning, eller om Kommissionen savnede kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning — fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionen ved i retlig henseende at betegne ENS som en transportvirksomhed bygger på fejlagtige forudsætninger. Da transportvirksomheder, som det er fastslået ovenfor, ikke er aktive på det nuværende marked for passagertransport med jernbane, hviler Kommissionens konklusion, der går ud på, at konkurrencen mellem de stiftende virksomheder begrænses, fordi hver stiftende virksomhed kan operere på det pågældende marked som transportvirksomhed i konkurrence med ENS og de øvrige stiftende virksomheder (se præmis 147 ovenfor), i øvrigt ligeledes på de samme fejlagtige forudsætninger og må derfor også forkastes (se præmis 148 ovenfor).

3. Det tredje anbringende om, at den fastsatte betingelse i den anfægtede beslutnings artikel 2 er urimeligt vidtgående og unødvendig

Parternes argumenter

- 190 EPS, ENS og SNCF har anført, at Kommissionen ved at forpligte de anmeldende parter til at levere de samme fornødne jernbancydelser som de leverer til ENS, til andre internationale sammenslutninger og transportvirksomheder, har anvendt teorien om »væsentlige faciliteter« fejlagtigt, idet ingen af de til ENS leverede ydelser ud over de banestrækninger, der på visse betingelser skal leveres ifølge direktiv 91/440, opfylder betingelserne for at anvende denne teori. NS har i denne forbindelse tilføjet, at en sådan forpligtelse ikke alene vil skade jernbanevirksomhedernes

bestræbelser på at oprette internationale sammenslutninger, men også forpligtede jernbanevirksomhederne til at dele udbyttet af deres samarbejde med andre, uden at disse behøver at bære de kommercielle risici i den forbindelse. Ifølge NS kan de økonomiske virkninger af en pligt for jernbanevirksomhederne til at levere fornødne ydelser til transportvirksomheder på vilkår, som de ikke frit kan fastsætte, sidestilles med en ekspropriation.

191 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at teorien om væsentlige faciliteter kun kan anvendes i forbindelse med traktatens artikel 86, nemlig når en virksomhed nægter konkurrenter adgang til installationer eller tjenesteydelser, som er væsentlige såvel for konkurrentens konkurrenceevne som for opretholdelsen af konkurrencen.

192 I den foreliggende sag finder sagsøgerne ikke, at Kommissionen har sondret mellem de installationer eller tjenesteydelser, som blot vil være til fordel for konkurrenterne, og dem, der er væsentlige for konkurrencens opretholdelse. Navnlig er denne sidstnævnte betingelse ikke blevet undersøgt, hvilket dels fremgår af, at selv om besiddelse af eller rådighed over infrastruktur kan betragtes som en »væsentlig installation eller tjenesteydelse«, sikres de internationale sammenslutninger dog adgang hertil ved direktiv 91/440, dels af, at beslutningen ikke indeholder det mindste bevis for, at jernbanevirksomhederne er de eneste, der har adgang til de lokomotiver, der benyttes til nattogstrafikken gennem Kanaltunnelen, og til togpersonale og administrativt personale, eller for, at enhver aktuel eller potentiel konkurrent vil have vanskeligt ved at få adgang hertil. ENS og EPS har i denne forbindelse gjort gældende, at de lokomotiver, der specielt er konstrueret til kørsel i Kanaltunnelen, eller som kan benyttes dér, kan købes hos fabrikanterne eller lejes af andre udbydere af jernbanydelser på et frit marked. Kommissionen har heller ikke undersøgt, om der er disponible lokomotiver eller disponibelt togpersonale, eller påvist, at der er mangel på kvalificeret jernbanepersonale. Endvidere forpligter den fastsatte betingelse jernbanevirksomhederne til at levere de fornødne jernbanydelser til internationale sammenslutninger og til transportvirksomheder på disse net, dvs. ud over og i tillæg til de berørte ruter.

- 193 Sagsøgerne anser endvidere ikke den fastsatte betingelse for nødvendig. Dels har den ingen forbindelse med den første konkurrencebegrænsning, der er nævnt i beslutningen, nemlig den påståede begrænsning af konkurrencen mellem parterne som følge af oprettelsen af joint venture-virksomheden. Dels har betingelsen ingen berettigelse i forbindelse med den konkurrencebegrænsning over for tredjemand, som følger af den dominerende stilling, som ENS' moderselskaber hævdes at indtage i forbindelse med levering af jernbaneydelser i deres oprindelsesmedlemsstat. For det første har ingen af jernbanevirksomhederne indgået eksklusivaftaler med ENS, dvs. at de frit kan give andre virksomheder adgang til de lokomotiver, det personale og de banestrækninger, som de måtte have rettigheder til. Endvidere har ENS ikke en dominerende stilling på markederne for forretningsrejser og fritidsrejser, idet de pågældende ruter også betjenes af fly, busser og personbiler. En nægtelse af at levere de i beslutningen omhandlede ydelser til tredjemand vil således ikke påvirke konkurrencen på disse markeder, som ligger på et senere trin. Heraf følger, at det ikke er nødvendigt, at en fremtidig passagertransportudbyder får adgang til de pågældende jernbaneydelser for at kunne operere på markedet, således som dette defineres i beslutningen. Under alle omstændigheder har Kommissionen ikke fremlagt noget bevis, der hidrører fra tredjemand, især aktuelt eller potentielt konkurrerende virksomheder, til støtte for sin påstand om, at joint venture-virksomheden risikerer at sætte de øvrige virksomheder i en ugunstig stilling. Kommissionens bekræftelser er således rent hypotetiske.
- 194 Kommissionen har indledningsvis erindret om, at en tilsvarende betingelse blev stillet i beslutningen om ACI, der er et joint venture oprettet af BR, SNCF og Intercontainer med henblik på godstransport mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet, og Kommissionen har bemærket, at de stiftende virksomheder ikke har anlagt sag til prøvelse af denne beslutning.
- 195 Kommissionen har ligeledes påpeget, dels at den fastsatte betingelse ikke indebærer, at ENS' stiftende virksomheder skal levere samtlige de ydelser, som de leverer til deres fælles datterselskab (rengøring, markedsføring), til tredjemand, dels og især at der ikke pålægges de stiftende virksomheder nogen forpligtelse med hensyn til togvognene, hvis købspris de stiftende virksomheder selv betragter som hovedhindringen for at komme ind på markedet.

- 196 Kommissionen har i øvrigt gjort gældende, at adgangen til jernbaneinfrastrukturen i øjeblikket i de fleste tilfælde kontrolleres af jernbanevirksomhederne i disses egenskab af infrastrukturforvaltere, og at adgangen til infrastrukturen udgør en væsentlig barriere for adgangen til det relevante markeds jernbanesegment. For så vidt som infrastrukturforvalterne og jernbanevirksomhederne udgør særskilte enheder, har den forpligtelse, som den fastsatte betingelse pålægger disse virksomheder, derfor ingen betydning.
- 197 Hvad angår speciallokomotiverne og personalet hertil har Kommissionen gjort gældende, at selv om disse teoretisk kan være ejet af andre end de jernbanevirksomheder, der har oprettet ENS, og selv om transportvirksomhederne i givet fald kan købe eller leje disse ydelser, er det i praksis alene de jernbanevirksomheder, der har oprettet ENS, der er i besiddelse af ydelserne. Det er således reelt umuligt for transportvirksomhederne at finde et alternativ. Under disse omstændigheder kan det ikke bestrides, at jernbanevirksomhederne har en dominerende stilling på markedet for væsentlige ydelser, hvilket ifølge Domstolens og Rettens praksis (ovennævnte domme i sagerne Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, CBEM-sagen og i sagerne RTE mod Kommissionen og BBC mod Kommissionen) retfærdiggør den fastsatte betingelse.
- 198 Hvad angår klagepunktet om, at den fastsatte betingelse er urimeligt vidtgående, har Kommissionen gjort gældende, at retten til adgang til infrastrukturen, som direktivet forbeholder jernbanevirksomheder og internationale sammenslutninger af disse virksomheder, ikke betyder, at andre transportvirksomheder ikke kan drive virksomhed med de samme ydelser som dem, der tilbydes af ENS. Eftersom det alene er jernbanevirksomhederne, der har adgang til infrastrukturen, og da direktivet ikke giver en ny virksomhed på markedet beføjelser til selv at anmode de pågældende infrastrukturforvaltere om en banestrækning, skal jernbanevirksomhederne stille en banestrækning til rådighed for den nye virksomhed for at give denne adgang til markedet. Endvidere gælder den fastsatte betingelse alene de jernbane-ydelser, der er nødvendige for at komme ind på de relevante markeders jernbanesegment, og følgelig er betingelsen ikke urimeligt vidtgående, men sikrer tilstedeværelsen på markedet af flere jernbanetransportvirksomheder, med det formål at skærpe konkurrencen med de andre transportformer.

- 199 Kommissionen har i øvrigt bestridt den fortolkning, ifølge hvilken den fastsatte betingelse forpligter jernbanevirksomhederne til at levere de fornødne jernbaneydelser på hele nettet, dvs. udover på de pågældende ruter. Forpligtelsen vedrører nemlig alene adgangen til de markeder, der er beskrevet i den anfægtede beslutning.
- 200 Endelig har Kommissionen hævdet, at det ikke har nogen betydning, at der ikke er tale om en eksklusivaf tale mellem jernbanevirksomhederne og ENS. Da jernbanevirksomhederne ifølge aftalen deler ENS' tab og fortjeneste, er det nemlig ifølge Kommissionen lidet sandsynligt, at disse samme virksomheder vil ønske at levere ydelser til potentielle konkurrenter.
- 201 Det Forenede Kongerige har som intervenient gjort gældende, at den fastsatte betingelse ikke kan betragtes som nødvendig, idet Kommissionen i beslutningens betragtning 65 allerede har givet til kende, at den finder konkurrencebegrænsningerne nødvendige i den foreliggende sag. Den fremførte begrundelse, nemlig at det er nødvendigt at sikre, at jernbanetransportvirksomheder, der konkurrerer med ENS, kan få adgang til markedet, er ikke relevant, idet der ikke findes sådanne konkurrerende virksomheder. Herved har Kommissionen fordrejet konkurrencevilkårene ved kunstigt at tilskynde virksomheder til at trænge ind på markedet, hvilket den ikke har beføjelse til i henhold til artikel 13 i forordning nr. 1017/68.
- 202 Den anfægtede beslutning er endvidere behæftet med en begrundelsesmangel, idet den ikke i tilstrækkelig grad forklarer, hvorfor Kommissionen har anvendt teorien om »væsentlige faciliteter«. Betingelserne for at anvende denne teori er under ingen omstændigheder opfyldt. For det første kan de pågældende jernbaneydelser, da jernbanevirksomhederne ikke indtager en dominerende stilling på de markeder, Kommissionen har beskrevet i beslutningen, ikke betegnes som væsentlige for konkurrenters adgang til disse markeder. Kommissionens begrundelse for den fastsatte betingelse, som bygger på de pågældende marketers opdeling i segmenter, viser i øvrigt svagheden i Kommissionens argumentation, som på dette punkt er i

strid med den i beslutningen indeholdte markedsanalyse. For det andet har Kommissionen med bemærkningen i beslutningen om, at parterne i ENS-aftalerne skal levere de »fornødne jernbaneydelser« til de nytilkomne virksomheder, såfremt disse ikke selv er i stand til at levere disse ydelser, indirekte erkendt, at jernbanevirksomhederne ikke er de eneste, der har kontrol over de installationer og tjenesteydelser, som det anses for væsentligt at have adgang til, således at den fastsatte betingelse ikke har grundlag i de faktiske forhold.

203 I sit svar til Det Forenede Kongerige har Kommissionen for det første anført, at konstateringen af, at en aftale om oprettelse af et joint venture indebærer konkurrencebegrænsninger, der betragtes som nødvendige, ikke betyder, at alle begrænsningerne er nødvendige. Den fastsatte betingelse har netop til formål at forhindre, at konkurrencebegrænsningerne går videre end nødvendigt. I øvrigt bygger den fastsatte betingelse ikke på teorien om »væsentlige faciliteter«, men på et ønske om i nærværende sag at sikre opfyldelsen af fritagelsesbetingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, og i artikel 5 i forordning nr. 1017/68.

204 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at det på et sammensat marked som det, der er defineret i beslutningen, ikke er nødvendigt, at der lægges hindringer i vejen for adgangen til samtlige markedets segmenter. Hvis dette blev antaget, ville konsekvensen være, at det i tilfælde af en dominerende transportform på et multimodalt marked kun er hindringerne for tredjemands adgang til denne transportform, der henhører under traktatens artikel 85, mens de øvrige transportformer undgår anvendelse af konkurrencereglerne.

Rettens bemærkninger

205 Retten bemærker, at betingelsen i den anfægtede beslutnings artikel 2 ifølge beslutningens betragtning 79 er fastsat for at »sikre, at konkurrencebegrænsningerne ikke bliver mere vidtgående, end hvad der er strengt nødvendigt«.

- 206 Som det imidlertid fremgår af gennemgangen af de to første anbringender, finder Retten, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har foretaget en korrekt og fyldestgørende vurdering af den økonomiske og retlige sammenhæng, som ENS-aftalerne indgår i. Følgelig er det ikke godtgjort, at ENS-aftalerne er konkurrencebegrænsende i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, og at aftalerne derfor kræver en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Da den anfægtede beslutning ikke indeholder relevante undersøgelsesdata om, hvorledes ENS' marked er opbygget og fungerer, eller om omfanget af konkurrencen på dette marked og følgelig heller ikke om de påståede konkurrencebegrænsningers art og udstrækning, var det under disse omstændigheder umuligt for Kommissionen at vurdere, om betingelsen i den anfægtede beslutnings artikel 2 er strengt nødvendig med henblik på en eventuel fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.
- 207 Selv om det kunne antages, at Kommissionen havde foretaget en tilstrækkelig og korrekt vurdering af de pågældende konkurrencebegrænsninger, skal det dog undersøges, om Kommissionen har anvendt traktatens artikel 85, stk. 3, korrekt ved at fastsætte den betingelse, at de anmeldende parter skal levere banestrækningerne, lokomotiverne og personalet hertil til tredjemand på samme vilkår som til ENS, med den begrundelse, at disse ydelser er nødvendige eller, som parterne har drøftet i deres indlæg og i retsmødet, udgør væsentlige faciliteter.
- 208 Retten bemærker i denne forbindelse, at det fremgår af retspraksis vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 86, at et produkt eller en tjenesteydelse kun kan betragtes som væsentlig eller nødvendig, såfremt der ikke findes noget faktisk eller potentielt alternativ (Domstolens dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 53 og 54, og Rettens dom af 12.6.1997, sag T-504/93, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 923, præmis 131).
- 209 Følgelig finder Retten, at når det som i den foreliggende sag drejer sig om en aftale om oprettelse af et joint venture henhørende under traktatens artikel 85, stk. 1, kan moderselskaberne og/eller det således oprettede joint venture alene anses for at være i besiddelse af de infrastrukturer, produkter eller ydelser, der er »nødvendige«

eller »væsentlige« for at få adgang til det relevante marked, såfremt disse infrastrukturer, produkter eller ydelser ikke er »substituerbare«, og såfremt infrastrukturerne, produkterne eller ydelserne er så specielle eller så dyre at reproducere — hvorved der også skal tages hensyn til den tid, der rimeligvis kræves til at reproducere dem — at der ikke findes gyldige alternativer for joint venture-virksomhedens potentielle konkurrenter, som derfor vil være udelukket fra markedet.

- 210 Det er på baggrund af ovenstående betragtninger, at det i analogi med ovennævnte retspraksis (se præmis 208 ovenfor) skal undersøges, dels om Kommissionen i den foreliggende sag med føje kunne betegne de stiftende virksomheders levering til ENS af a) banestrækninger, b) lokomotiver og c) personale som væsentlige eller nødvendige ydelser, som skal tilbydes til tredjemand på samme vilkår som til ENS, dels om Kommissionen i sin beslutning har givet en tilstrækkelig begrundelse herfor. Endelig er det på grundlag af denne undersøgelse, at det også skal kontrolleres, om Kommissionens analyse af de påståede konkurrencebegrænsninger i forhold til tredjemand som følge af de særlige forbindelser mellem de stiftende virksomheder og ENS er korrekt (se præmis 151 ovenfor).

- 211 Hvad for det første angår banestrækningerne må det fastslås, at selv om det i den anfægtede beslutnings artikel 2 hedder, at de anmeldende virksomheder »efter behov tilbyder enhver international sammenslutning af jernbaneselskaber [plads på jernbanenettet]«, skal en beslutnings dispositive del dog ifølge retspraksis sammenholdes med den tilknyttede begrundelse, dvs. i den foreliggende sag betragtning 81 i den anfægtede beslutning. Det fremgår imidlertid af nævnte betragtning 81, at de anmeldende selskaber »dog ikke [skal] have pligt til at efterkomme anmodninger om plads på sporet, der fremsættes af jernbanesammenslutninger som omhandlet i artikel 10 i direktiv 91/440/EØF, som selv kan anmode herom hos de pågældende infrastrukturforvaltere«. Følgelig gælder betingelsen i den anfægtede beslutning alene i tilfælde, hvor tredjemand ikke er en international sammenslutning, men som hævdet af Kommissionen en transportvirksomhed som f.eks. ENS. Som det imidlertid er fastslået ovenfor, er ENS ikke en transportvirksomhed, men en international sammenslutning i direktiv 91/440's forstand. Hertil kommer, at begrebet transportvirksomhed ikke kendes på markedet for passagertransport med jernbane, således som det fungerer i dag. Følgelig er den pågældende betingelse uberettiget, for så vidt som den har til formål at pålægge de stiftende virksomheder, der alle-

rede er i besiddelse af plads på jernbanenettet, at levere denne ydelse til andre virksomheder, der optræder på markedet som transportvirksomheder, idet betingelsen bygger på forkerte forudsætninger.

- 212 Hvad for det andet angår levering af lokomotiver skal det erindres, at lokomotiverne, som det netop er understreget, for at kunne betragtes som væsentlige eller nødvendige faciliteter også skal være væsentlige eller nødvendige for ENS' konkurrenter i den forstand, at disse uden de pågældende faciliteter hverken vil kunne trænge ind på det pågældende marked eller vil kunne fortsætte med at operere på dette. Men da det pågældende marked i beslutningen defineres som det intermodale marked for transport af passagerer, der rejser i forretningsøjemed, samt det ligeledes intermodale marked for passagerer, der rejser som turister, og da ENS' markedsandel på disse to intermodale markeder ifølge Kommissionen ikke overstiger 7%-8% og ifølge parternes anmeldelse end ikke overstiger 5%, kan det ikke antages, at de anmeldende virksomheders nægtelse af at levere speciallokomotiver til brug i Kanaltunnelen til ENS' konkurrenter har til følge, at disse konkurrenter udelukkes fra det pågældende marked som defineret i den anfægtede beslutning. Det er nemlig ikke godtgjort, at en virksomhed med en så lille markedsandel kan være i stand til på nogen måde at påvirke det pågældende markeds funktion og opbygning.
- 213 Det er kun, hvis der var tale om et helt andet marked, nemlig det intramodale marked for forretnings- og fritidsrejser med jernbane, et marked, hvorpå jernbanevirksomhederne for tiden har en dominerende stilling, at en nægtelse af at levere lokomotiver eventuelt kan påvirke konkurrencen. Det skal dog understreges, at det i sidste instans ikke er dette intramodale marked, der i Kommissionens beslutning betragtes som det relevante marked, men det intermodale marked (se betragtning 17-27 i den anfægtede beslutning). Det er først under den skriftlige forhandling, at Kommissionen for første gang har henvist til det intramodale marked for jernbaneydelser som et segment af det intermodale marked for forretnings- og fritidsrejser for at begrunde den forpligtelse til at levere lokomotiver til ENS' konkurrenter, der er pålagt de anmeldende virksomheder. Det kan ganske vist ikke udelukkes, at man kan vurdere en aftales virkninger såvel på hovedmarkedet som på et af dets segmenter, men i så fald skal såvel sondringen mellem hovedmarked og et eller

flere segmenter heraf som grundene til en sådan sontring klart og utvetydigt fremgå af en beslutning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

- 214 Selv om det antages, at Kommissionens forklaringer i denne forbindelse under den skriftlige forhandling ikke skal opfattes som en omdefinition af det relevante marked, som Kommissionen har defineret i betragtning 17-27 til den anfægtede beslutning, men snarere som en tydeliggørelse af denne definition, bliver resultatet dog stadig, at Kommissionens vurdering i den foreliggende sag ikke er forsynet med en begrundelse.
- 215 Som sagsøgerne har gjort gældende, indeholder den anfægtede beslutning nemlig ikke undersøgelsesdata, der viser, at de pågældende lokomotiver er væsentlige eller nødvendige. Det skal navnlig bemærkes, at det ikke af den anfægtede beslutning kan udledes, at tredjemand ikke kan anskaffe sådanne lokomotiver enten direkte hos fabrikanterne eller indirekte ved at købe eller leje dem af andre virksomheder. Sagens akter indeholder heller ikke nogen korrespondance mellem Kommissionen og andre virksomheder, hvoraf det fremgår, at disse ikke har mulighed for at anskaffe de pågældende lokomotiver på markedet. Som sagsøgerne har fremhævet, kan enhver virksomhed, der ønsker at tilbyde de samme jernbaneydelser som ENS og herved benytte Kanaltunnelen, frit købe eller leje de pågældende lokomotiver på markedet. Det fremgår endvidere af oplysningerne i sagen, at de anmeldende virksomheders og ENS' aftaler om levering af lokomotiver ikke giver ENS nogen eneret, således at hver enkelt af de anmeldende virksomheder frit kan levere de samme lokomotiver til tredjemand og ikke udelukkende til ENS.
- 216 Det skal i denne forbindelse tilføjes, at Kommissionen ikke har bestridt, at tredjemand frit kan købe eller leje de pågældende lokomotiver på markedet, men blot har fundet, at der i virkeligheden er tale om en rent teoretisk mulighed, da alene de anmeldende virksomheder faktisk er i besiddelse af disse lokomotiver. Dette argument fra Kommissionens side kan imidlertid ikke tages til følge. At de anmeldende

virksomheder er de første, der har anskaffet de pågældende lokomotiver på markedet, er ikke ensbetydende med, at de er de eneste, der kan købe dem.

- 217 Heraf følger, at Kommissionens vurdering af væsentligheden eller nødvendigheden af speciallokomotiverne til brug i Kanaltunnelen og dermed også den forpligtelse, der pålægges de stiftende virksomheder til at levere sådanne lokomotiver til tredjemand, mangler begrundelse eller i hvert fald kun er utilstrækkeligt begrundet.
- 218 Af de ovennævnte grunde er den forpligtelse, der er pålagt de stiftende virksomheder til også at levere personalet til speciallokomotiverne til brug i Kanaltunnelen til tredjemand, behæftet med mangler i form af manglende eller utilstrækkelig begrundelse.
- 219 Heraf følger, at den anfægtede beslutning, for så vidt den pålægger sagsøgerne pligt til at levere de samme »fornødne ydelser« til de tredjemænd, som er ENS' konkurrenter, som de leverer til ENS, savner begrundelse eller i hvert fald er utilstrækkeligt begrundet.
- 220 Det fremgår ligeledes af det ovenfor anførte, at Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne i forhold til tredjemand som følge af de særlige forbindelser mellem de stiftende virksomheder og ENS heller ikke er rigtig (se præmis 150 og 151 ovenfor). For så vidt ENS som påvist ovenfor ikke er en transportvirksomhed, kan jernbanemarkedet nemlig alt taget i betragtning kun opdeles i to særskilte produktmarkeder, nemlig et integreret marked for passagertransportydelser, på hvilket kun jernbanevirksomheder og disses internationale sammenslutninger optræder, og et marked for adgang til og forvaltning af infrastrukturen, som styres af infrastrukturforvalterne i direktiv 91/440's forstand (se vedrørende de relevante regler ovenfor, præmis 1-6). Det skal her tilføjes, at det argument, Kommissionen fremførte i retsmødet, nemlig at det fremgår af præmis 55 i Rettens dom af 21.

oktober 1997 (sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689), at markedet for jernbaneydelser udgør et særskilt delmarked i forhold til markedet for jernbanetransport i almindelighed, ikke kan tages til følge, idet Rettens konstatering i den nævnte sag kun vedrører markedet for kombineret jernbanetransport. Konkurrencebegrænsningerne i forhold til tredjemand skal derfor analyseres på grundlag af de to ovennævnte markeder.

- 221 Hvad herved for det første angår adgangen til infrastrukturen (banestrækninger) bemærker Retten, at selv om tredjemands adgang til denne infrastruktur principielt kan hindres, når det er konkurrerende virksomheder, der kontrollerer adgangen, forpligter direktiv 91/440 udtrykkeligt de jernbanevirksomheder, som samtidig er infrastrukturforvaltere, til at give internationale sammenslutninger, der konkurrerer med ENS, adgang til denne infrastruktur på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår. Følgelig kan ENS-aftalerne pr. definition ikke hindre tredjemands adgang til infrastrukturen. Hvad angår leveringen til ENS af speciallokomotiver til brug i Kanaltunnelen samt personale hertil kan denne levering ikke i sig selv hindre tredjemands adgang til markedet på det efterfølgende trin, medmindre disse lokomotiver og dette personale skal betragtes som væsentlige faciliteter. Da disse speciallokomotiver og personalet hertil af ovennævnte grunde (se præmis 210-215) ikke kan betegnes som væsentlige faciliteter, kan den omstændighed, at det i aftalerne om udførelse af nattogetransport bestemmes, at disse ydelser skal leveres til ENS, ikke betragtes som et forhold, der medfører konkurrencebegrænsninger i forhold til tredjemand. Følgelig er Kommissionens analyse af konkurrencebegrænsningerne i forhold til tredjemand heller ikke rigtig (se præmis 150 og 151 ovenfor).

4. *Det fjerde anbringende om, at den meddelte fritagelse er for kortvarig*

Parternes argumenter

- 222 Sagsøgerne har fremhævet, at ENS-aftalerne indebærer en betydelig, langsigtet investering, og at projektet for at være lønsomt forudsætter, at der opnås en fordelagtig finansiering over 20 år med henblik på køb af det særlige rullende mate-

riel, hvorfor en fritagelse gældende i otte år er utilstrækkelig. Beslutningens henvisning til den tid, visse jernbanevirksomheder finder nødvendig for at forrente en anden aftale, der drejer sig om kombineret godstransport gennem Kanaltunnelen, er i denne forbindelse irrelevant, idet henvisningen vedrører et joint venture, som er aktivt i en anden sektor end ENS, og som ingen af de anmeldende parter deltager i.

- 223 Hvad angår den begrundelse, der er givet i beslutningens betragtning 73, hvor det hedder, at fritagelsens varighed bl.a. afhænger af, i hvilket tidsrum det vil være rimeligt at antage, at vilkårene på markedet ikke vil blive nævneværdigt ændret, finder sagsøgerne ikke, at Kommissionen giver nogen oplysninger, der gør det muligt at antage, at der vil indtræffe sådanne ændringer efter fritagelsens udløb, hvorimod de økonomiske risici vil blive forværret som følge af den forholdsvis korte fritagelsesperiode.

- 224 Sagsøgerne har i denne forbindelse tilføjet, at Kommissionen i sine tidligere beslutninger altid har fundet, at joint ventures, som kræver store, langsigtede investeringer, og hvis formål er at udvikle et nyt produkt, nødvendigvis har brug for lang tid til at forrente den investerede kapital. Sagsøgerne finder, at betragtningen i beslutningen om, at den fælles anskaffelse af materiel ikke er en forudsætning for den kommercielle udnyttelse af dette materiel, savner ethvert grundlag i den foreliggende sag, idet det rullende materiel, som ENS anvender, kun kan benyttes til forbindelser mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet. Af alle disse grunde har sagsøgerne konkluderet, at den anfægtede beslutning hviler på et åbenbart urigtigt skøn, og/eller at beslutningen mangler begrundelse eller er utilstrækkeligt begrundet.

- 225 Kommissionen har anført, at en fritagelses varighed skal fastsættes ud fra de markedsvilkår, der gælder på det tidspunkt, hvor beslutningen vedtages, under hensyntagen til de ændringer på det pågældende marked, der med rimelighed kan forud-

ses. Kommissionen finder, at varigheden af fritagelsen i den foreliggende sag, dvs. ti år fra anmeldelsen og otte år fra beslutningens vedtagelse, tager hensyn til både den økonomiske udvikling, som det vil være realistisk at forvente, og virksomhedernes behov for retssikkerhed. Det fremgår nemlig af anmeldelsen af aftalerne, at de pågældende jernbanevirksomheders økonomiske prognoser har vist, at ENS' natotogsydelser vil skabe tilstrækkelige indtægter til at dække udgifterne allerede fra det fjerde driftsår (anmeldelsen, s. 35, afsnit II.4.e.1.4, og svarskriftet, bilag 1). Ifølge Kommissionen berettiger den omstændighed, at finansieringen af købet af det rullende materiel vil strække sig over 20 år, ikke til, at der indrømmes en længere fritagelse, idet fælles anskaffelse af materiel ikke er en forudsætning for den kommercielle udnyttelse af dette materiel.

- 226 Kommissionen har tilføjet, at fritagelsen under alle omstændigheder i medfør af artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 1017/68 kan forlænges mere end én gang, såfremt omstændighederne berettiger hertil, og at en sådan forlængelse i praksis meddeles, når markedsvilkårene ikke har ændret sig væsentligt. Skulle der indtræffe betydelige ændringer, kan Kommissionen endvidere gentage sin beslutning og herved knytte andre betingelser til den end dem, der er fastsat i den gamle beslutning.
- 227 Det Forenede Kongerige har som intervenient gjort gældende, at den betingelse, jernbanevirksomhederne skal opfylde, og fritagelsens varighed ændrer de økonomiske forhold, på grundlag af hvilke parterne i ENS-aftalerne har forpligtet sig til at levere de nye jernbaneydelser, der er tale om. Størrelsen af parternes investering er et væsentligt forhold, som der bør tages hensyn til ved fastlæggelsen af fritagelsens varighed. Da dette forhold ikke er indgået i overvejelserne, er beslutningen uforenelig med politikken, der går ud på at tilskynde den private sektor til at deltage i udviklingen af de transeuropæiske net.
- 228 Kommissionen har svaret, at varigheden af den indrømmede fritagelse er både tilstrækkelig og berettiget, og har tilføjet, at dens beslutning, i modsætning til, hvad Det Forenede Kongerige har hævdet, er i overensstemmelse med Kommissionens politik med hensyn til den private sektors rolle i udviklingen af de transeuropæiske net.

Rettens bemærkninger

- 229 Som det fremgår af gennemgangen af de to første anbringender, finder Retten, at Kommissionen ikke har foretaget en korrekt og fyldestgørende vurdering af den økonomiske og retlige sammenhæng, som ENS-aftalerne indgår i. Følgelig er det ikke godtgjort, at ENS-aftalerne udgør konkurrencebegrænsninger i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, og at aftalerne derfor skal søges fritaget i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Følgelig har Kommissionen ikke været i stand til at vurdere, hvad der vil være en passende varighed for en eventuel fritagelse i henhold til nævnte artikel.
- 230 Selv om det antages, at Kommissionens vurdering i den anfægtede beslutning af konkurrencebegrænsningerne er fyldestgørende og rigtig, finder Retten, at en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, eller — som i den foreliggende sag — i henhold til artikel 5 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen skal være af tilstrækkelig lang varighed til at give de fritagne virksomheder mulighed for at realisere de fordele, som berettiger til fritagelsen, dvs. i den foreliggende sag fremme af den økonomiske udvikling og fordelene for brugerne ved nye transportydelser af høj kvalitet, jf. betragtning 59, 60 og 61 i den anfægtede beslutning. For så vidt denne udvikling og disse fordele ikke kan opnås uden betydelige investeringer, udgør det tidsrum, der er nødvendigt for at forrente de pågældende investeringer, nødvendigvis et væsentligt element i vurderingen af varigheden af en fritagelse, ikke mindst da det i et tilfælde som det foreliggende står fast, at der er tale om fuldstændig nye ydelser, der kræver betydelige investeringer, er forbundet med høj økonomisk risiko og kræver sammenlægning af de enkelte deltagende virksomheders knowhow (beslutningens betragtning 63, 64 og 75).
- 231 Under disse omstændigheder finder Retten, at det anførte hensyn i beslutningens betragtning 73, hvorefter »fritagelsens varighed [derfor bl.a. må] afhænge af, i hvilket tidsrum det vil være rimeligt at antage, at vilkårene på markedet ikke vil blive

nævneværdigt ændret», ikke i sig selv kan betragtes som et afgørende element for fastsættelsen af fritagelsens varighed, hvis der ikke samtidig tages hensyn til, hvor lang tid der er nødvendig, for at parterne kan opnå en tilfredsstillende forrentning af deres investering.

- 232 Retten bemærker, at den anfægtede beslutning ikke indeholder en detaljeret vurdering af, hvor lang tid der kræves for at forrente de pågældende investeringer, under omstændigheder, der tilgodeser hensynet til retssikkerheden, navnlig henset til, at parternes finansielle forpligtelser med henblik på anskaffelse af det særlige rullende materiel er indgået for 20 år. Kommissionens påstand i beslutningens betragtning 76 om, at visse jernbanevirksomheder, der udfører kombineret godstransport, over for Kommissionen har tilkendegivet, at en fritagelse af fem års varighed er nødvendig for at kunne etablere en ny transportydelse og sikre dens rentabilitet, er i denne forbindelse irrelevant, idet der som fastslået ovenfor (se præmis 185, 186 og 187) er tale om et joint venture, der er aktivt på et andet marked end ENS.

- 233 Angående Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutnings betragtning 75 om, at investeringernes størrelse ikke kan betragtes som havende afgørende betydning for fastsættelsen af fritagelsens varighed, fordi fælles anskaffelse af materiel ikke er en forudsætning for den kommercielle udnyttelse af dette materiel, må det fastslås, at beslutningen ikke indeholder nogen forklaring på, hvorfor anskaffelsen af materiellet ikke skulle være en »forudsætning« for den kommercielle udnyttelse af materiellet, da det rullende materiel, der er tale om, alene er anskaffet — og de finansielle forpligtelser i den forbindelse alene indgået — som led i de anmeldte aftaler. Under alle omstændigheder har Kommissionen ikke bestridt sagsøgernes påstand om, at der kun er meget begrænsede muligheder for en anden udnyttelse af det pågældende rullende materiel.

- 234 Heraf følger, at Kommissionens beslutning om at begrænse varigheden af den fritagelse, der er indrømmet for ENS-aftalerne, til otte år, savner begrundelse.
- 235 I betragtning af det ovenfor anførte må sagsøgernes fjerde anbringende tages til følge.
- 236 Det fremgår i det hele af det foregående, uden at det er nødvendigt at tage stilling til SNCF's anbringende i sag T-384/94 om tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 1017/68, at den anfægtede beslutning må annulleres.

Sagens omkostninger

- 237 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgerne har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, skal Kommissionen betale sagens omkostninger, herunder de omkostninger, der er afholdt af SNCF, som har interveneret i sagerne T-374/94 og T-384/94.
- 238 I henhold til artikel 87, stk. 4, i Rettens procesreglement skal Det Forenede Kongerige bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET*TEN (Anden Afdeling)

- 1) Kommissionens beslutning 94/663/EF af 21. september 1994 om anvendelse af EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/34.600 — Night Services) annulleres.
- 2) Kommissionen betaler sagens omkostninger.
- 3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, der har intervenseret i sagen, bærer sine egne omkostninger.

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. september 1998.

H. Jung

A. Kalogeropoulos

Justitssekretær

Afdelingsformand