

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

15 september 1998^{*}

In de gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94,

European Night Services Ltd (ENS), vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen,

Eurostar (UK) Ltd, voorheen **European Passenger Services Ltd (EPS)**, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen,

vertegenwoordigd door T. Sharpe, QC, lid van de balie van Engeland en Wales, geïnstrueerd door A. R. M. Nourry, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger, Hoss en Prussen, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

verzoeksters in respectievelijk
zaak T-374/94 en zaak T-375/94,

Union internationale des chemins de fer (UIC), vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Parijs,

^{*} Procestalen: Engels en Frans.

NV Nederlandse Spoorwegen (NS), vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Utrecht (Nederland),

vertegenwoordigd door E. H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Frieden, advocaat aldaar, Avenue Guillaume 62,

verzoeksters in zaak T-384/94,

Société nationale des chemins de fer français (SNCF), vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door C. Momège, advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. Schmitt, advocaat aldaar, Avenue Guillaume 62,

verzoekster in zaak T-388/94 en
interveniënte in de zaken T-374/94 en T-384/94,

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door L. Nicoll, als gemachtigde, en K. P. E. Lasok, QC, van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Britse ambassade, Boulevard Roosevelt 14,

interveniënt,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door F. E. González Díaz, lid van haar juridische dienst, vervolgens door G. Marrenco, juridisch hoofdadviseur, als gemachtigden, bijgestaan door A. Barav, Barrister, lid van de balie van Engeland en Wales, en advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 94/663/EG van de Commissie van 21 september 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (IV/34.600 — Night Services) (PB L 259, blz. 20),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Kalogeropoulos, kamerpresident, C. W. Bellamy en J. Pirrung, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 22 oktober 1997,

het navolgende

Arrest

Juridisch kader

1 Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (PB L 237, blz. 25; hierna: „richtlijn 91/440”) beoogt de aanpassing van de communautaire spoorwegen aan de behoeften van de ongedeelde markt te vergemakkelijken en hun efficiëntie te vergroten. In de eerste plaats waarborgt zij de bestuurlijke onafhankelijkheid van de spoorwegondernemingen om hen in de gelegenheid te stellen een commercieel beleid te voeren. Artikel 5, lid 3, bepaalt te dien einde, dat deze ondernemingen „vrij [zijn] om

— met één of meer andere spoorwegondernemingen een internationaal samenwerkingsverband te vormen;

(...)

— toezicht te houden op de levering en de marketing van de diensten, en de tarieven ervan vast te stellen (...);

(...)

— hun marktaandeel uit te breiden, nieuwe technologieën en nieuwe diensten te ontwikkelen en nieuwe managementtechnieken in te voeren;

— nieuwe activiteiten te starten in aanverwante sectoren”.

- 2 In de tweede plaats voorziet zij in een scheiding van het beheer van de spoorweginfrastructuur en de exploitatie van de vervoersdiensten van de spoorwegondernemingen, waarbij de boekhoudkundige scheiding verplicht en de organisatorische of institutionele scheiding facultatief is (artikel 1 en afdeling III van de richtlijn).

- 3 Ten slotte vormt de richtlijn een eerste etappe op weg naar de geleidelijke liberalisatie van de markt van het spoorwegvervoer, voor zover daarin voor het eerst spoorwegondernemingen die internationaal gecombineerd vervoer verrichten en verenigingen van spoorwegondernemingen onder bepaalde voorwaarden vanaf 1 januari 1993 recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur in de Gemeenschap krijgen.

- 4 In artikel 10 van de richtlijn wordt namelijk bepaald:

„1. Aan de internationale samenwerkingsverbanden worden toegangs- en doorvoerrechten verleend in de lidstaten waar de samenstellende spoorwegondernemingen zijn gevestigd, alsmede doorvoerrechten in de andere lidstaten voor het verrichten van internationale vervoersdiensten tussen de lidstaten waar de samenstellende ondernemingen van die samenwerkingsverbanden zijn gevestigd.

2. De spoorwegondernemingen die onder de werkingssfeer van artikel 2 vallen, krijgen onder billijke voorwaarden recht op toegang tot de infrastructuur van de andere lidstaten met het oog op de exploitatie van internationale gecombineerde goederenvervoersdiensten.

(...)”

- 5 Daartoe wordt in artikel 3 van de richtlijn de spoorwegonderneming gedefinieerd als: „iedere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke onderneming waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het leveren van spoorwegvervoersdiensten voor goederen en/of reizigers, waarbij in ieder geval door deze onderneming voor de tractie moet worden gezorgd”. Volgens deze zelfde bepaling wordt „ieder samengaan van ten minste twee in verschillende lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen, dat ten doel heeft het leveren van diensten op het gebied van internationaal vervoer tussen lidstaten” als internationaal samenwerkingsverband aangemerkt.
- 6 Voor de toepassing van richtlijn 91/440 heeft de Raad op 19 juni 1995 richtlijn 95/18/EG betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen (PB L 143, blz. 70) vastgesteld, alsmede richtlijn 95/19/EG inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van gebruiksrechten voor de infrastructuur (PB L 143, blz. 75).

De feiten

- 7 Op 29 januari 1993 ontving de Commissie een verzoek om artikel 2 van verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 175, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1017/68”) voor overeenkomsten inzake het vervoer per spoor van reizigers via de Kanaaltunnel buiten toepassing te verklaren, of om althans voor deze overeenkomsten een ontheffing uit hoofde van artikel 5 van deze verordening te verlenen.
- 8 Dit verzoek (hierna: „aanmelding”) was door European Night Services Ltd (hierna: „ENS”) ingediend namens British Rail (hierna: „BR”), de Deutsche Bundesbahn (hierna: „DB”), de NV Nederlandse Spoorwegen (hierna: „NS”) en de Société nationale des chemins de fer français (hierna: „SNCF”). De aanmelding was van te voren eveneens goedgekeurd door de Nationale Maatschappij der

Belgische Spoorwegen (hierna: „NMBS”), die destijds een optie op deelneming aan ENS had, welke evenwel in juli 1993 is vervallen. NMBS is nog steeds partij bij een van de met ENS gesloten exploitatieovereenkomsten.

- 9 Bij de eerste aangemelde overeenkomst hadden de vier bovengenoemde spoorwegondernemingen BR, SNCF, DB en NS rechtstreeks of via een dochtermaatschappij de vennootschap ENS opgericht, welke in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd en ten doel had, het vervoer van passagiers per nachttrein tussen Groot-Brittannië en het vasteland via de Kanaaltunnel aan te bieden en te exploiteren op de volgende vier trajecten: Londen-Amsterdam, Londen-Frankfurt/Dortmund, Glasgow/Swansea-Parijs en Glasgow/Plymouth-Brussel.

- 10 Bij brief van 15 oktober 1997 heeft ENS het Gerecht evenwel medegedeeld, dat de spoorwegdiensten van en naar Brussel in december 1994 waren gestaakt, dat het traject Londen-Frankfurt/Dortmund in augustus 1996 was vervangen door het traject Londen-Keulen en dat de enige trajecten die thans werden voorzien, Londen-Amsterdam/Keulen waren.

- 11 Op 9 mei 1994 werd European Passenger Services Ltd (hierna: „EPS”), op het tijdstip van aanmelding van de ENS-overeenkomsten een dochtermaatschappij van BR, door deze laatste aan de Britse overheid overgedragen en sedert die datum is zij een spoorwegonderneming in de zin van artikel 3 van richtlijn 91/440, op gelijke voet als SNCF, DB en NS (hierna, met inbegrip van EPS: „betrokken spoorwegondernemingen” of „oprichters”). Terzelfder tijd is ook de deelneming van BR in ENS aan EPS overgedragen. Bij brief van 25 september 1997 hebben ENS en EPS het Gerecht medegedeeld dat de naam EPS is gewijzigd in Eurostar UK Ltd (hierna: „EUKL”), en hebben zij verzocht om EPS telkens te lezen als EUKL en omgekeerd. Verder verklaarden zij, dat de deelneming van de Britse overheid in het kapitaal van EPS op 31 mei 1996 aan London & Continental Railways was overgedragen. In het Verenigd Koninkrijk behoort nagenoeg het gehele spoorweginfrastructuur en de verwante infrastructuur, die voorheen in eigendom van BR waren, thans toe aan Railtrack, de beheerder van de spoorweginfrastructuur.

- 12 De tweede categorie van aangemelde overeenkomsten omvatte de exploitatie-overeenkomsten die ENS met de betrokken spoorwegondernemingen en NMBS had gesloten en op grond waarvan elk van hen overeenkwam om ENS bepaalde diensten te verlenen, waaronder tractiediensten op hun spoorwegnet (locomotief, bedieningspersoneel en opname in dienstregeling), reinigingsdiensten, onderhoud van het materieel en de afwikkeling van het reizigersverkeer. EPS en SNCF kwamen bovendien overeen, voor de tractie op het traject van de Kanaaltunnel te zorgen.
- 13 Voor de exploitatie van het vervoer van passagiers per nachttrein schaften de betrokken spoorwegondernemingen via ENS speciaal rollend materieel aan dat geschikt is voor de verschillende spoorwegsysteem en het traject via de Kanaaltunnel, waarvoor de totale kosten 136,7 miljoen UKL beliepen, welke in januari 1996 zijn gebracht op 158 miljoen UKL, zijnde de contractprijs, de geraamde kosten voor reserveonderdelen, aanpassingen, leveranties, tests en ingebruikneming, alsmede de researchkosten. Deze aanschaf werd gefinancierd met behulp van langetermijnleaseovereenkomsten met een duur van 20 jaar, welk in januari 1996 op 25 jaar is gebracht.
- 14 In de aanmelding verklaarden ENS en de betrokken spoorwegondernemingen, dat ENS op de relevante dienstenmarkt in concurrentie met vliegtuig, bus, veerboot en eigen auto een totaal marktaandeel van ongeveer 2,4 % in de categorie zakenreizen en ongeveer 5 % in de categorie vrijetijdsreizen kon behalen. Zelfs indien de relevante dienstenmarkt enger werd gedefinieerd, waarbij enkel met de betrokken trajecten rekening werd gehouden, zouden de totale marktaandelen van ENS onbetekend blijven. Geen van de betrokken spoorwegondernemingen kon op de trajecten waarop ENS diensten aanbiedt, een vergelijkbare dienst in haar eentje exploiteren, en niets wees erop, dat een ander samenwerkingsverband belangstelling voor dezelfde activiteit had getoond of daarvan kon profiteren. De aanmeldende partijen gaven bovendien de verzekering, dat de ENS-overeenkomsten niet meer belemmeringen opwierpen dan er reeds voor andere ondernemingen bestonden die vergelijkbare diensten wensten aan te bieden, die „internationale samenwerkingsverbanden” in de zin van artikel 3 van richtlijn 91/440 konden vormen; aldus zouden dergelijke verbanden toegang tot de spoorweginfrastructuur — opneming in de dienstregeling op de betrokken trajecten — verkrijgen en zouden zij geen enkel probleem hebben om gekwalificeerd personeel en geschikt rollend materieel te vinden.

- 15 Overeenkomstig artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1017/68 is een mededeling betreffende de aanmelding van de ENS-overeenkomsten bekend gemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 29 mei 1993 (mededeling 93/C149/07, PB C 140, blz. 10). In deze mededeling informeerde de Commissie de aanmeldende ondernemingen, dat zij voorshands van oordeel was, dat de aangemelde overeenkomsten een inbreuk op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag konden vormen en dat zij in dat stadium van de procedure nog geen beslissing omtrent de eventuele toepasselijkheid van artikel 5 van deze verordening had genomen. Zij nodigde alle belanghebbende derden uit om haar binnen 30 dagen na bekendmaking van deze mededeling hun opmerkingen kenbaar te maken.
- 16 Bij brief van 23 juli 1993 deelde de Commissie de aanmeldende ondernemingen mee, dat er ernstige twijfel in de zin van artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1017/68 omtrent de toepasselijkheid van artikel 5 van deze verordening op de aangemelde overeenkomsten bestond.
- 17 Op 4 juni 1994 maakte de Commissie in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* een mededeling overeenkomstig artikel 26, lid 3, van verordening nr. 1017/68 bekend (PB C 153, blz. 15), waarin zij aankondigde, dat de aangemelde overeenkomsten in aanmerking zouden kunnen komen voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 53, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-overeenkomst”), mits — voornamelijk — nieuwe marktdeelnemers van de aanmeldende partijen dezelfde spoorwegdiensten konden kopen als die welke die spoorwegondernemingen zich hadden verbonden om aan ENS te verkopen. Tenzelfde tijd nodigde de Commissie belanghebbende derden uit om haar binnen 30 dagen na bekendmaking van de mededeling hun opmerkingen kenbaar te maken. Geen enkele belanghebbende derde heeft evenwel gevolg gegeven aan deze uitnodiging.

Bestreden beschikking

- 18 Op 21 september 1994 gaf de Commissie beschikking 94/663/EG inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (IV/34.600 — Night Services) (PB L 259, blz. 20; hierna: „beschikking” of „bestreden beschikking”). Zij is gebaseerd op verordening nr. 1017/68, in

het bijzonder op artikel 5 daarvan, krachtens welk het verbod op mededingingsregelingen, dat in artikel 2 van deze verordening in nagenoeg identieke bewoordingen als in de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt gesteld, met terugwerkende kracht voor bepaalde overeenkomsten tussen ondernemingen buiten toepassing kan worden verklaard.

- 19 In de beschikking worden twee relevante dienstenmarkten onderscheiden: de markt voor het vervoer van zakenmensen, voor wie lijnvluchten, reizen met de hogesnelheidstrein en de door ENS aangeboden spoorwegdiensten substitueerbaar zijn (punt 26), en de markt voor het vervoer van hen die bij hun vrijetijdsbesteding reizen, voor wie het vervoer per vliegtuig in de toeristenklasse, trein, bus en eventueel eigen auto substitueerbare mogelijkheden bieden (punt 27).
- 20 Anders dan de aanmeldende partijen hadden gesteld, verklaart de Commissie in de beschikking, dat de relevante geografische markt niet het gehele grondgebied van het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Duitsland en de Benelux-landen omvat, maar moet worden beperkt tot de vier trajecten waarop ENS daadwerkelijk treindiensten aanbiedt: Londen-Amsterdam, Londen-Frankfurt/Dortmund, Parijs-Glasgow/Swansea, Brussel-Glasgow/Plymouth (punt 29).
- 21 Onder verwijzing naar de bekendmaking van de Commissie van 16 februari 1993 betreffende de beoordeling van de gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB C 43, blz. 2; hierna: „bekendmaking van 1993”) wordt in de beschikking vervolgens verklaard, dat ENS een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband is (punten 30-37). Daarin wordt namelijk vastgesteld, dat de ondernemingen die ENS hebben opgericht, zich niet definitief uit de betrokken markt terugtrekken en dat zij over ruim voldoende technische en financiële middelen beschikken om een internationaal samenwerkingsverband in de zin van artikel 3 van richtlijn 91/440 te stichten en om personenvervoersdiensten per nachttrein aan te bieden. Voorts wordt daarin verklaard, dat deze ondernemingen hun hoofdactiviteit behouden op een markt die zich hoger in de bedrijfskolom bevindt dan ENS, namelijk de markt van de noodzakelijke spoorwegdiensten die de spoorwegondernemingen aan vervoersbedrijven zoals ENS verkopen. De

gemeenschappelijke onderneming ENS vormt derhalve een binnen de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag vallende overeenkomst, hetgeen ook geldt voor de exploitatieovereenkomsten die tussen haar en elk van de spoorwegondernemingen die haar hebben opgericht, alsmede de NMBS zijn gesloten.

22 Vervolgens worden in de beschikking de mededingingsbeperkingen vermeld, die uit de ENS-overeenkomsten zouden voortvloeien (punten 38-53).

23 Volgens de beschikking hebben de betrokken overeenkomsten in de eerste plaats de bij artikel 10 van richtlijn 91/440 gecreëerde mogelijkheden van concurrentie tussen de oprichtende ondernemingen teniet gedaan of aanzienlijk beperkt (punten 38-45). Zowel bestaande als nieuwe spoorwegondernemingen, waaronder dochtermaatschappijen van bestaande ondernemingen, kunnen gebruik maken van de door deze bepaling geboden rechten van toegang en de lidstaten kunnen zich in hun nationale wetgeving liberaler opstellen ten aanzien van de toegang tot de infrastructuur. Op grond daarvan zouden bijvoorbeeld DB en NS met een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde spoorwegonderneming een internationaal samenwerkingsverband kunnen vormen om via de Kanaaltunnel internationale vervoersdiensten te exploiteren. Ook mag elke spoorwegonderneming die bij de oprichting van ENS betrokken is, zelf als „vervoersbedrijf” diensten verrichten, of een als „vervoersbedrijf” optredende, gespecialiseerde dochtermaatschappij oprichten en aldus internationale vervoersdiensten exploiteren waarbij de onontbeerlijke spoorwegdiensten van de betrokken spoorwegondernemingen worden gekocht.

24 In de tweede plaats kan volgens de beschikking de oprichting van ENS, gezien de economische macht van de oprichtende ondernemingen, de toegang tot de markt voor mogelijke concurrenten van ENS belemmeren (punten 46-48). De moedermaatschappijen van ENS behouden een machtspositie voor de levering van spoorwegdiensten in hun lidstaat van oorsprong, vooral wat de speciale locomotieven voor de Kanaaltunnel betreft. Wegens de rechtstreekse toegang van ENS tot deze diensten en de bevoorrechte betrekkingen met haar moedermaatschappijen dreigen de andere bedrijven bij de aankoop van onontbeerlijke spoorwegdiensten aldus in een minder gunstige concurrentiepositie te geraken. Evenzo dient rekening te worden gehouden met het feit dat BR en SNCF op grond van de tussen hen en

Eurotunnel gesloten overeenkomst over een belangrijk gedeelte van de doortochten voor de internationale treinen in de Kanaaltunnel beschikken.

- 25 Ten slotte worden volgens de beschikking deze mededingingsbeperkingen versterkt door het feit dat ENS behoort tot een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen tussen de oprichters. BR/EPS, SNCF, DB en NS nemen namelijk in verschillende mate deel aan een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen voor de exploitatie van diensten op het gebied van het goederen- en reizigersvervoer, met name via de Kanaaltunnel. Zo participeren BR en SNCF in de oprichting van Allied Continental Intermodal Services Ltd (hierna: „ACI”) voor het gecombineerde goederenvervoer en neemt BR met NMBS deel aan de oprichting van „Autocare Europe” voor het vervoer van motorvoertuigen per spoor (punten 49-52).
- 26 Volgens de beschikking voldoen de betrokken overeenkomsten, hoewel zij niet onder de wettelijke uitzondering voor technische overeenkomsten van artikel 3 van verordening nr. 1017/68 vallen, op grond dat zij niet uitsluitend de toepassing van technische verbeteringen of de technische samenwerking in de zin van deze bepaling tot doel en tot gevolg hebben (punten 55-58), aan de voorwaarden van artikel 5 van deze verordening en artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst (punten 59-70). De oprichting van ENS draagt namelijk bij tot de economische vooruitgang, door in het bijzonder de mededinging tussen de verschillende wijzen van vervoer te verzekeren, en de gebruikers hebben rechtstreeks baat bij de invoering van deze nieuwe diensten. Verder zijn de vastgestelde mededingingsbeperkingen onmisbaar in verband met het feit dat het hier geheel nieuwe diensten betreft waarmee belangrijke financiële risico's gemoeid zijn die een onderneming moeilijk alleen kan dragen. Mits een voorwaarde wordt opgelegd om op de markt de aanwezigheid van met ENS concurrerende spoorwegvervoersondernemingen te verzekeren, schakelt de oprichting van ENS dus niet alle mededinging op de betrokken markt uit.
- 27 Bijgevolg worden in de beschikking de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en van artikel 53, lid 1, van de EER-overeenkomst voor een periode van acht jaar, dat wil zeggen tot 31 december 2002, buiten toepassing verklaard (artikel 1 van de beschikking) en wordt deze ontheffing verbonden aan de voorwaarde

(hierna: „opgelegde voorwaarde”), dat „de spoorwegondernemingen die partij zijn bij de ENS-overeenkomst, zo nodig aan elk internationaal samenwerkingsverband van spoorweg- of vervoersondernemingen die nachttreinen voor passagiersvervoer via de Kanaaltunnel willen exploiteren, de onontbeerlijke spoorwegdiensten dienen aan te bieden, waartoe zij zich hebben verplicht deze aan ENS te leveren. Deze diensten dienen de terbeschikkingstelling van de locomotief en het bedieningspersoneel daarvan en opname in de dienstregeling van de respectieve nationale netten en van de Kanaaltunnel te omvatten. De spoorwegondernemingen dienen deze diensten op hun netten volgens dezelfde technische en financiële voorwaarden te leveren als die welke voor ENS gelden” (artikel 2 van de beschikking).

Procesverloop

- 28 Bij op 22 november 1994 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben ENS en EPS beroep ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-374/94 respectievelijk nummer T-375/94.
- 29 Bij op 5 december 1994 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben de Union internationale des chemins de fer (hierna: „UIC”) en NS beroep ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-384/94.
- 30 Bij op 13 december 1994 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft SNCF beroep ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-388/94.
- 31 Bij op 6 februari 1995 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft de Commissie overeenkomstig artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht in zaak T-388/94 een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Verzoekster heeft haar opmerkingen betreffende deze exceptie ingediend op 20 maart 1995.

- 32 Op 28 juni 1995 heeft het Gerecht (Eerste kamer — uitgebreid) bij beschikking besloten de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te voegen met de zaak ten gronde. Op dezelfde dag heeft het SNCF uitgenodigd om een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden en een aantal documenten over te leggen.
- 33 Bij beschikkingen van de president van de Eerste kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 9 augustus 1995 zijn de op 3 april 1995 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoeken van de Union internationale des sociétés de transport combiné rail-route tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de zaken T-374/94, T-375/94 en T-384/94 afgewezen.
- 34 Bij beschikking van de president van de Eerste kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 9 augustus 1995 zijn de op 9 mei 1995 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoeken van SNCF tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verzoeksters in de zaken T-374/94 en T-384/94 toegestaan.
- 35 Bij beschikkingen van de president van de Eerste kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 14 juli en 10 augustus 1995 is het Verenigd Koninkrijk toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verzoeksters in de zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94.
- 36 Bij beschikking van het Gerecht van 2 oktober 1995 is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Tweede kamer (uitgebreid), waaraan de zaken bijgevolg zijn toegewezen.
- 37 Bij beschikking van het Gerecht van 8 november 1996 is de zaak verwezen naar een kamer, bestaande uit drie rechters.

- 38 Bij beschikking van de president van de Tweede kamer van 6 augustus 1997 zijn de zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.
- 39 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen evenwel verzocht een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden, hetgeen zij binnen de gestelde termijn hebben gedaan.
- 40 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 22 oktober 1997.

Conclusies van partijen

- 41 In de zaken T-374/94 en T-375/94 concluderen ENS en EPS, dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te gelasten:

- a) artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en artikel 85, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing te verklaren, of

b) een ontheffing te verlenen zonder de opgelegde voorwaarde en voor een periode die in een redelijke verhouding staat tot de duur van de door de spoorwegondernemingen aangegane verbintenissen voor de financiering van het rollend materieel;

c) subsidiair, de ontheffing te verlenen onder elke noodzakelijke voorwaarde die evenredig is aan de gestelde mededingingsbeperkingen, en voor een periode die in een redelijke verhouding staat tot de duur van de door de spoorwegondernemingen aangegane verbintenissen voor de financiering van het rollend materieel;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

⁴² SNCF, interveniënte ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster in zaak T-374/94, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te gelasten:

a) artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en artikel 85, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing te verklaren, of

b) een ontheffing te verlenen zonder de opgelegde voorwaarde en voor een periode die in een redelijke verhouding staat tot de duur van de door de spoorwegondernemingen aangegane verbintenissen voor de financiering van het rollend materieel.

43 In de zaken T-374/94 en T-375/94 concludeert de Commissie, dat het het Gerecht behage:

- de beroepen te verwerpen;
- de argumenten van SNCF af te wijzen;
- verzoeksters en interveniënte te verwijzen in de kosten.

44 In zaak T-384/94 concluderen UIC en NS, dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beschikking in haar geheel nietig te verklaren;
- subsidiair, artikel 2 van de beschikking nietig te verklaren, alsmede artikel 1, voor zover de duur van de ontheffing wordt beperkt tot een periode van minder dan 20 jaar;
- elke andere maatregel te nemen die het in goede justitie vermeent te behoren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

45 SNCF, interveniënte ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster, concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden beschikking in haar geheel nietig te verklaren;

- subsidiair, artikel 2 van de beschikking nietig te verklaren, alsmede artikel 1, voor zover de duur van de ontheffing wordt beperkt tot een periode van minder dan 20 jaar;
- elke andere maatregel te nemen die het in goede justitie vermeent te behoren;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

46 De Commissie concludeert, dat het het Gerecht behage:

- het door UIC ingestelde beroep niet-ontvankelijk te verklaren en in elk geval te verwerpen;
- het door NS ingestelde beroep te verwerpen;
- de door interveniënte opgeworpen argumenten af te wijzen;
- verzoeksters en interveniënte te verwijzen in de kosten.

47 In zaak T-388/94 concludeert SNCF, dat het het Gerecht behage:

- primair, de bestreden beschikking nietig te verklaren;
- subsidiair, artikel 2 van de beschikking nietig te verklaren, aangezien de opgelegde voorwaarde niet gerechtvaardigd is, alsmede artikel 1, voor zover de Commissie een ontheffing heeft verleend waarvan de duur geringer is dan 20 jaar;

— elke andere maatregel te nemen die het in goede justitie vermeent te behoren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

48 In haar opmerkingen betreffende de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert SNCF, dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

49 De Commissie concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren en in elk geval te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

50 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt ter ondersteuning van de conclusies van verzoeksters in de zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

De ontvankelijkheid

1. De ontvankelijkheid van de beroepen in de zaken T-374/94 en T-375/94

Argumenten van partijen

- 51 De Commissie is van oordeel, dat de beroepen niet-ontvankelijk zijn, voor zover verzoeksters ENS en EPS het Gerecht vragen, de Commissie te gelasten a) artikel 2 van verordening nr. 1017/68 en artikel 85, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing te verklaren, b) een ontheffing te verlenen die niet aan de door de Commissie opgelegde voorwaarde is onderworpen, en waarvan de duur in een redelijke verhouding staat tot die van de verbintenis van de spoorwegondernemingen voor de financiering van het rollend materieel, en c) subsidiair, de ontheffing te verlenen onder elke noodzakelijk voorwaarde die evenredig is aan de gestelde mededingingsbeperkingen en voor een periode die in een redelijke verhouding staat tot de duur van de door de spoorwegondernemingen aangegane verbintenissen voor de financiering van het rollend materieel. Volgens vaste rechtspraak is de gemeenschapsrechter haars inziens namelijk niet bevoegd, in het kader van een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 173 van het Verdrag bevelen tot de gemeenschapsinstellingen te richten (zie laatstelijk arrest Gerecht van 24 januari 1995, Ladbroke/Commissie, T-74/92, Jurispr. blz. II-115, punt 75).
- 52 Verzoeksters ENS en EPS brengen daartegen in, dat de Commissie niet betwist dat hun beroepen ontvankelijk zijn, voor zover zij nietigverklaring van de beschikking vorderen, of dat het Gerecht de beschikking gedeeltelijk, namelijk de bij artikel 2 van het dispositief opgelegde voorwaarde, nietig kan verklaren.

Beoordeling door het Gerecht

- 53 Het Gerecht herinnert eraan, dat volgens vaste rechtspraak de gemeenschapsrechter bij de uitoefening van de wettigheidstoetsing geen bevelen tot de instelling

gen kan richten of zich in hun plaats kan stellen, maar dat de betrokken administratie gehouden is de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van een op een beroep tot nietigverklaring gewezen arrest. De conclusies van verzoekster, zoals uiteengezet in punt 41, sub a, b en c, supra, moeten dus niet-ontvankelijk worden verklaard (arrest Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 200). De beroepen in de zaken T-374/94 en T-375/94 zijn derhalve slechts ontvankelijk voor zover zij strekken tot nietigverklaring van de bestreden beschikking in haar geheel (zie punt 41 supra).

2. De ontvankelijkheid van het beroep in zaak T-384/94

Argumenten van partijen

54 Verzoeksters UIC en NS verklaren, dat de UIC een internationale vereniging van spoorwegmaatschappijen is, waarbij alle grote spoorwegondernemingen in de lidstaten van de Europese Gemeenschap zijn aangesloten, en dat zij ten doel heeft, de samenwerking tussen deze leden te bevorderen en activiteiten uit te oefenen ter ontwikkeling van het spoorwegvervoer in Europa, door de interoperabiliteit te verstevigen om de concurrentiepositie te versterken. Volgens artikel 2 van haar statuten dient UIC normen en richtlijnen uit te werken en de gemeenschappelijke belangen van haar leden te behartigen en te verdedigen bij andere lichamen. De in de Gemeenschap gevestigde spoorwegondernemingen zijn bovendien in een bijzondere groep vertegenwoordigd, de „Gemeenschap van Europese Spoorwegen” (hierna: „GES”).

55 Verzoeksters stellen, dat de bestreden beschikking, hoewel zij niet tot UIC is gericht, UIC toch rechtstreeks en individueel raakt in de zin van artikel 173 van het Verdrag, voor zover zij de belangen van haar in de Gemeenschap gevestigde leden welke door de GES worden vertegenwoordigd, alsmede haar eigen belangen rechtstreeks raakt.

- 56 Met betrekking tot de belangen van de in de Gemeenschap gevestigde leden van UIC betogen verzoeksters, dat de bestreden beschikking andere vernieuwende samenwerkingsinitiatieven tussen spoorwegondernemingen op het gebied van het internationale reizigersvervoer ontmoedigt, en zij voegen daaraan toe, dat het beroep van UIC op dezelfde voet als dat van haar in de Gemeenschap gevestigde leden ontvankelijk dient te worden verklaard, ongeacht of de beschikking wel of niet tot hen is gericht.
- 57 Met betrekking tot het eigen procesbelang van UIC stellen verzoeksters, dat zij zelf door de beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt, op grond dat zij belet dat een van haar voornaamste statutaire doelstellingen, namelijk de versterking van de concurrentiepositie van het internationale spoorwegnet, ten volle wordt verwezenlijkt. Zij voegen daaraan toe, dat ofschoon UIC niet betrokken was bij de administratieve procedure na afloop waarvan de bestreden beschikking is vastgesteld (arrest Gerecht van 27 april 1995, AAC e. a./Commissie, T-442/93, Jurispr. blz. II-1329), de GES, een van haar interne groepen, wel aan vergaderingen ter voorbereiding van richtlijn 91/440 heeft deelgenomen.
- 58 De Commissie betoogt, dat UIC door de bestreden beschikking niet individueel en rechtstreeks wordt geraakt, en stelt dat het Gerecht niet kan weigeren zich over het procesbelang van UIC uit te spreken. De rechtspraak volgens welke het, wanneer door meerdere verzoekers een enkel zelfde beroep is ingesteld, voldoende is dat een van hen procesbelang heeft om het beroep in zijn geheel ontvankelijk te verklaren, kan namelijk problemen opleveren met betrekking tot de kosten en een later recht van de betrokken partij om hogere voorziening in te stellen.
- 59 Zij voegt daaraan toe, dat volgens de rechtspraak een vereniging, als vertegenwoordiger van een groep van ondernemers, niet individueel wordt geraakt door een handeling die de algemene belangen van deze groep treft (arresten Hof van 14 december 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e. a./Raad, 16/62 en 17/62, Jurispr. blz. 943; 18 maart 1975, Union Syndicale e. a./Raad, 72/74, Jurispr. blz. 401, en beschikking Hof van 11 juli 1979, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays, 60/79, Jurispr. blz. 2429).

- 60 Verder stelt de Commissie, dat UIC niet bij de administratieve procedure vóór de vaststelling van de bestreden beschikking betrokken was en na de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van de bekendmakingen van de Commissie van 29 mei 1993 en 4 juni 1994 geen opmerkingen heeft ingediend, zodat zij geen belang heeft bij de instelling van onderhavig beroep, of procesbevoegdheid daartoe heeft (arresten Hof van 25 oktober 1977, Metro/Commissie, 26/76, Jurispr. blz. 1875; 11 oktober 1983, Demo-Studio Schmidt, 210/81, Jurispr. blz. 3045, en arrest Gerecht van 24 januari 1995, BEMIM/Commissie, T-114/92, Jurispr. blz. II-147). Ten slotte kan de door GES in het kader van de vaststelling van richtlijn 91/440 gespeelde rol UIC niet individualiseren wat de bestreden beschikking betreft.

Beoordeling door het Gerecht

- 61 Het Gerecht merkt op, dat het procesbevoegdheid van NS als onderneming tot wie de bestreden beschikking is gericht, niet wordt betwist, en dat aangezien het om een en hetzelfde beroep gaat, de procesbevoegdheid van UIC niet hoeft te worden onderzocht (arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e. a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punt 31, en arrest Gerecht van 22 oktober 1996, Skibsværftsforeningen e. a./Commissie, T-266/94, Jurispr. blz. II-1399, punt 51).

3. De ontvankelijkheid van het beroep in zaak T-388/94

Argumenten van partijen

- 62 De Commissie verklaart, dat aan verzoekster van de bestreden beschikking aan haar zetel kennis is gegeven bij brief van 22 september 1994, welke op 29 september is ontvangen, zoals blijkt uit de ontvangstbevestiging van de post met het stempel van SNCF waarop deze laatste datum vermeld staat. Overeenkomstig het arrest van het Hof van 26 november 1985, Cockerill-Sambre/Commissie (42/85, Jurispr. blz. 3749, punt 11) voldoet een kennisgeving aan de zetel van een vennootschap aan het criterium van rechtszekerheid en stelt zij de betrokken vennootschap in

kennis van de betekende handeling, ongeacht de vraag of de persoon die volgens de interne regels van de betrokken vennootschap ter zake bevoegd is, inderdaad kennis van die handeling heeft kunnen nemen.

63 Aangezien volgens artikel 102, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht de termijn voor de instelling van een beroep tot nietigverklaring in geval van kennisgeving op de daaropvolgende dag ingaat, en de beroepstermijn in casu in totaal twee maanden plus zes dagen wegens afstand bedraagt (artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en artikel 1 van bijlage II bij het Reglement voor de procesvoering van het Hof), was 6 december 1994 de uiterste datum waarop SNCF het beroep tegen de bestreden beschikking kon instellen. Aangezien het beroep op 13 december 1994 en dus te laat is ingesteld, is het kennelijk niet-ontvankelijk (arresten Hof van 5 juni 1980, Belfiore/Commissie, 108/79, Jurispr. blz. 1769; 12 juli 1984, Ferriera Valsabbia/Commissie, 209/83, Jurispr. blz. 3089, punt 14, en arrest Cockerill-Sambre/Commissie, reeds aangehaald, punt 10).

64 De Commissie is het niet eens met verzoeksters argument, dat aangezien de beschikking aan een van haar personeelsleden ter hand is gesteld die niet bevoegd is om post in ontvangst te nemen, voor de berekening van de beroepstermijn niet moet worden uitgegaan van de ontvangstbevestiging van de post, doch van een tweede ontvangstbevestiging in de envelop waarin de beschikking is toegezonden, die op 7 oktober 1994 was ondertekend door iemand die daartoe bevoegd was. De Commissie stelt om te beginnen dat volgens het arrest van het Gerecht van 29 mei 1991, Bayer/Commissie (T-12/90, Jurispr. blz. II-219, punt 20), de tweede ontvangstbevestiging in de envelop waarin de beschikking is toegezonden, in geen geval een tweede kennisgeving oplevert die onderscheiden is van de kennisgeving via de post, aangezien de correcte wijze van kennisgeving steeds een aangetekende brief met ontvangstbevestiging van de post is, aangezien hiermee met zekerheid de datum kan worden bepaald, waarop de termijn begint te lopen. De toezending van een tweede ontvangstbevestiging dient slechts ervoor te zorgen dat de Commissie zich ervan kan vergewissen, op welke datum de betrokken onderneming van de betekende beschikking kennis heeft gekregen voor het geval de betrokken post-administratie verzuimt de ontvangstbevestiging aan haar terug te sturen. Het feit dat zekerheidshalve ook nog een tweede ontvangstbevestiging wordt verstuurd, is dus geen voorzorg tegen een eventueel verzuim van de post wanneer deze laatste de brief per abuis aan een personeelslid van de geadresseerde afgeeft, dat niet gemachtigd is om aangetekende post in ontvangst te nemen, doch een voorzorg

tegen een verzuim waarbij de post haar niet de ontvangstbevestiging van de post terugstuurt. Bovendien maakt de ondertekening van de ontvangstbevestiging door een personeelslid van de geadresseerde rechtspersoon die niet gemachtigd is om een aangetekend schrijven in ontvangst te nemen, de kennisgeving per aangetekende brief met ontvangstbevestiging niet onregelmatig.

- 65 Met betrekking tot het argument van SNCF, waarbij zij zich op overmacht en toeval beroept, betoogt de Commissie, dat volgens de rechtspraak van het Hof problemen bij de doorzending binnen de geadresseerde vennootschap geen toeval of overmacht opleveren (arrest Cockerill-Sambre/Commissie, reeds aangehaald, punt 12), in het bijzonder wanneer het gebrekkig functioneren aan fouten van haar werknemers te wijten is (arrest Hof 15 december 1994, Bayer/Commissie, C-195/91 P, Jurispr. blz. I-5619, punt 33).
- 66 Met betrekking tot het argument van SNCF ten slotte dat sprake is van een verschoonbare dwaling, stelt de Commissie, dat dit begrip slechts betrekking kan hebben op uitzonderlijke omstandigheden waarin in het bijzonder de betrokken instelling zich op zodanige wijze heeft gedragen, dat dit gedrag bij een burger te goeder trouw, die alle zorgvuldigheid aan de dag legt welke van een marktdeelnemer met normale kennis van zaken kan worden verlangd, een begrijpelijke verwarring kan veroorzaken (arrest Gerecht van 15 maart 1995, Cobrecaf e. a./Commissie, T-514/93, Jurispr. blz. II-621, punt 40). In casu is de dwaling evenwel te wijten aan het gedrag van iemand anders dan de Commissie.
- 67 SNCF betwist de regelmatigheid van de kennisgeving en betoogt subsidiair dat zelfs indien de kennisgeving regelmatig was, de omstandigheden waaronder de beschikking is ontvangen, als overmacht, toeval of verschoonbare dwaling moeten worden aangemerkt.
- 68 Met betrekking tot de onregelmatigheid van de kennisgeving betoogt zij, dat een aangetekende brief volgens artikel L 9 van de Franse Code des postes et télécommunications aan de geadresseerde zelf of zijn „gevolmachtigde” moet worden afgegeven. Bijgevolg is de ontvangstbevestiging van de post volgens welke zij de betekende beschikking heeft ontvangen, nietig. Zij is namelijk niet ondertekend door

een van de personen aan wie zij specifiek de bevoegdheid had gedelegeerd om dergelijke ontvangstbevestigingen te ondertekenen. Bovendien had de postbode de handtekening onder de ontvangstbevestiging van een daartoe niet bevoegd persoon aanvaard. Ten slotte was de ontvangstbevestiging door de Franse postadministratie aan de Commissie teruggestuurd zonder te verifiëren of de handtekening van de persoon die de ontvangstbevestiging had ondertekend, overeenstemde met de handtekening van degenen die daartoe bevoegd was, hetgeen zij moet controleren.

69 SNCF stelt, dat volgens de rechtspraak het feit dat de ontvangstbevestiging van de post niet door een bevoegd persoon is ondertekend die werkzaam was in de postkamer van de onderneming tot wie zij was gericht, een beslissende factor is om te bepalen of de kennisgeving regelmatig is (arrest Gerecht van 29 mei 1991, Bayer/Commissie, reeds aangehaald, punten 4 en 20; conclusie van advocaat-generaal Darmon bij arrest Cockerill-Sambre/Commissie, reeds aangehaald, Jurispr. blz. 3750), zoals de Commissie overigens zelf heeft toegegeven in de zaak waarin het arrest Ferriera Valsabbia/Commissie (reeds aangehaald) is gewezen.

70 Volgens SNCF volgt daaruit, dat in casu moet worden uitgegaan van het gewone ontvangstbevestigingsformulier, dat door de Commissie bij de betekende beschikking wordt gevoegd om in geval van een verzuim van de postadministratie met zekerheid te kunnen vaststellen, op welke datum de onderneming van de beschikking kennis heeft gekregen (arrest Gerecht van 29 mei 1991, Bayer/Commissie, reeds aangehaald). Het door de rechtspraak bedoelde verzuim ziet niet enkel op het geval waarin de postadministratie nalaat de ontvangstbevestiging aan de Commissie terug te sturen, doch ook op het geval waarin de postadministratie in gebreke is, doordat zij zelf de datum op deze bevestiging aanbrengt, zonder dat de handtekening van een regelmatig gevolmachtigde vertegenwoordiger van de geadresseerde onderneming is verkregen; bij een fout van de postadministratie in de uitoefening van haar taak om aangetekende brieven te overhandigen, moet derhalve de op de ontvangstbevestiging aangebrachte informatie buiten beschouwing worden gelaten (arrest Gerecht van 6 april 1995, BASF e. a./Commissie, 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 en T-112/89, Jurispr. blz. II-729, punten 54-60). Zo gezien is 7 oktober 1994, de datum die op de tweede ontvangstbevestiging is aangebracht, de datum van ontvangst en bijgevolg de datum van kennisgeving.

71 Subsidiair stelt SNCF, dat zelfs indien haar beroep te laat is ingesteld, dit een gevolg is van toeval of overmacht, voor zover de ondertekening van de ontvangstbevestiging door een onbevoegd persoon volstrekt onafhankelijk is van haar wil, en zij zelf de nodige zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd om er voor te zorgen dat aangetekende post correct in ontvangst wordt genomen. Dienaangaande beklemtoont zij, dat de postbode die de op 29 september 1994 betekende beschikking heeft bezorgd, zeer wel wist, dat degeen die deze in ontvangst heeft genomen, daartoe niet bevoegd was, en zij voegt daaraan toe, dat de Franse rechter een overhandiging van post aan een daartoe niet bevoegd persoon als een ernstige fout van de posterijen beschouwt, waarvoor de administratie aansprakelijk is.

72 Zelfs indien de omstandigheden waaronder van de bestreden beschikking kennis is gegeven, geen geval van overmacht opleveren, moeten zij volgens SNCF toch op zijn minst als verschoonbare dwaling worden aangemerkt. In dit verband herhaalt zij in de eerste plaats haar argumenten betreffende het feit dat de post haar nauwkeurige instructies betreffende de inontvangstneming van aangetekende brieven niet in acht heeft genomen, en stelt zij, dat het verzuim van de post, gelet op de wijze waarop deze zich in het algemeen van haar verplichtingen kwijt, in casu een geïsoleerd en uitzonderlijk geval was. Volgens haar is de dwaling stellig verschoonbaar, wanneer het verzuim van de post verwarring binnen de geadresseerde onderneming heeft veroorzaakt, aangezien het begrip verschoonbare dwaling niet beperkt is tot het geval waarin de Commissie een dergelijke verwarring heeft veroorzaakt (arrest Hof van 15 december 1994, Bayer/Commissie, reeds aangehaald, punt 26).

73 Verder verwijt SNCF de Commissie een lakse praktijk op het gebied van de kennisgeving van beschikkingen, en stelt zij, dat in casu de dwaling van SNCF gedeeltelijk een gevolg van deze praktijk is. Bij brieven van minder belang (informatie betreffende de indiening van een klacht, uitnodiging om opmerkingen in te dienen) zorgt de Commissie er wel voor, dat de geadresseerde met naam en toenaam wordt genoemd, terwijl een eindbeschikking betreffende de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag waartegen zoals in casu beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, werd verstuurd zonder dat de geadresseerde daarop met naam en toenaam was aangegeven.

- 74 Ten slotte wijst SNCF op het bedrieglijke en misleidende karakter van de praktijk van de Commissie, waarbij zij haar eigen ontvangstbevestiging bij de door haar aan de ondernemingen betekende beschikkingen voegt, zonder de aandacht van de geadresseerden te vestigen op het feit dat een beschikking als betekend wordt beschouwd, wanneer de geadresseerde de aangetekende brief heeft ontvangen en de ontvangstbevestiging heeft ondertekend.

Beoordeling door het Gerecht

- 75 Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan, dat vaststaat dat volgens artikel 173, derde alinea, van het Verdrag, junctis artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en artikel 1 van bijlage II bij het Reglement voor de procesvoering van het Hof, waarnaar in vorengenoemd artikel 102, lid 2, wordt verwezen, de beroepstermijn in casu twee maanden en zes dagen bedroeg.
- 76 Vervolgens merkt het Gerecht op, dat volgens vaste rechtspraak de gemeenschapsregeling inzake de procestermijnen strikt moet worden toegepast ter wille van de rechtszekerheid en de noodzaak om elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling te vermijden. Eveneens is het vaste rechtspraak dat een geldige kennisgeving aan de zetel van de betrokken onderneming geenszins vereist dat degene die ter zake bevoegd is krachtens de interne regels van de onderneming tot wie de beschikking is gericht, er daadwerkelijk kennis van heeft genomen, en dat van een beschikking naar behoren kennis is gegeven, zodra zij ter kennis is gebracht van degene tot wie zij is gericht, en deze in staat is gesteld daarvan kennis te nemen (arrest Cockerill-Sambre/Commissie, reeds aangehaald, punt 10, en arrest BASF e. a./Commissie, reeds aangehaald, punten 58 en 59)
- 77 Bijgevolg moet worden onderzocht, of van de bestreden beschikking aan SNCF regelmatig kennis is gegeven, dat wil zeggen in overeenstemming met de regeling welke in Frankrijk geldt voor de postbezorging, dat wil zeggen of de beschikking ter hand is gesteld van een personeelslid van SNCF dat naar behoren was gemachtigd om deze post in ontvangst te nemen (arrest BASF e. a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60).

- 78 Uit het dossier en uit de antwoorden van SNCF op schriftelijke vragen van het Gerecht blijkt, dat hoewel de Franse post in het bezit was van door SNCF afgegeven geldige volmachten waarbij bepaalde personen bevoegd werden verklaard om de post in ontvangst te nemen die aan haar verschillende diensten en personeelsleden is geadresseerd, zij de bestreden beschikking niet aan een van deze personen ter hand heeft gesteld, doch aan een onbevoegde derde. Zoals verzoekster, onweersproken door de Commissie, heeft beklemtoond, kunnen de Franse postboden volgens de in Frankrijk geldende regels op het gebied van de postbezorging aangetekende post slechts aan met name genoemde personen of, bij hun afwezigheid, aan gevolmachtigden, dat wil zeggen aan personen met een geldige volmacht, afgeven.
- 79 Daaruit volgt, dat voor zover de bestreden beschikking in strijd met de bovengenoemde regels ter hand is gesteld van een personeelslid van verzoekster dat niet gemachtigd is om post in ontvangst te nemen, van deze beschikking niet regelmatig kennis is gegeven aan SNCF, zodat de beroepstermijn pas na de ontvangst en de ondertekening van de tweede ontvangstbevestiging, dat wil zeggen op 7 oktober 1994, is ingegaan en niet op 29 september 1994, de datum waarop de eerste ontvangstbevestiging is ondertekend. Het arrest Cockerill-Sambre/Commissie (reeds aangehaald), dat de Commissie aanhaalt tot staving van haar middel dat het beroep te laat zou zijn ingesteld, is in casu niet relevant, omdat die zaak niet de vraag betrof of van een beschikking van de Commissie door de post regelmatig kennis was gegeven aan een personeelslid van de onderneming tot wie de beschikking was gericht, dat naar behoren was gemachtigd om dergelijke post in ontvangst te nemen, doch de mogelijkheid voor de onderneming tot wie de beschikking is gericht, om zich ter rechtvaardiging van de te late instelling van een beroep tot nietigverklaring na een regelmatige kennisgeving aan haar zetel te beroepen op haar interne regels betreffende de personen die bevoegd zijn om in feite kennis te nemen van de aan haar toegestuurde post (zie arrest Cockerill-Sambre/Commissie, reeds aangehaald, punt 10). Hetzelfde geldt voor het arrest van het Hof van 15 december 1994, Bayer/Commissie (reeds aangehaald) waarin niet werd betwist dat de post van de bestreden beschikking regelmatig kennis had gegeven aan een „gevolgmachtigde” van de postkamer van Bayer. Ook in dat arrest ging het er enkel om, of Bayer, hoewel van de beschikking van de Commissie regelmatig kennis was gegeven aan de zetel van de vennootschap, niettemin een te late instelling van haar beroep tot nietigverklaring kon rechtvaardigen met een beroep op de gebrekkige functionering van haar interne diensten (punten 2 en 20 van het arrest). Zoals hiervoor is opgemerkt, gaat het hier om de regelmatigheid van de kennisgeving als zodanig, dat wil zeggen de functionering van de post (extern aspect van de kennisgeving) en niet om de interne functionering van de diensten van SNCF (intern aspect van de kennisgeving).

80 Bijgevolg dient het beroep, dat binnen de voorgeschreven termijn is ingesteld, ontvankelijk te worden verklaard.

Ten gronde

81 In hun middelen en argumenten stellen verzoeksters, dat de bestreden beschikking in wezen om vier redenen nietig zou moeten worden verklaard: 1) geen van de bestanddelen van de in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoelde inbreuken staat in casu vast, aangezien de ENS-overeenkomsten de mededinging niet kunnen beperken, zodat de beschikking nietig is wegens onjuiste en onvolledige beoordeling van de feiten, alsmede wegens kennelijk onjuiste toepassing van het recht en het ontbreken van motivering; 2) bij haar toepassing van de mededingingsregels heeft de Commissie de bij richtlijn 91/440 vastgestelde grenzen van het wettelijke kader overschreden; 3) de Commissie heeft onevenredige voorwaarden verbonden aan de verleende ontheffing, en 4) de voor de aangemelde overeenkomsten verleende ontheffing is te kort (acht jaar). Ten slotte stelt SNCF in zaak T-384/94 bovendien, dat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard, voor zover de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld, dat de ENS-overeenkomsten niet voor de uitzondering voor technische overeenkomsten van artikel 3 van verordening nr. 1017/68 in aanmerking konden komen.

1. Het eerste middel: onjuiste en onvolledige beoordeling van de feiten en kennelijk onjuiste toepassing van het recht en/of schending van de verplichting om de bestreden beschikking adequaat te motiveren, voor zover de Commissie heeft beslist dat de oprichting van ENS tot doel en ten gevolge had, de mededinging te beperken

82 Dit middel valt uiteen in twee onderdelen: onjuiste afbakening van de relevante markt en ontbreken van een merkbaar gevolg van de ENS-overeenkomsten voor het handelsverkeer tussen lidstaten, alsmede ontbreken van mededingingsbeperkende gevolgen van deze overeenkomsten.

Eerste onderdeel: onjuiste afbakening van de relevante markt en ontbreken van merkbaar gevolg van de ENS-overeenkomsten voor het handelsverkeer tussen lidstaten

Argumenten van partijen

- 83 Verzoeksters herinneren eraan, dat de Commissie de relevante markten in de beschikking heeft omschreven als de markt voor het vervoer van zakenmensen en de markt voor het vervoer van vrijetijdsreizigers op elk van de trajecten waarop ENS treindiensten aanbiedt. Zij betogen, dat uitgaande van de ramingen in hun aanmelding betreffende de vraag in 1995 (tabel 17, blz. 26 van de aanmelding) de diensten van ENS waarschijnlijk niet meer dan 4 % van deze markten zouden uitmaken (dat wil zeggen 2,4 % van de markt van zakenreizen en 5 % van de markt van vrijetijdsreizen). Gelet op de bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PB 1986, C 231, blz. 2), zijn dit evenwel te verwaarlozen marktaandeelen. Zelfs op basis van elk traject afzonderlijk blijkt uit tabel 17 in de aanmelding, dat de enige marktaandeelen van meer dan 4 % die ENS waarschijnlijk zal hebben, de marktaandeelen van 6 % en 7 % voor de vrijetijdsreizen op de trajecten Londen-Amsterdam, respectievelijk Londen-Frankfurt/Dortmund zijn. Met betrekking tot het standpunt van de Commissie, dat een marktaandeel van 5 % reden is om de betrokken onderneming als voldoende groot te beschouwen dat haar gedrag het handelsverkeer tussen lidstaten in beginsel kan beïnvloeden, verwijzen verzoeksters naar de arresten van het Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie (T-7/93, Jurispr. blz. II-1533), en Schöller/Commissie (T-9/93, Jurispr. blz. II-1611), waaruit blijkt dat een marktaandeel van 5 % als zodanig nog niet de conclusie rechtvaardigt dat de mededinging merkbaar wordt beperkt. In de aanmelding werd ook verklaard, dat het marktaandeel van ENS waarschijnlijk stabiel zou blijven of zelfs zou dalen, omdat de markt sneller zou toenemen dan het vermogen van ENS om de frequentie van haar treindiensten te verhogen (aanmelding blz. 27, punt II.4. c.6). De markt van beide bovengenoemde diensten (zakenreizen, vrijetijdsreizen) is dus zeer groot en het is duidelijk dat ENS niet bij machte is om de prijzen, de kwaliteit en de beschikbaarheid van diensten te beïnvloeden, noch om de mededinging uit te sluiten of te verzwakken.

- 84 Met betrekking tot de verklaring van de Commissie in haar verweerschrift, dat het marktaandeel van ENS in de sector zakenreizen moet worden gemeten in relatie tot de vroege ochtend- en late avondvluchten en niet in relatie tot alle vluchten die gedurende de gehele dag op een bepaald traject beschikbaar zijn, stellen verzoeksters dat daarmee de relevante markt wordt gherdefinieerd, zonder dat dit door enig bewijs wordt gestaafd.
- 85 De Commissie stelt, dat het marktaandeel van ENS niet, zoals de partijen in hun aanmelding hebben voorgesteld, moet worden gemeten in relatie tot de algemene markt voor het vervoer van reizigers tussen het Verenigd Koninkrijk enerzijds en Frankrijk, Duitsland en de Benelux-landen anderzijds, een geografische markt waarop ENS slechts een marktaandeel van 2,4 % van de sector zakenreizen en 5 % van de sector vrijetijdsreizen heeft, hetgeen neerkomt op een totaal marktaandeel van ongeveer 4 %. De relevante markt is namelijk beperkt tot de trajecten waarop daadwerkelijk treindiensten worden aangeboden door ENS, dat wil zeggen: Londen-Amsterdam, Londen-Frankfurt, Parijs-Glasgow/Swansea, Brussel-Glasgow/Plymouth (beschikking, punt 29). Op basis van deze afbakening zou ENS volgens de cijfers die door de partijen bij de ENS-overeenkomst in hun aanmelding zijn verstrekt, een marktaandeel van 7 % van de sector zakenreizen en 8 % van de sector vrijetijdsreizen hebben.
- 86 Volgens de rechtspraak rechtvaardigt een marktaandeel van 5 % dat ervan wordt uitgegaan dat de onderneming voldoende groot is, dat haar gedrag in beginsel het handelsverkeer tussen lidstaten kan beïnvloeden (arresten Hof van 1 februari 1978, Miller/Commissie, 19/77, Jurispr. blz. 131; 7 juni 1983, Musique Diffusion Française e. a./Commissie, 100/80, 101/80, 102/80 en 103/80, Jurispr. blz. 1825, en 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151). Hetzelfde geldt met betrekking tot de mededingingsbeperkingen die een gevolg kunnen zijn van een overeenkomst tussen ondernemingen. Dienaangaande stelt de Commissie, dat uit de arresten Langnese-Iglo/Commissie en Schöller/Commissie (beide reeds aangehaald), in tegenstelling tot hetgeen verzoeksters betogen, niet blijkt dat een marktaandeel van meer dan 5 % als zodanig nog niet de conclusie rechtvaardigt, dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

- 87 Bovendien is volgens de Commissie het marktaandeel van ENS in de sector zakenreizen van de relevante markt veel groter. Uit de analyse van de markt in de aanmelding blijkt namelijk, dat het aandeel van ENS in deze sector uitsluitend moet worden gemeten in relatie tot de vroege ochtend- en late avondvluchten en niet in relatie tot alle vluchten die gedurende de gehele dag op een bepaald traject beschikbaar zijn. Verder beklemt de Commissie, dat de raming van het marktaandeel slechts het jaar 1995 betref, het eerste jaar waarin ENS met haar diensten zou starten, en dat het in verband met de feitelijke sterke positie van de betrokken spoorwegondernemingen op de relevante markt en hun huidige en potentiële klantenkring waarschijnlijk is dat dit marktaandeel nog zal groeien. Bijgevolg is het terecht om er vanuit te gaan, dat de ENS-overeenkomsten de ruimte voor concurrentie uitschakelen of merkbaar beperken.
- 88 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, stelt dat de Commissie de relevante markten kunstmatig eng heeft afgebakend. Enerzijds dient de geografische markt het gehele Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, België, Nederland, Luxemburg en Duitsland te bestrijken. Anderzijds is met het feit dat deze markten verschillende wijzen van vervoer omvatten, enkel rekening gehouden in het gedeelte van de beschikking betreffende de verlening van een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Ten slotte oefenen volgens het Verenigd Koninkrijk partijen bij een overeenkomst die een marktaandeel van minder dan 10 % bezitten, in het algemeen ongeacht hun omzet geen macht op de markt uit, zodat er beneden deze drempel bijzondere omstandigheden moeten zijn voordat het mededingingsversturende doel of gevolg van de betrokken overeenkomst voldoende schadelijk of merkbaar is.
- 89 De Commissie brengt hiertegen in, dat voor de opvatting van het Verenigd Koninkrijk dat enkel een marktaandeel van 10 % een toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan rechtvaardigen, geen grondslag in de rechtspraak is te vinden.

Beoordeling door het Gerecht

- 90 Om te beginnen zij opgemerkt, dat de Commissie, voor de beoordeling van de gevolgen van de ENS-overeenkomsten voor de mededinging en de handel tussen lidstaten in de bestreden beschikking twee relevante dienstenmarkten heeft

afgebakend, namelijk een markt voor het vervoer van zakenmensen, voor wie lijnvluchten en reizen met de hogesnelheidstrein substitueerbare wijzen van vervoer zijn („intermodale” markt van zakenreizen), en een markt voor het vervoer van personen die in het kader van hun vrijetijdsbesteding reizen, voor wie het vervoer per vliegtuig in de toeristenklasse, per trein, bus en eventueel per eigen auto substitueerbare mogelijkheden bieden („intermodale” markt van vrijetijdsreizen) (zie punten 26 en 27 van de beschikking).

- ⁹¹ Verder was de Commissie onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e. a. (66/86, Jurispr. blz. 803) van mening, dat de relevante geografische markt moest worden beperkt tot de trajecten waarop ENS daadwerkelijk treindiensten zou gaan aanbieden (punten 28 en 29 van de beschikking), namelijk:

— Londen-Amsterdam,

— Londen-Frankfurt/Dortmund,

— Parijs-Glasgow/Swansea,

— Brussel-Glasgow/Plymouth.

- ⁹² Aangezien deze afbakening van de geografische markt door verzoeksters niet is betwist, volgt daaruit, dat de ENS-overeenkomsten enkel hadden moeten worden beoordeeld op basis van de bovengenoemde vier afzonderlijke geografische markten en enkel binnen het kader van een intermodale markt welke verschillende transportmiddelen, zoals de trein, het vliegtuig, de bus en de auto, omvat. Bijgevolg dient op deze basis te worden onderzocht, of de Commissie de marktaandelen van ENS juist heeft beoordeeld alvorens te concluderen dat de ENS-overeenkomsten een merkbare invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten had-

den, aangezien deze marktaandeelen volgens de aanmelding van verzoeksters niet de kritische drempel van 5 % te boven gingen en in elk geval onbeduidend waren.

- 93 Opgemerkt zij, dat in de bestreden beschikking in het geheel niet wordt gesproken van de marktaandeelen van ENS of van de marktaandeelen van andere, met ENS concurrerende ondernemers, die ook aanwezig zijn op de verschillende intermodale markten welke door de Commissie als relevante markten voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag worden beschouwd. Zelfs indien, anders dan verzoeksters stellen, de ENS-overeenkomsten de mededinging beperken, is het Gerecht bij ontstentenis van dergelijke onderzoeksgegevens betreffende de relevante markt in de bestreden beschikking dan ook niet in staat, vast te stellen of de gestelde mededingingsbeperkingen een merkbare invloed op de handel tussen lidstaten hebben en dus onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, gelet op in het bijzonder de intermodale concurrentie die volgens de beschikking zelf kenmerkend voor de beide betrokken dienstenmarkten is.
- 94 Pas in het stadium van de contentieuze procedure voor het Gerecht heeft de Commissie voor het eerst onder verwijzing naar de aanmelding van partijen gesteld, dat daaruit bleek dat „zelfs op basis van de lage — uiteraard restrictieve — ramingen van ENS, die op een engere definitie van de markt berustten, het marktaandeel van Night Services in de sector zakenreizen 7 % en in de sector vrijetijdsreizen 8 % bedraagt”. Verder heeft zij ook tijdens de schriftelijke procedure voor het eerst betoogd, dat met betrekking tot de sector zakenreizen het marktaandeel van ENS moest worden gemeten in relatie tot de vroege ochtend- en late avondvluchten en niet in relatie tot alle vluchten die gedurende de gehele dag op een bepaald traject beschikbaar zijn, en dus in feite veel groter was.
- 95 Volgens vaste rechtspraak is de Commissie weliswaar niet verplicht in de beschikkingen die zij moet geven om de toepassing van de mededingingsregels te verzekeren, in te gaan op alle punten van feitelijke en juridische aard, alsmede op de

overwegingen naar aanleiding waarvan zij een dergelijke beschikking heeft gegeven, doch niettemin is zij krachtens artikel 190 van het Verdrag gehouden ten minste de feiten en de overwegingen te vermelden die in het bestek van de beschikking van wezenlijk belang zijn, zodat de gemeenschapsrechter en de betrokken partijen kunnen weten in welke omstandigheden zij het Verdrag heeft toegepast (arrest Hof van 17 januari 1995, Publishers Association/Commissie, C-360/92 P, Jurispr. blz. I-23, punt 39; arresten Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 150, en 19 februari 1998, DIR International Film e. a./Commissie, T-369/94 en T-85/95, Jurispr. blz. II-375, punt 117). Bovendien volgt uit de rechtspraak, dat behoudens bijzondere omstandigheden een beschikking een motivering moet bevatten die in de beschikking zelf is opgenomen, en dat zij niet nadien voor het eerst voor de rechter kan worden geëxpliciteerd (arresten Gerecht van 2 juli 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissie, T-61/89, Jurispr. blz. II-1931, punt 131; 21 maart 1996, Farrugia/Commissie, T-230/94, Jurispr. blz. II-195, punt 36, en 12 december 1996, Rendo e. a./Commissie, T-16/91 RV, Jurispr. blz. II-1827, punt 45).

- 96 Uit bovengenoemde rechtspraak volgt, dat wanneer een beschikking van de Commissie houdende toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, belangrijke hiaten vertoont, zoals het ontbreken van een vermelding van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, de Commissie dit niet ongedaan kan maken door voor het eerst voor het Gerecht cijfers en andere onderzoeksgegevens aan te voeren op grond waarvan kan worden geconcludeerd, dat in het concrete geval inderdaad aan de voornaamste voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, wordt voldaan, tenzij de betrokken onderzoeksgegevens door geen van de partijen tijdens de voorafgaande administratieve procedure zijn betwist.
- 97 In casu werd volgens de door verzoeksters in de aanmelding verstrekte ramingen verwacht, dat de marktaandelen van ENS 4 % niet te boven zouden gaan en dat deze marktaandelen pas bij een enge definitie van de markt eventueel 7 % voor de markt van zakenreizen en 8 % voor de markt van vrijetijdstreizen konden bereiken (zie punt 2.1.2 van de samenvatting van de aanmelding), zonder zelfs dan de mededinging merkbaar te beïnvloeden. Daaruit blijkt dus, dat verzoeksters en de Commissie, wat de invloed van de ENS-overeenkomsten op de handel tussen lidstaten betreft, niet van dezelfde premisse uitgingen, aangezien verzoeksters van mening waren dat de betrokken overeenkomsten geen merkbare invloed op de handel

tussen lidstaten hadden. Bijgevolg moest de Commissie toereikend motiveren, dat de ENS-overeenkomsten een merkbare invloed op de handel tussen lidstaten hadden.

- ⁹⁸ Zelfs indien de Commissie voor het eerst voor het Gerecht cijfers en andere onderzoeksgegevens mag aanvoeren om aan te tonen dat haar beschikking gegrond is, zijn de conclusies die zij uit de aanmelding van partijen heeft getrokken (zie punt 94 supra), niet juist. Volgens tabel 17 van de aanmelding (blz. 26) zouden de marktaandelen van ENS in de sector zakenreizen op alle betrokken trajecten onder 5 % liggen:

— Londen-Amsterdam	: 3 %,
— Londen-Frankfurt/Dortmund	: 3 %,
— Parijs-Glasgow/Swansea	: 4 %,
— Brussel-Glasgow/Plymouth	: 1 %.

- ⁹⁹ Met betrekking tot de sector vrijetijdsreizen blijkt nog steeds uit tabel 17 van de aanmelding van partijen, dat slechts op twee van de vier trajecten waarop ENS diensten zou aanbieden, haar marktaandeel naar verwachting boven 5 % zou uitkomen, zonder evenwel de door de Commissie aangevoerde drempel van 8 % te bereiken:

— Londen-Amsterdam	: 7 %,
— Londen-Frankfurt/Dortmund	: 6 %,
— Parijs-Glasgow/Swansea	: 4 %,
— Brussel-Glasgow/Plymouth	: 4 %.

100 Verder wordt in de aanmelding verklaard, dat in verband met de beperkte mogelijkheden tot capaciteitsuitbreiding van ENS de marktaandeelen van ENS op de markt van vrijetijdsreizen stabiel zouden blijven of zelfs zouden dalen, terwijl de markt als geheel zou toenemen. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de Commissie weliswaar niet verplicht, in te gaan op alle punten van feitelijke en juridische aard die tijdens de administratieve procedure, voorafgaande aan de vaststelling van de bestreden beschikking, zijn aangevoerd, doch deze laatste overweging van de aanmeldende partijen vormde een essentieel argument in hun betoog dat de gevolgen van de ENS-overeenkomsten voor de handel tussen lidstaten onbeduidend waren. Bijgevolg kan, anders dan de Commissie stelt, niet worden geconcludeerd, dat het marktaandeel van ENS op de markt van vrijetijdsreizen volgens de aanmelding 8 % bedroeg, of zelfs dat het groter was dan 5 %.

101 Dienaangaande zij opgemerkt, dat partijen in punt 2.1.2 van de samenvatting van de aanmelding en in punt II.4. c.5.2.(d) van de aanmelding weliswaar onder meer hebben verklaard, dat het marktaandeel van ENS eventueel 7 % in de sector zakenreizen en 8 % in de sector vrijetijdsreizen zou kunnen bereiken, doch daarbij hebben zij duidelijk gemaakt dat slechts van dergelijke marktaandelen kon worden uitgegaan in het kader van een engere definitie van de markt, die is gebaseerd op „stad-stad”-verkeer („city to city flows”) en waarvan de overblijvende concurrentie van auto’s en bussen wordt uitgesloten. Bovendien hadden deze ramingen van partijen betrekking op gemiddelde aandelen van een gehele geografische markt en niet op de vier trajecten waarop ENS daadwerkelijk diensten zou aanbieden, en die door de Commissie juist als de verschillende relevante geografische markten zijn beschouwd in het kader waarvan de ENS-overeenkomsten moesten worden beoordeeld. Aangezien de bestreden beschikking de relevante markten niet in relatie tot het „stad-stad”-verkeer heeft afgebakend, doch in relatie tot een verkeer met meer dan één bestemming (bijvoorbeeld Parijs naar Glasgow en Swansea), anderzijds de overblijvende concurrentie van auto’s en bussen niet van de definitie van de markt heeft uitgesloten, en ten slotte de gevolgen van de ENS-overeenkomsten niet heeft beoordeeld op basis van een gehele geografische markt doch op basis van de vier trajecten waarop ENS daadwerkelijk diensten zou aanbieden, mocht de Commissie dus niet van de bovengenoemde marktaandelen van respectievelijk 7 % en 8 % uitgaan.

102 Zelfs indien, zoals hiervoor is vastgesteld, het aandeel van ENS op de markt van vrijetijdsreizen in feite op bepaalde trajecten boven 5 % lag en bijvoorbeeld op het traject Londen-Amsterdam 7 % bedroeg en op het traject Londen-

Frankfurt/Dortmund 6 % (zie punt 94 supra), moet voor ogen worden gehouden dat volgens de rechtspraak een overeenkomst buiten het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan vallen, wanneer zij wegens de zwakke positie welke de belanghebbenden op de markt voor de betrokken producten of diensten innemen, de markt slechts in geringe mate beïnvloedt (arrest Hof van 9 juli 1969, Völk, 5/69, Jurispr. blz. 295, punt 7). Wat de kwantitatieve invloed op de markt betreft, betoogt de Commissie, dat overeenkomstig haar reeds aangehaalde bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis artikel 85, lid 1, op een overeenkomst van toepassing is, wanneer het marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst 5 % bedraagt. Het Gerecht stelt evenwel vast, dat op grond van het enkele feit dat deze drempel kan worden bereikt en zelfs overschreden, nog niet met zekerheid kan worden geconcludeerd, dat een overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Volgens de tekst van punt 3 van bovengenoemde bekendmaking zelf draagt „de door de Commissie gegeven kwantitatieve omschrijving van het begrip ‚merkbaar‘ echter geen absoluut karakter” en is het „goed mogelijk dat in bepaalde gevallen ook overeenkomsten tussen ondernemingen die boven de (...) vermelde drempels liggen, eventueel slechts in zo geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen lidstaten of de mededinging dat zij niet onder artikel 85, lid 1, vallen” (zie ook arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 98). Louter ter informatie zij bovendien opgemerkt, dat het hiervoor gestelde wordt bevestigd door de bekendmaking van de Commissie van 1997 inzake overeenkomsten van geringe betekenis (PB 1997, C 372, blz. 13), waarbij de vorengenoemde bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 wordt vervangen, en volgens welke zelfs overeenkomsten die niet van geringe betekenis zijn, buiten het kartelverbod kunnen vallen wegens de uitsluitend gunstige invloed ervan op de mededinging.

103 Onder deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat in gevallen als het onderhavige, waarin tussen ondernemingen gesloten horizontale overeenkomsten de drempel van 5 % bereiken of slechts gering overschrijden — een drempel die door de Commissie zelf als kritische drempel is beschouwd welke de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan rechtvaardigen — de Commissie verplicht is toereikend te motiveren, waarom zij van mening is dat dergelijke overeenkomsten onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Dit geldt te meer in het onderhavige geval waarin, zoals verzoeksters in hun aanmelding hebben uiteengezet, ENS moet opereren op markten die grotendeels worden gedomineerd door andere vervoermiddelen, zoals het vliegtuig, en waarin, uitgaande van een stijgende vraag op de relevante markten en de beperkte mogelijkheden tot capaciteitsuitbreiding van ENS, haar marktaandelen hetzij zullen afnemen of

stabiel zullen blijven. Een dergelijke motivering is in casu bovendien noodzakelijk, aangezien, zoals het Hof in het arrest *Musique Diffusion Française e. a./Commissie* (reeds aangehaald) heeft geoordeeld, een overeenkomst, zelfs indien de marktaandeelen van de verzoekende ondernemingen niet boven 3 % uitkomen, een merkbare invloed op de handel tussen lidstaten kunnen hebben, mits deze marktaandeelen groter zijn dan die van concurrerende derden (punt 86).

104 In casu ontbreekt evenwel een dergelijke motivering.

105 Uit het voorgaande volgt, dat de bestreden beschikking niet toereikend is gemotiveerd om de gemeenschapsrechter in staat te stellen uitspraak te doen over de marktaandeelen die ENS op de verschillende relevante markten bezit, en derhalve over de vraag of de ENS-overeenkomsten een merkbare invloed op de handel tussen lidstaten hebben, zodat de beschikking om die reden nietig dient te worden verklaard.

Tweede onderdeel: de beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen van de ENS-overeenkomsten

Argumenten van partijen

106 Verzoeksters stellen dat de mededinging tussen de oprichters onderling, tussen de oprichters en ENS en met derden niet door de ENS-overeenkomsten wordt beperkt en dat de gestelde mededingingsbeperkingen niet worden versterkt als gevolg van de aanwezigheid van netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen op de markt voor spoorwegvervoer. Bovendien stellen zij, dat de gunstige effecten van de ENS-overeenkomsten groter zijn dan de gestelde beperkingen die daaruit zouden voortvloeien. De beschikking bevat dus een gebrekkige motivering of althans kennelijk onjuiste beoordelingen.

- 107 Met betrekking tot in de eerste plaats de beperkingen van de mededinging tussen de oprichters onderling en tussen de oprichters en ENS stellen verzoeksters, dat in verband met de grote moeilijkheden waarmee de spoorwegondernemingen en ENS te maken zullen krijgen, niet kan worden gesteld, dat op de relevante markten een merkbare mededinging tussen de spoorwegondernemingen zou kunnen ontstaan voor de nieuwe diensten die door ENS zullen worden aangeboden. ENS en EPS verwijzen naar een brief van Lazard Brothers van 27 april 1992 aan BR (bijlage 7 bij de aanmelding), waaruit blijkt dat geen van de spoorwegondernemingen deze risico's in haar eentje zou hebben aanvaard, hetgeen door de Commissie in haar beschikking werd erkend. Bovendien brengt de aanschaf van rollend materieel verschillende vaste kosten mee, die zo hoog zijn dat een onderneming slechts winst kan maken wanneer haar productie een zodanige minimumomvang bereikt als ENS hoopt te verwezenlijken. Individueel was geen van de spoorwegondernemingen dus in staat om de omvang van haar diensten tot deze minimumomvang uit te breiden.
- 108 UIC en NS voegen daaraan toe, dat de potentiële mededinging tussen de partijen bij de ENS-overeenkomsten niet kan worden beperkt, omdat op grond van richtlijn 91/440 geen van de spoorwegondernemingen in staat is, in haar eentje op een van de betrokken trajecten treindiensten aan te bieden, doch verplicht is in een internationaal samenwerkingsverband deel te nemen. Zo hadden bijvoorbeeld op het traject Londen-Amsterdam door SNCF en EPS geen treindiensten kunnen worden aangeboden zonder deelneming van NS. EPS en NS zijn „noodzakelijke partners” in elk internationaal samenwerkingsverband dat op dit traject treindiensten aanbiedt, zodat de bijkomende deelneming van SNCF, die niet een daadwerkelijke of potentiële concurrent van NS of EPS op het betrokken traject is, geen beperking van de mededinging kan opleveren. Met betrekking tot het feit dat ENS op een traject met als bestemming België diensten aanbiedt zonder dat de Belgische spoorwegmaatschappij NMBS partij is bij de ENS-overeenkomsten, beklemtonen verzoeksters, dat de levering van „onontbeerlijke diensten” door NMBS aan ENS het resultaat is van een zuiver commerciële beslissing en niet van een door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichting.
- 109 Voor zover de vier trajecten waarop ENS diensten aanbiedt, als vier afzonderlijke geografische markten moeten worden beschouwd (beschikking punt 29), volgt daaruit eveneens, dat de vier trajecten moeten worden geacht niet met elkaar te concurreren, zodat het feit dat de exploitatie van deze vier trajecten in één enkel samenwerkingsverband wordt gegroepeerd, geen beperking van de mededinging oplevert.

- 110 Het argument dat de ENS-overeenkomsten de mededinging beperken tussen de partijen bij de overeenkomsten en nieuwe spoorwegondernemingen, met inbegrip van dochtermaatschappijen van bestaande ondernemingen, is ongefundeerd. Voor zover het op nieuwe ondernemingen betrekking heeft, is het namelijk niet relevant voor het onderzoek van eventuele beperkingen van de mededinging tussen de deelnemende ondernemingen. Het is hypothetisch, dat de oprichters in andere landen waar door ENS diensten worden aangeboden dan hun eigen land van vestiging, dochtermaatschappijen kunnen oprichten die het statuut van „spoorwegonderneming” in de zin van richtlijn 91/440 kunnen verkrijgen, en waarmee elk van de betrokken spoorwegondernemingen vervoersdiensten per nachttrein zou kunnen organiseren door middel van een samenwerkingsverband waarvan elke andere in de ENS deelnemende onderneming wordt uitgesloten. Geen van de in ENS deelnemende spoorwegondernemingen bezit namelijk een dergelijke dochtermaatschappij. Bovendien kunnen de spoorwegondernemingen geen dochtermaatschappijen met het statuut van spoorwegonderneming oprichten in de lidstaten waar ander spoorwegondernemingen gevestigd zijn, althans niet voor de implementatie van twee ontwerprichtlijnen waarbij de regeling van richtlijn 91/440 wordt aangevuld. Zelfs indien een dergelijke regeling reeds bestond, zou het bijvoorbeeld vanuit commercieel oogpunt volstrekt onrealistisch zijn om te denken dat DB haar eigen spoorwegonderneming in Nederland zou oprichten om met EPS een nachttreinverbinding tussen het Verenigd Koninkrijk en Amsterdam te exploiteren zonder NS daarbij te betrekken. In elk geval zijn de conclusies van de Commissie betwistbaar, te meer omdat het bij de samenwerking binnen ENS niet om een exclusieve samenwerking gaat, aangezien niets in de ENS-overeenkomsten de deelnemers belet om zich bij een met ENS concurrerend samenwerkingsverband aan te sluiten.
- 111 SNCF voegt hieraan toe dat, anders dan de Commissie stelt, de afzonderlijke spoorwegondernemingen niet de mogelijkheid hebben in de andere lidstaten een dochtermaatschappij op te richten om daarmee een samenwerkingsverband te vormen, omdat er in de lidstaten wettelijke monopolies bestaan en de Raad geen wettelijke regeling heeft vastgesteld, waarbij een dergelijk recht van vestiging wordt verleend. Bovendien is het van geen belang dat aan de ENS-overeenkomsten door een aantal spoorwegondernemingen wordt deelgenomen, aangezien zij op verschillende netwerken opereren en dus niet op elk van de andere in aanmerking genomen geografische markten met elkaar concurreren. Ten slotte beklemtoont SNCF, dat de financiële risico's in verband met de oprichting van ENS niet door een enkele onderneming kunnen worden gedragen, zoals de Commissie in punt 63 van de beschikking toegeeft.

- 112 Ook het argument van de Commissie dat elke spoorwegonderneming buiten haar land van vestiging het spoorwegvervoer als „vervoersbedrijf” kan verrichten door de noodzakelijke spoorwegdiensten van de betrokken spoorwegondernemingen te kopen, berust op een onrealistische beschrijving van de markt en is niet verenigbaar met de bij richtlijn 91/440 ingevoerde regeling. Er is dus geen reden om bijvoorbeeld te veronderstellen dat DB geïnteresseerd zou zijn om een speciale structuur op te zetten en met de Britse infrastructuurbeheerder, SNCF en NS over toegangsrechten te onderhandelen om een nachttreinverbinding tussen Amsterdam en Londen tot stand te brengen. Dit zou hoe dan ook commercieel niet mogelijk zijn, aangezien geen van de partijen bij de ENS-overeenkomsten over voldoende financiële en commerciële middelen beschikt.
- 113 De redenering van de Commissie is ook gebaseerd op een model van de markt dat onverenigbaar is met de regeling van richtlijn 91/440. Door kunstmatig onderscheid te maken tussen spoorwegondernemingen en een hypothetisch nieuwe categorie van marktdeelnemers, „vervoersbedrijven” genaamd, heeft de Commissie toegangs- en doorvoerrechten gecreëerd waarin niet door de richtlijn wordt voorzien. De benadering van de Commissie leidt er overigens toe, dat elke vorming van een internationaal samenwerkingsverband automatisch de mededinging beperkt, enkel omdat haar deelnemers ook een ander samenwerkingsverband hadden kunnen oprichten. Een dergelijke redenering is onaanvaardbaar, te meer daar zij het voor de deelnemende spoorwegondernemingen onmogelijk maakt om te bepalen, welke structuur de diensten van ENS dienen te krijgen, zodra de geldigheidsduur van de verleende ontheffing is verstreken, waardoor verdere initiatieven van spoorwegondernemingen van de Gemeenschap op het gebied van vernieuwende internationale vervoersdiensten zouden worden ontmoedigd.
- 114 Met betrekking tot in de tweede plaats de beweerde beperkingen van de toegang van derden (punten 46-48 van de bestreden beschikking) stellen verzoeksters, dat de analyse van de Commissie feitelijk en juridisch onjuist is. Ten eerste moet de mogelijkheid dat derden worden uitgesloten, worden beoordeeld in relatie tot de relevante intermodale markten waarop de gemeenschappelijke onderneming zal opereren, en waarvoor volgens de punten 26 en 27 van de beschikking andere substitueerbare wijzen van vervoer bestaan. De betrokken analyse berust evenwel op een andere afbakening van de markt, namelijk de markt van de levering van de onontbeerlijke spoorwegdiensten, die verschilt van de afbakening die expliciet in de beschikking is aanvaard.

- 115 Ten tweede is de beoordeling van de Commissie gebaseerd op de onjuiste premisse, dat ENS als een „vervoersbedrijf” moet worden beschouwd waaraan de moedermaatschappijen spoorwegdiensten leveren. ENS is evenwel niet een vervoersbedrijf, doch een internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen in de zin van richtlijn 91/440, dat is gevormd om de ondernemingen die haar hebben opgericht, in staat te stellen om overeenkomstig artikel 10, lid 1, van de richtlijn diensten te leveren op het gebied van het internationale reizigersvervoer. Het feit dat de moedermaatschappijen voor een samenwerkingsverband in de vorm van een vennootschap hebben gekozen, is in dit verband niet relevant voor de juridische kwalificatie van ENS. Anders dan de Commissie stelt, kan er dus, aangezien de oprichters via het betrokken samenwerkingsverband zelf vervoersdiensten aan reizigers aanbieden, geen markt bestaan die zich hoger in de bedrijfskolom bevindt dan de levering van spoorwegdiensten aan vervoersbedrijven, en een afzonderlijke markt waarop ENS opereert, zoals in de beschikking wordt verklaard. In elk geval berusten de conclusies van de Commissie op de onjuiste vooronderstelling, dat elk „vervoersbedrijf” van welke aard ook (bijvoorbeeld een hotelketen) aanspraak op de levering van locomotieven kan maken.
- 116 Ten derde is het argument van de Commissie gebaseerd op de onjuiste vooronderstelling dat EPS een volledige dochtermaatschappij van BR en/of de Britse infrastructuurbeheerder Railtrack is, en dat zij in het Verenigd Koninkrijk een machtspositie inneemt, terwijl EPS in werkelijkheid door BR aan de regering van het Verenigd Koninkrijk is overgedragen (zie punt 11 supra) en verre van dominant is op welke markt dan ook. In haar brief van 30 juni 1994 (bijlage 9 bij haar verzoekschrift) heeft EPS de Commissie namelijk eraan herinnerd, dat zij eigenaar noch beheerder van de infrastructuur is en dat zij slechts toegang heeft tot het door haar op het net van het Verenigd Koninkrijk benodigde deel van de dienstregeling dat voor haar is gereserveerd, welke een gering deel van de capaciteit op de betrokken trajecten uitmaakt. Ook gebruikt EPS slechts weinig spoorwegpersoneel en heeft zij een klein locomotiefpark. Daaruit volgt, dat EPS geen machtspositie inneemt wat de toegang tot de infrastructuur in het Verenigd Koninkrijk betreft.
- 117 Ten vierde heeft de Commissie niet toegelicht, waarom de gestelde commerciële macht van de deelnemende spoorwegondernemingen als zodanig een belemmering voor de toegang van derden tot de markt oplevert. Het argument betreffende het bestaan van daadwerkelijke of potentiële concurrenten, alsmede betreffende de

schade die de beweerde bevoorrechte betrekkingen tussen de spoorwegondernemingen en ENS zouden veroorzaken voor de concurrentie op de zich lager in de bedrijfskolom bevindende markten, is speculatief. Zelfs indien enkel de spoorwegondernemingen locomotieven bezaten en elk van hen weigerde locomotieven aan een nieuwe marktdeelnemer te leveren, zou het effect op de correct afgebakende relevante markten in feite miniem zijn. Ingevolge richtlijn 91/440 zijn de deelnemende spoorwegondernemingen als beheerder van de infrastructuur in elk geval verplicht, bepaalde diensten aan derden te leveren. Bovendien zijn met de aanschaf van (in het bijzonder tweedehands) locomotieven door middel van huur, leasing of op enige andere wijze voor derden geen grote investering gemoeid en is er geen feitelijke grondslag voor de Commissie om te stellen dat enkel de betrokken spoorwegondernemingen locomotieven bezitten of dat elke nieuwe onderneming moeilijkheden zou hebben om deze te vinden. Bovendien is het mogelijk om bestaande locomotieven aan te passen en geschikt te maken voor verkeer in de Kanaaltunnel, in plaats van nieuwe of speciale locomotieven te bestellen. In elk geval kan het loutere feit dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming bepaalde grote kapitaalinvesteringen vergt, niet als een belemmering voor de toegang tot de markt worden beschouwd. In antwoord op de verwijzing door de Commissie in haar memories naar het uitsluitingseffect dat het gevolg zou zijn van de overeenkomst betreffende de exploitatie van de Kanaaltunnel, verklaren verzoeksters, dat de Commissie voor deze overeenkomst een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft verleend, en beklemtonen zij dat de doortochten die ENS zal gebruiken, in mindering worden gebracht op het deel van de doortochten die deze overeenkomst aan SNCF en BR heeft voorbehouden, zodat het aantal voor derden beschikbare doortochten niet zal worden verminderd.

- 118 Wat in de derde plaats de beperkingen als gevolg van het bestaan van een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen betreft, stellen verzoeksters, dat deze andere gemeenschappelijke ondernemingen op andere producten- of dienstenmarkten opereren dan waarop ENS zal opereren, namelijk de markt van gecombineerd goederenvervoer en de markt van het kangoeroevervoer en dat zij geen concurrerende of zelfs complementaire activiteiten verrichten. In de beschikking wordt op generlei wijze onderzocht, hoe het beweerde bestaan van een netwerk van gemeenschappelijke spoorwegondernemingen een merkbare invloed op de mededinging op de markt van reizigersvervoer zou kunnen hebben, en deze beschikking is bovendien in tegenspraak met de door de Commissie in haar bekendmaking van 1993 uiteengezette beginselen.

- 119 Met betrekking tot de algemene beoordeling van de gevolgen van de ENS-overeenkomsten ten slotte betogen ENS en EPS, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof (arresten Hof van 30 juni 1966, LTM, 56/65, Jurispr. blz. 346; 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450, arrest Metro/Commissie, reeds aangehaald; arresten van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie, 258/78, Jurispr. blz. 2015; 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, Jurispr. blz. 353, en 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935) de gunstige gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging moeten worden afgewogen tegen haar mededingingsverstorende gevolgen. Indien de gunstige gevolgen voor de mededinging groter zijn dan de mededingingsverstorende gevolgen en indien deze laatste noodzakelijk zijn voor de toepassing van de overeenkomst, kan deze overeenkomst niet worden geacht ertoe te strekken of ten gevolge te hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 120 Verzoeksters stellen, dat de onderhavige overeenkomsten belangrijke gunstige gevolgen voor de mededinging op de beide relevante dienstenmarkten, zoals omschreven in de punten 26 en 27 van de beschikking, hebben. In het bijzonder wordt de markt voor het vervoer van zakenmensen op de trajecten waarop ENS diensten aanbiedt, gedomineerd door een klein aantal luchtvaartmaatschappijen, die volgens het door het Office of Population Censuses and Surveys verrichte onderzoek van de internationale passagiersbewegingen (International Passenger Survey) in 1991 74 % van deze markt in handen hadden. Verder had ENS in haar aanmelding aangetoond dat zij waarschijnlijk 7 % van die markt in handen zou krijgen, terwijl de luchtvaartmaatschappijen 78 % in handen hebben, en dat haar oprichting dus in zekere zin de dominantie van de luchtvaartmaatschappijen op de markt zou afzwakken. De Commissie heeft overigens erkend, dat de situatie dezelfde was voor de markt van vrijetijdsreizen. In feite zouden de gunstige gevolgen van de betrokken overeenkomsten dus groter zijn dan het theoretische mededingingsverstorende gevolg.
- 121 De Commissie is van mening, dat het feit dat de deelnemers in ENS grote commerciële risico's zijn aangegaan en hoge kosten hebben gemaakt, niet betekent dat een belangrijke concurrentie tussen de betrokken spoorwegondernemingen op de relevante markt onwaarschijnlijk is. Een in een lidstaat gevestigde spoorwegonderneming heeft het recht om met een in een andere lidstaat gevestigde spoorwegonderneming een samenwerkingsverband op te richten en van Eurotunnel, de beheerder van de infrastructuur, de benodigde doortochten door de Kanaaltunnel te verkrijgen om internationale vervoersdiensten te exploiteren (beschik-

king, punt 42). Bovendien kan elke spoorwegonderneming die partij is bij de ENS-overeenkomst, zelf als „vervoersbedrijf” optreden en een dochtermaatschappij oprichten die, door van de betrokken spoorwegondernemingen de onontbeerlijke diensten te kopen, eveneens de internationale vervoersdiensten kan exploiteren (beschikking, punten 43 en 44). Door deze exploitatie en verkoop van deze diensten aan hun gezamenlijke onderneming ENS toe te vertrouwen, worden deze concurrentiemogelijkheden op de relevante markt door verzoeksters dus aanzienlijk beperkt (beschikking, punt 45). Ten slotte blijkt uit de beslissing van de Duitse spoorwegonderneming DB om met de Zwitsers en de Oostenrijkse spoorwegen een gemeenschappelijke onderneming op te richten om diensten met nachttreinen tussen de Zwitserse, Duitse en Oostenrijkse steden aan te bieden, dat de mogelijkheid voor een spoorwegonderneming die partij is bij de ENS-overeenkomsten om een dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk en/of ander lidstaten op te richten om diensten met nachttreinen te leveren, niet onrealistisch of illusoir is.

- 122 Met betrekking tot het argument dat elk van de verzoeksters een noodzakelijke partner is voor de exploitatie van de trajecten waarop ENS diensten aanbiedt, antwoordt de Commissie, dat ENS geen spoorwegonderneming in de zin van richtlijn 91/440 is, doch een „vervoersbedrijf” dat de onontbeerlijke spoorwegdiensten van andere spoorwegondernemingen verkrijgt. Bovendien toont het feit dat het traject Brussel-Glasgow/Plymouth door ENS zal worden geëxploiteerd, ofschoon NMBS geen partij bij de overeenkomst is, aan dat de deelneming van alle vier in de betrokken lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen geen *conditio sine qua non* voor de exploitatie van de betrokken diensten is.
- 123 In antwoord op verzoeksters' argument dat de betrokken spoorwegondernemingen geen dochterondernemingen met het statuut van spoorwegonderneming in de verschillende lidstaten kunnen oprichten en aldus andere internationale samenwerkingsverbanden in concurrentie met ENS kunnen vormen, betoogt de Commissie, dat er geen enkele juridische belemmering bestaat die de spoorwegondernemingen belet om zich in andere lidstaten te vestigen. Het in artikel 52 van het Verdrag neergelegde beginsel van vrije vestiging is aan het einde van de overgangperiode volledig van toepassing geworden, zodat het feit dat de Raad ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking de ontwerprichtlijn betreffende vergunningen voor spoorwegondernemingen nog niet had aanvaard, niet relevant is, aangezien een dergelijke richtlijn enkel ten doel heeft de uitvoer-

ning van het recht van vestiging te vergemakkelijken en niet om dat recht te creëren (arrest Hof van 21 juni 1974, Reyners, 2/74, Jurispr. blz. 631).

- 124 Met betrekking tot verzoeksters' argument dat de bij richtlijn 91/440 tot stand gebrachte regeling de spoorwegondernemingen niet toestaat om een als vervoersbedrijf optredende dochtermaatschappij op te richten, beklemtoont de Commissie, dat deze richtlijn weliswaar enkel van toepassing is op spoorwegondernemingen waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het leveren van spoorwegvervoersdiensten voor goederen en/of reizigers, waarbij in ieder geval door deze onderneming voor de tractie moet worden gezorgd (artikel 3), doch vervoersbedrijven die niet zelf het statuut van spoorwegonderneming in de zin van artikel 3 van deze richtlijn hebben en die dus niet over het recht van toegang tot de spoorweginfrastructuur beschikken, kunnen niettemin diensten en/of spoorwegvervoer van goederen aanbieden door de tractie en de toegang tot de spoorweginfrastructuur bij spoorwegondernemingen te verwerven. Dat is precies de wijze waarop ACI en ENS opereren met betrekking tot gecombineerd vervoer, respectievelijk het reizigersvervoer.
- 125 De Commissie merkt op dat zij dit standpunt reeds heeft verdedigd in de brieven die zij aan de aanmeldende partijen heeft gestuurd op 29 oktober 1993 (verweerschrift, bijlage 4) en 28 februari 1994, en dat de voorzitter van ENS na consultatie van de spoorwegondernemingen die in ENS deelnemen, bij brief van 13 april 1994 aan de Commissie (verweerschrift, bijlage 6) heeft bevestigd, dat hij ermee instemde om op dezelfde trajecten diensten met nachttreinen aan de concurrenten van ENS aan te bieden.
- 126 Met betrekking tot de bewering dat de ENS-overeenkomsten geen exclusiviteitsbeding bevatten en derhalve de betrokken spoorwegondernemingen niet beletten om andere internationale samenwerkingsverbanden te vormen die met ENS kunnen concurreren, beklemtoont de Commissie, dat een dergelijke mogelijkheid uiterst onwaarschijnlijk is, aangezien de betrokken spoorwegondernemingen tijdens de administratieve procedure met nadruk erop hebben gewezen, dat zij hun ervaring en financiële middelen moesten poolen om het commerciële succes van ENS te verzekeren.

- 127 Ook ontkent de Commissie, dat zij de beperkende gevolgen van de ENS-overeenkomst voor derden onjuist heeft beoordeeld; dienaangaande verwijst zij naar de punten 46 en 48 van de bestreden beschikking. Zij is van mening dat ofschoon de oprichting van ENS geen beperking opwerpt voor de toegang van derden tot de andere wijzen van vervoer die de door ENS aangeboden diensten kunnen substitueren, de toegang van de spoorwegondernemingen en vervoersbedrijven tot het segment spoorwegvervoer van de relevante markt niettemin kan worden belemmerd, omdat ENS is opgericht door machtige spoorwegondernemingen die zowel het gebruik van de spoorweginfrastructuur als de levering van de tractie controleren. Volgens de Commissie behoeft de belemmering van de toegang niet elk marktsegment van een samengestelde markt als de onderhavige te raken. Zij voegt daaraan toe, dat het feit dat voor de Eurotunnelovereenkomst tussen Eurotunnel, BR en SNCF een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag is verleend, die overeenkomst niet irrelevant maakt voor de beoordeling van de economische positie van EPS en SNCF, die 75 % van de voor de internationale treinen in de Kanaaltunnel gereserveerde doortochten in handen hebben.
- 128 Met betrekking tot de mededingingsbeperkingen welke voortvloeien uit de levering van de onontbeerlijke spoorwegdiensten aan ENS, erkent de Commissie dat, wat de opneming in de dienstregeling betreft, internationale samenwerkingsverbanden op grond van de richtlijn rechtstreeks toegang tot de infrastructuur kunnen verkrijgen van de beheerders van de infrastructuur. Wat de opneming in de dienstregeling en de terbeschikkingstelling van tractie en gekwalificeerd personeel betreft, geldt dit evenwel niet voor de vervoersbedrijven. Gelet op het feit dat de tractie enkel kan worden verzekerd door de spoorwegondernemingen en deze ondernemingen zowel over de speciale locomotieven voor tractie in de Kanaaltunnel als over het vakbekwame bedieningspersoneel daarvan beschikken, is het redelijk om te stellen dat marktdeelnemers die dergelijke diensten proberen te verkrijgen, in het nadeel zijn, indien zij deze niet tegen niet-discriminerende voorwaarden bij de moedermaatschappijen van ENS zouden kunnen verkrijgen.
- 129 Het netwerk van gezamenlijke ondernemingen waarin de oprichtende ondernemingen deelnemen, exploiteert diensten voor het vervoer van goederen en reizigers: Intercontainer, waarvan alle anmeldende partijen lid zijn; ACI, die is opgericht door BR, SNCF en Intercontainer, en ten slotte Autocare Europe. Het argument dat gemeenschappelijke ondernemingen voor het gecombineerd goederenvervoer en het kangoeroevervoer niet van invloed zijn op de diensten van nachttreinen voor reizigers, zoals die welke door ENS worden geëxploiteerd, gaat

niet op, aangezien volgens de bekendmaking van 1993 de concurrentie het sterkst wordt beperkt wanneer door met elkaar concurrerende ondernemingen in een en dezelfde sector met een oligopolistische structuur een groot aantal gemeenschappelijke ondernemingen voor aanverwante producten of voor talrijke grondstoffen of diensten wordt opgericht.

- 130 Ten slotte betwist de Commissie het argument dat uit de door verzoeksters geciteerde rechtspraak blijkt, dat zij verplicht is een „rule of reason” toe te passen en de gunstige en negatieve gevolgen van de betrokken overeenkomst voor de mededinging te beoordelen. Een dergelijke benadering is enkel vereist in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, doch niet bij de beoordeling van de mededingingsbeperkingen in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 131 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, stelt om te beginnen dat de Commissie bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de ENS-overeenkomsten geen rekening heeft gehouden met de economische context en in het bijzonder met de mededinging die zonder deze overeenkomsten zou bestaan. De ENS-overeenkomsten beperken de mededinging niet, omdat zij de totstandbrenging van een dienst die thans nog niet bestaat en die geen van de partijen redelijkerwijze alleen tot stand zou kunnen brengen, dienen mogelijk te maken en te vergemakkelijken.
- 132 Verschillende passages in de motivering van de bestreden beschikking bevestigen overigens de gunstige uitwerking van de ENS-overeenkomsten voor de mededinging, de nieuwigheid van de aangeboden dienst, de grote financiële risico's die zij meebrengen, de financiële en technische redenen van een samenwerking — poolen van knowhow — en het feit dat de investeringen pas na verschillende jaren rendement opleveren (punten 59, 61, 63, en 74-77 van de beschikking). Het is opmerkelijk, dat deze vaststellingen slechts voorkomen in het gedeelte van de beschikking dat de vraag van de ontheffing voor de ENS-overeenkomsten betreft, en niet in het gedeelte betreffende de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

- 133 Evenmin wordt in de bestreden beschikking toereikend verklaard, hoe de moedermaatschappijen van ENS op de betrokken markt concurrenten in eigenlijke zin zijn of kunnen zijn. In de bestreden beschikking wordt niet verklaard, hoe reëel de mogelijkheid van een dergelijke mededinging is, hetgeen aantoonde dat de Commissie ofwel niet het noodzakelijke onderzoek van de economische context heeft verricht, ofwel artikel 190 van het Verdrag niet in acht heeft genomen.
- 134 In antwoord op het Verenigd Koninkrijk merkt de Commissie op, dat bij het onderzoek van een overeenkomst weliswaar rekening moet worden gehouden met de economische context daarvan, doch dat dit niet betekent dat de „rule of reason” — een begrip dat het Hof tot dusverre heeft geweigerd toe te passen — moet worden gehanteerd. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het arrest van het Hof van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641), dat enkel betrekking had op de geldigheid van bijkomende beperkingen in de specifieke context van coöperaties en bijgevolg niet als de uitdrukking van een algemeen beginsel kan worden beschouwd. Bijgevolg is de afweging van de voor- en nadelen van een overeenkomst voor de mededinging volgens de Commissie wel vereist bij de verlening van een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, doch niet bij de toetsing van de mededingingsbeperkingen — die, in tegenstelling tot hetgeen het Verenigd Koninkrijk betoogt, in de beschikking omstandig zijn uiteengezet — aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Beoordeling door het Gerecht

- 135 Volgens de bestreden beschikking hebben de ENS-overeenkomsten gevolgen die de mededinging beperken a) tussen de oprichters, b) tussen de oprichters en ENS, en c) met derden, en d) zijn deze beperkingen groter als gevolg van het bestaan van een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen dat de oprichters tot stand hebben gebracht.
- 136 Alvorens de argumenten van partijen te onderzoeken betreffende de vraag of de analyse van de mededingingsbeperkingen door de Commissie juist was, zij eraan herinnerd, dat bij de toetsing van een overeenkomst aan artikel 85, lid 1, van het

Verdrag rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert (arresten *Delimitis*, reeds aangehaald, en *DLG*, reeds aangehaald, punt 31; arrest Hof van 12 december 1995, *Oude Luttikhuis e. a.*, C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10; arrest Gerecht van 14 mei 1997, *VGB e. a./Commissie*, T-77/94, Jurispr. blz. II-759, punt 140), tenzij het een overeenkomst betreft die duidelijke mededingingsbeperkingen, zoals het bepalen van prijzen, het verdelen van de markt of het controleren van de afzet, meebrengt (arrest Gerecht van 6 april 1995, *Tréfilunion/Commissie*, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 109). In dit laatste geval kunnen dergelijke beperkingen namelijk slechts in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag tegen hun eventuele beweerde gunstige gevolgen voor de mededeling worden afgewogen met het oog op de verlening van een ontheffing op het verbod in artikel 85, lid 1.

137 Verder zij beklemtoond, dat bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden niet enkel moet worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, doch ook op de potentiële mededeling, teneinde vast te stellen of er, gelet op de marktstructuur en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent op de betrokken markt kan penetreren en met de daarop gevestigde ondernemingen kan concurreren (arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, punt 21). Hieraan zij toegevoegd dat volgens de bekendmaking van de Commissie van 1993 betreffende de beoordeling van de gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het Verdrag „er slechts van een potentiële concurrentieverhouding sprake kan zijn, wanneer elk van de oprichters alleen in staat is de aan de gemeenschappelijke onderneming opgedragen taken te vervullen en wanneer hij door de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming het vermogen daartoe niet verliest. Bij de beoordeling van concrete gevallen is een economisch realistische benaderingswijze geboden” (punt 18 van de bekendmaking).

138 In het licht van deze overwegingen dient bijgevolg te worden onderzocht, of de beoordeling door de Commissie van de beperkende gevolgen van de ENS-overeenkomsten juist is.

— De beperking van de mededinging tussen de oprichters

139 Uit de stukken in het dossier blijkt, dat er vóór de vaststelling van richtlijn 91/440 geen daadwerkelijke of potentiële concurrentie tussen de spoorwegondernemingen van de lidstaten bestond, omdat exclusieve rechten in de meeste lidstaten rechtens of feitelijk de dienstverlening op het gebied van het internationale reizigersvervoer alsmede de toegang tot de infrastructuur (nationaal net) beletten. Vóór de vaststelling van deze richtlijn konden dergelijke diensten, zoals partijen hebben beklemtoond, in de Gemeenschap enkel worden verleend op basis van de traditionele samenwerkingsovereenkomsten tussen de spoorwegondernemingen die de verschillende betrokken netten exploiteren. Na de vaststelling van richtlijn 91/440 zijn de mededingingsvoorwaarden op de spoorwegmarkt evenwel gewijzigd, zodat de spoorwegondernemingen die op de nationale netwerken opereren, in zekere mate potentiële concurrenten voor het internationale reizigersvervoer zijn geworden, mits zij „internationale samenwerkingsverbanden” met in de verschillende lidstaten gevestigde andere spoorwegondernemingen vormen om internationale vervoersdiensten tussen deze lidstaten te leveren (artikelen 3 en 10 van de richtlijn).

140 Uit de argumenten van de Commissie blijkt, dat de mogelijkheid om internationale vervoersdiensten te leveren door middel van internationale samenwerkingsverbanden niet enkel open staat aan de bestaande spoorwegondernemingen, doch ook aan nieuwe spoorwegondernemingen, met inbegrip van dochtermaatschappijen van bestaande spoorwegondernemingen, en dat de Commissie zich op basis van deze premisse op het standpunt heeft gesteld, dat de ENS-overeenkomsten de mededinging tussen oprichters beperkten, voor zover a) iedere partij bij de ENS-overeenkomsten een samenwerkingsverband kon vormen met een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, dan wel met haar eigen Britse dochtermaatschappij, en aldus met ENS kon concurreren, b) iedere partij bij de ENS-overeenkomsten een als „vervoersbedrijf” optredende, gespecialiseerde dochtermaatschappij kon oprichten en bij de ondernemingen die partij waren bij de ENS-overeenkomsten, dezelfde onontbeerlijke spoorwegdiensten konden kopen als deze laatsten aan ENS verkochten, en c) elke spoorwegonderneming zelf als vervoersbedrijf kon optreden en internationale diensten per nachttrein kon exploiteren, door de onontbeerlijke spoorwegdiensten bij de spoorwegondernemingen te kopen.

141 Met betrekking tot de mogelijkheid voor elke partij bij de ENS-overeenkomsten om een samenwerkingsverband te vormen met een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming, dan wel met een door haarzelf op te richten Britse dochtermaatschappij en aldus met ENS te concurreren, zij om te beginnen opgemerkt, dat voor zover volgens artikel 10 van richtlijn 91/440 op een internationaal traject slechts diensten kunnen worden aangeboden door een internationaal samenwerkingsverband dat is gevormd door de in elk van de betrokken landen gevestigde spoorwegondernemingen, zijn de enige „noodzakelijke partners” om een dergelijk internationaal samenwerkingsverband op elk traject te vormen de in elke betrokken lidstaat gevestigde spoorwegondernemingen. Zoals verzoeksters met betrekking tot bijvoorbeeld het traject Londen-Amsterdam hebben beklemtoond, waren NS en EPS ten tijde van de feiten de enige noodzakelijke partners, zodat de deelneming van SNCF en DB aan dit samenwerkingsverband geen gevolg voor de daadwerkelijke mededinging kon hebben, aangezien binnen het kader van de bij richtlijn 91/440 vastgestelde regeling geen van deze beide spoorwegondernemingen op dit traject met EPS en NS kon concurreren. Hetzelfde geldt voor elk van de drie andere trajecten waarop daadwerkelijk diensten door ENS dienen te worden aangeboden (zie punt 9 supra). Het feit dat de vier betrokken trajecten door EPS, DB, SNCF en NS gezamenlijk worden geëxploiteerd, kan dus niet tot gevolg hebben dat de daadwerkelijke mededinging tussen de oprichters merkbaar wordt beperkt.

142 Met betrekking tot de opvatting dat de potentiële mededinging wordt beperkt door het feit dat elk van de oprichtende ondernemingen een dochtermaatschappij in de lidstaten van de andere oprichters zou kunnen opzetten en met haar eigen dochtermaatschappij of met andere spoorwegondernemingen die in de andere betrokken lidstaten zijn gevestigd, internationale samenwerkingsverbanden in rechtstreekse concurrentie met ENS zouden kunnen oprichten, is het Gerecht van oordeel, dat dit een hypothese is die niet wordt gestaafd door een feitelijk gegeven of door een onderzoek van de structuren op de relevante markt dat de conclusie rechtvaardigt dat dit een reële en concrete mogelijkheid is. De bestreden beschikking noch het dossier bevat namelijk enig gegeven waaruit blijkt dat er ondernemingen zijn die in andere lidstaten dochtermaatschappijen bezitten die zelf het statuut van spoorwegonderneming hebben, in dier voege dat daarin een daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van vestiging op de communautaire spoorwegmarkt tot uiting komt.

143 Beklemtoond zij, dat het Gerecht in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang waartoe het heeft besloten, de Commissie heeft verzocht om aan te geven, of in de lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen in andere

lidstaten dochtermaatschappijen met het statuut van spoorwegonderneming in de zin van richtlijn 91/440 bezitten, en, zo ja, te vermelden welke spoorwegondernemingen na de inwerkingtreding van richtlijn 91/440 zijn opgericht. In haar antwoord heeft de Commissie erkend, dat zij niet op de hoogte is van andere dochtermaatschappijen die voor of na de vaststelling van richtlijn 91/440 door de oprichters van ENS zijn opgezet; niettemin herhaalt zij haar standpunt, dat bij artikel 52 van het Verdrag het recht van vestiging rechtstreeks aan iedere geïnteresseerde spoorwegonderneming wordt verleend.

- 144 Het Gerecht is van oordeel dat dit argument van de Commissie, dat er in theorie geen enkel juridische belemmering bestaat die de spoorwegondernemingen belet om zich in een andere lidstaat dan die van hun maatschappelijke zetel te vestigen, geen rekening houdt met de economische context en de karakteristieken van de relevante markt, zoals deze uit de stukken naar voren komen, en op zichzelf derhalve niet volstaat om aan te tonen dat de potentiële mededinging tussen de oprichters of tussen hen en ENS wordt beperkt.
- 145 Zoals verzoeksters omstandig in hun memories hebben uiteengezet, zou het in verband met de nieuwheid en de specifieke aspecten van de vervoersdiensten per nachttrein voor de oprichters niet realistisch zijn om in andere lidstaten dochtermaatschappijen met het statuut van spoorwegonderneming op te zetten, enkel om een nieuwe gemeenschappelijke onderneming op te richten om met ENS te concurreren. De prohibitieve kosten van de investeringen voor dergelijke diensten door de Kanaaltunnel en het feit dat de exploitatie van één enkel spoorwegtraject, in tegenstelling tot de vier trajecten die door ENS gezamenlijk dienen te worden geëxploiteerd, geen schaalvoordelen oplevert, tonen namelijk aan, hoe onrealistisch een potentiële mededinging tussen de oprichters of tussen hen en ENS is. Bovendien blijkt uit de stukken dat na de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van de mededeling van de Commissie waarin zij de belanghebbende partijen verzocht om haar hun opmerkingen betreffende de ENS-overeenkomsten, zoals samengevat in deze mededeling, kenbaar te maken, dat geen enkele derde belanghebbende als potentiële concurrent die door de uitvoering van de ENS-overeenkomsten zou kunnen worden geraakt of getroffen, opmerkingen heeft ingediend (zie punt 17 supra). Ten slotte kan in casu eveneens ten eerste worden betwijfeld of ENS wel daadwerkelijke of potentiële concurrenten heeft,

aangezien, zoals de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft erkend, tot dusverre door de spoorwegondernemingen voor noch na de vaststelling van richtlijn 91/440 een dochtermaatschappij is opgericht.

146 Op grond van de voorgaande overwegingen is het Gerecht van mening, dat de vaststelling van de Commissie dat de ENS-overeenkomsten de daadwerkelijke en/of potentiële mededinging tussen de oprichters of tussen hen en ENS merkbaar kunnen beperken, ontoereikend is gemotiveerd en/of op een onjuiste beoordeling berust.

147 Met betrekking tot het standpunt dat de mededinging tussen de oprichters wordt beperkt, omdat elk van de spoorwegondernemingen die partij is bij de ENS-overeenkomsten, ofwel een als vervoersbedrijf optredende, gespecialiseerde onderneming kan oprichten, ofwel zelf als vervoersbedrijf kan optreden en met ENS kan concurreren, door dezelfde onontbeerlijke spoorwegdiensten van de betrokken spoorwegondernemingen te kopen, is het Gerecht van oordeel, dat deze vaststelling van de Commissie eveneens op een analyse van de markt berust die niet in overeenstemming is met de feiten. De Commissie gaat er namelijk van uit, dat in de markt voor het spoorwegvervoer van reizigers er naast de spoorwegondernemingen een andere categorie van marktdeelnemers bestaat, de vervoersbedrijven, die dezelfde dienst als de spoorwegondernemingen, namelijk reizigersvervoer, leveren, zij het door van deze spoorwegondernemingen de „onontbeerlijke spoorwegdiensten”, namelijk de locomotieven, het bedieningspersoneel daarvan en de toegang tot de infrastructuur, te kopen of te huren. Aangezien ENS volgens de beschikking een vervoersbedrijf is, zou zij aldus kunnen worden blootgesteld aan de concurrentie van hetzij de door de spoorwegondernemingen als vervoersbedrijf opgerichte gespecialiseerde dochtermaatschappijen, hetzij deze spoorwegondernemingen die rechtstreeks als vervoersbedrijf op deze markt optreden, zodat haar oprichting de vrijheid van de partijen om zelfstandig als vervoersbedrijf op te treden, zou beperken.

148 Deze vaststelling van de Commissie kan evenwel niet worden onderzocht zonder eerst de vraag te beantwoorden of buiten de door de in richtlijn 91/440 bedoelde internationale samenwerkingsverbanden ook vervoersbedrijven internationale diensten voor het reizigersvervoer leveren. Aangezien deze vraag in wezen door

verzoeksters in het kader van hun tweede middel is opgeworpen, zal het bijgevolg in dat verband worden onderzocht (zie punten 161-189 infra).

— De beperking van de mededinging met derden

- 149 Het Gerecht merkt op, dat in de bestreden beschikking wordt beklemtoond, dat de toegang van derden tot de relevante markten dreigt te worden belemmerd door de bevoorrechte betrekkingen van ENS met haar moedermaatschappijen, waardoor derden bij de aankoop van de door de moedermaatschappijen geleverde onontbeerlijke spoorwegdiensten in een minder gunstige concurrentiepositie komen te verkeren, alsmede door de overeenkomst tussen BR, SNCF en Eurotunnel betreffende de exploitatie van de Kanaaltunnel, op grond waarvan BR en SNCF een groot gedeelte, namelijk 75 %, van de voor de internationale treinen beschikbare doortochten voor zich behouden.
- 150 Met betrekking tot in de eerste plaats de bevoorrechte betrekkingen van ENS met de betrokken spoorwegondernemingen zij vastgesteld, dat de analyse van de Commissie is gebaseerd op de premisse, dat de markt voor het reizigersvervoer per spoor in twee markten is opgesplitst: een zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt van de levering van „onontbeerlijke spoorwegdiensten” (opname in dienstregeling, speciale locomotieven en bedieningspersoneel daarvan) en een zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt betreffende het reizigersvervoer, waarop naast de spoorwegondernemingen vervoersbedrijven als ENS opereren. Volgens de beschikking zouden de moedermaatschappijen hun machtspositie op de zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt kunnen misbruiken door te weigeren de onontbeerlijke spoorwegdiensten te leveren aan met ENS concurrerende derden die op de zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt opereren.
- 151 Ook dit aspect van de beoordeling van de Commissie kan evenwel niet worden onderzocht, zonder dat eerst de vraag wordt beantwoord, of er buiten de internationale samenwerkingsverbanden vervoersbedrijven bestaan die eveneens op de relevante markten opereren, hetgeen in het kader van het tweede middel zal worden onderzocht, alsmede de vraag of de door de oprichters aan ENS geleverde diensten als „essentiële of onontbeerlijke diensten of faciliteiten” kunnen worden

aangemerkt, hetgeen het onderwerp van het derde middel is en bijgevolg in het kader daarvan dient te worden onderzocht (zie punten 190-221 infra).

- 152 Met betrekking tot in de tweede plaats de beperkingen als gevolg van de overeenkomst betreffende de exploitatie van de Kanaaltunnel herinnert het Gerecht eraan, dat de beschikking van de Commissie waarbij voor deze overeenkomst een onthefing van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt verleend (hierna: „Eurotunnelbeschikking”), nietig is verklaard bij het arrest van het Gerecht van 22 oktober 1996, SNCF en British Railways/Commissie (T-79/95 en T-80/95, Jurispr. blz. II-1491), op grond dat de Commissie bij de uitlegging van de bepalingen van deze overeenkomst betreffende de verdeling van de doortochten per uur in de tunnel tussen SNCF en BR enerzijds en Eurotunnel anderzijds omtrent de feiten had gedwaald.
- 153 In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang waartoe het Gerecht heeft besloten, heeft het partijen verzocht, hun standpunt te bepalen betreffende de relevantie van dit arrest van het Gerecht voor het onderhavige geding. In haar antwoord op dit verzoek heeft de Commissie betoogd, dat dit arrest niet relevant is voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beschikking, en dat uit punt 47 van de beschikking blijkt dat hoewel BR en SNCF weliswaar niet over het geheel maar wel over een belangrijk deel van de doortochten voor internationale treinen beschikten. Verzoeksters evenwel hebben betoogd, dat het arrest van het Gerecht bevestigt dat de toegang tot de Kanaaltunnel niet gesloten is en dat de Commissie de beperkende gevolgen van de overeenkomst betreffende de exploitatie van de tunnel voor derden onjuist heeft beoordeeld.
- 154 Voor zover enerzijds de Commissie zich specifiek op de „Eurotunnelovereenkomst” heeft gebaseerd om in de bestreden beschikking aan te tonen, dat door de bevoorrechte toegang die SNCF en BR tot de doortochten in de tunnel zouden hebben, de met ENS concurrerende ondernemingen in een minder gunstige concurrentiepositie geraken, en anderzijds de Eurotunnelbeschikking door het Gerecht nietig is verklaard wegens dwaling omtrent de feiten bij de uitlegging van de bepalingen van bovengenoemde overeenkomst betreffende de verdeling van de doortochten, kan de Commissie daaraan geen geldig argument voor de beoordeling van de ENS-overeenkomsten ontleenen.

— De versterking van de mededingingsbeperkende gevolgen als gevolg van het bestaan van een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen

155 Met betrekking tot de gestelde versterking van de mededingingsbeperkingen als gevolg van het bestaan van netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen (punten 49-53 van de beschikking) merkt het Gerecht om te beginnen op, dat volgens de bekendmaking van de Commissie van 1993 bijzondere aandacht moet worden besteed aan netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen die door dezelfde oprichters, door één oprichter met verscheidene partners of door verscheidene oprichters parallel tot stand worden gebracht (punt 17 van de bekendmaking). De netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen zouden de mededinging in het bijzonder kunnen beperken, wanneer met elkaar concurrerende ondernemingen een aantal gemeenschappelijke ondernemingen oprichten voor complementaire producten die zij van plan zijn zelf te verwerken, of voor niet-complementaire producten die zij ook zelf afzetten, waarbij omvang en intensiteit van de concurrentiebeperking toenemen. Deze overwegingen gelden eveneens voor de dienstensector (punt 29 van de bekendmaking).

156 In de bestreden beschikking was de Commissie van mening dat dit in casu het geval was, voor zover BR/EPS, SNCF, DB en NS in verschillende mate aan een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen voor de exploitatie van diensten op het gebied van het goederen- en reizigersvervoer, met name via de Kanaaltunnel, deelnamen. Hierbij verwees zij naar de gemeenschappelijke onderneming ACI, die tezamen met in het bijzonder BR en SNCF is opgericht voor het gecombineerde goederenvervoer [beschikking 94/594/EG van de Commissie van 27 juli 1994 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en van artikel 53 van de EER-overeenkomst (IV/34.518 — ACI) (PB L 224, blz. 28; hierna: „ACI-beschikking”)] en naar Autocare Europe voor het vervoer van motorvoertuigen per spoor, waarin BR en SNCF deelnemen. In haar memories verwees de Commissie ook voor het eerst naar de gemeenschappelijke onderneming Intercontainer, die door 29 spoorwegondernemingen, waaronder BR en SNCF, is opgericht en die ook op de markt voor gecombineerd goederenvervoer opereert.

- 157 In de bestreden beschikking wordt evenwel niet gepreciseerd, welke gemeenschappelijke ondernemingen door de oprichters zijn gevormd voor diensten op het gebied van het reizigersvervoer. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht de Commissie verzocht, te preciseren welke de op de markt voor reizigersvervoer opererende gemeenschappelijke ondernemingen zijn waaraan volgens punt 51 van de bestreden beschikking de oprichters van ENS deelnemen. In haar antwoord heeft de Commissie verklaard, geen gemeenschappelijke dochtermaatschappijen van de oprichters van ENS voor het reizigersvervoer te kennen. Wel heeft zij opgemerkt, dat „SNCF, NMBS en BR (en na de privatisering van deze laatste London & Continental Railways Ltd) gezamenlijk deelnemen aan Eurostar voor het reizigersvervoer tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland”, ofschoon zij niet stelt dat in punt 51 impliciet op Eurostar werd gedoeld. Bijgevolg is het Gerecht van mening, dat de bestreden beschikking op het punt van het gestelde bestaan van een door de oprichters tot stand gebracht netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen voor het reizigersvervoer niet is gemotiveerd.
- 158 Met betrekking tot de deelneming van de oprichters aan gemeenschappelijke ondernemingen voor het gecombineerde goederenvervoer blijkt uit punt 29 van de bekendmaking van de Commissie van 1993, dat wanneer de oprichters gemeenschappelijke ondernemingen voor „niet-complementaire” diensten tot stand brengen, de mededinging kan worden beperkt, wanneer deze „niet-complementaire” diensten door de oprichters zelf worden afgezet.
- 159 Uit niets in de bestreden beschikking blijkt, dat de oprichters zelf de afzet van de door ACI, Intercontainer en Autocare geleverde diensten verzorgen. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht verzoekers verzocht, te preciseren of zij of een derde onderneming de afzet van de door de drie bovengenoemde ondernemingen geleverde vervoersdiensten verzorgen. Uit hun antwoorden blijkt dat geen van de oprichtende ondernemingen de afzet verzorgt of door ACI, Intercontainer of Autocare geleverde diensten verkoopt. Zelfs indien dit het geval was, wordt in de bestreden beschikking niet verklaard, waarom de deelneming van bepaalde of alle oprichters aan een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen op andere markten dan die waarop ENS opereert, de mededinging tussen hen als gevolg van de oprichting van ENS zou beperken. Daaruit

blijkt dat het oordeel van de Commissie betreffende de grotere beperkingen als gevolg van het bestaan van een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen niet toereikend is gemotiveerd.

- 160 Uit het voorgaande volgt dat de bestreden beschikking niet of gebrekkig is gemotiveerd op het punt van de beoordeling van de uit de ENS-overeenkomsten voortvloeiende mededingingsbeperkingen.

2. Het tweede middel: schending van verordening nr. 1017/68 en van de bij richtlijn 91/440 vastgestelde regeling

Argumenten van partijen

- 161 Verzoeksters stellen, dat de Commissie door de in artikel 2 van de bestreden beschikking vervatte voorwaarden te stellen, de haar bij artikel 5 van verordening nr. 1017/68 verleende bevoegdheden heeft gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met de bepalingen van richtlijn 91/440.

- 162 De Commissie heeft namelijk volgens hen de werkingssfeer van de richtlijn uitgebreid, aangezien op grond van artikel 10, lid 1, de rechten van toegang tot de infrastructuur slechts worden verleend aan de internationale samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen, zoals in de richtlijn gedefinieerd, en niet aan elk vervoersbedrijf dat treinen wil exploiteren. Zij voegen daaraan toe, dat wanneer de Commissie haar bevoegdheden uit hoofde van verordening nr. 1017/68 uitoefent, zij bovendien met de door de Raad vastgestelde fundamentele beleidslijnen van het gemeenschappelijk vervoersbeleid rekening moet houden. De rechterlijke toetsing van de beoordeling van de ENS-overeenkomsten door de Commissie op grond van artikel 85 van het Verdrag moet dus worden uitgeoefend in het kader van de gemeenschapswetgeving betreffende de sector spoorwegvervoer, die het wettelijke kader vormt waarbinnen de mededinging binnen deze sector wordt verondersteld te werken.

163 In het bijzonder zijn de basiselementen van het algemene vervoersbeleid van de Gemeenschap voor de spoorwegsector thans neergelegd in richtlijn 91/440, waarbij voor het eerst een zekere mate van intramodale mededinging is ingevoerd, en die het voornaamste doel van het spoorwegvervoersbeleid, namelijk de verbetering van de efficiëntie en het concurrentievermogen van het vervoer per spoor ten opzichte van de andere vervoerstakken, beoogt te verwezenlijken. Op grond van de richtlijn worden de toegangs- en doorvoerrechten enkel verleend aan ondernemingen met het statuut van spoorwegonderneming en aan de internationale samenwerkingsverbanden daarvan. Bovendien heeft de richtlijn enkel betrekking op de rechten van toegang tot de infrastructuur en worden geen rechten betreffende de levering van spoorwegdiensten, zoals de levering van tractie (locomotieven en bedieningspersoneel), verleend. Evenmin bevat zij regels volgens welke het beheer van de locomotieven en het bedieningspersoneel gescheiden is van de exploitatie van de andere spoorwegdiensten, of regels betreffende de verdeling en betaling van de tractiediensten, hetgeen strookt met het doel van de richtlijn, namelijk de spoorwegondernemingen in staat te stellen om volgens commerciële beginselen te functioneren en zich naar de behoeften van de markt te richten, vooral door nieuwe diensten in het leven te roepen.

164 Om de voorgaande redenen is het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen spoorwegondernemingen en vervoersbedrijven een kunstmatig onderscheid, omdat om redenen in verband met de veiligheid en de aansprakelijkheid voor de vervoersrisico's enkel de spoorwegondernemingen spoorwegwagons mogen registreren en reizigers over de spoorweginfrastructuur mogen vervoeren. Bijgevolg mogen enkel de spoorwegondernemingen en de door hen opgerichte internationale samenwerkingsverbanden diensten op het gebied van het reizigersvervoer aan het publiek aanbieden. Hiermee is voor een spoorwegonderneming niet de mogelijkheid uitgesloten om een gehele trein ter beschikking te stellen aan bijvoorbeeld een hotelketen of zelfs wagons te verhuren, doch ook in dat geval blijft de spoorwegonderneming de vervoerder die alle risico's van de vervoersdiensten draagt; de hotelketen zou in dat voorbeeld enkel zetel- of couchettecapaciteit verkopen. Volgens verzoeksters is de kernactiviteit van de spoorwegen niet het verzorgen van een basisdienst — het laten rijden van locomotieven op spoorwegnetten op verzoek van vervoersbedrijven en hen aldus de mogelijkheid bieden om wagons aan een locomotief van een spoorwegonderneming te koppelen en op een bepaald traject te laten rijden — doch het rechtstreeks aan het publiek aanbieden van geïntegreerde diensten van reizigersvervoer.

165 Bovendien is ENS volgens verzoekster, hoewel zij door vier spoorwegondernemingen als gemeenschappelijke onderneming is opgericht, in werkelijkheid een internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen in de zin van artikel 3 van richtlijn 91/440 en niet een „vervoersbedrijf”. Uit artikel 5, lid 3, richtlijn 91/440 blijkt duidelijk, dat de spoorwegondernemingen vrij zijn om met „één of meer” andere spoorwegondernemingen een internationaal samenwerkingsverband te vormen, zonder dat voor een dergelijk samengaan een bepaalde rechtsvorm wordt voorgeschreven. Evenmin kan de Commissie uit de exploitatieovereenkomsten tussen ENS en NMBS afleiden, dat ENS een „vervoersbedrijf” is. NMBS heeft namelijk voor de definitieve staking van het traject Brussel-Glasgow/Plymouth op vrijwillige basis aan ENS „onontbeerlijke spoorwegdiensten” geleverd en niet op grond van enigerlei uit richtlijn 91/440 of het communautaire mededingingsrecht voortvloeiende verplichting.

166 Daaruit volgt dat ENS niet een vervoersbedrijf is, dat actief is op een zich lager in de bedrijfskolom bevindende, andere markt dan die waarop haar oprichters opereren, doch, juist wegens haar statuut van internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen, een instrument via hetwelk haar oprichters spoorwegdiensten aan het publiek kunnen aanbieden. Dit onderscheid binnen de algemene markt van spoorwegdiensten tussen een zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt en een zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt, dat de Commissie maakt om aan te tonen dat ENS een vervoersbedrijf is, is kunstmatig, te meer daar wat het betrokken reizigersvervoer betreft vele diensten worden geleverd door integrale treinen, waarvan de locomotief slechts een onscheidbaar onderdeel is, zodat louter technisch gezien tussen deze beide markten geen onderscheid kan worden gemaakt.

167 Ook het feit dat ENS de tractie bij spoorwegondernemingen moet aanschaffen om haar diensten aan te bieden, belet niet dat zij het statuut van internationaal samenwerkingsverband in de zin van artikel 3 van de richtlijn heeft, omdat het volstaat dat ENS voortkomt uit deze spoorwegondernemingen, die per definitie in staat zijn om voor de tractie te zorgen. Enkel een dergelijk samenwerkingsverband heeft aanspraak op rechten van toegang tot de spoorweginfrastructuur van de lidstaten waar haar oprichters zijn gevestigd. Aanvaarding van het standpunt van de Commissie zou daarentegen betekenen, dat elke onderneming diensten op het gebied van het internationale reizigersvervoer zou kunnen aanbieden, zelfs wanneer zij niet uit spoorwegondernemingen is voortgekomen en dus niet via hen voor de tractie kan zorgen.

- 168 Verzoeksters voegen daaraan toe, dat de invoering van deze nieuwe categorie van vervoersbedrijven, te zamen met het feit dat de onontbeerlijke spoorwegdiensten als „essentiële faciliteiten” worden beschouwd, richtlijn 91/440 zinledig zou maken, omdat een spoorwegonderneming dan in haar hoedanigheid van vervoersbedrijf aanspraak op toegang tot de netwerken in lidstaten zou kunnen maken, zonder te moeten voldoen aan de door de richtlijn gestelde voorwaarden: in een van deze lidstaten gevestigd zijn of met een in een van deze lidstaten gevestigde spoorwegonderneming een samenwerkingsverband hebben gevormd.
- 169 Verder stellen verzoeksters, dat de Commissie, door de spoorwegondernemingen voor te schrijven locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan tegen dezelfde technische en financiële voorwaarden te leveren als die welke voor hun samenwerkingsverband gelden, geen rekening heeft gehouden met het feit dat voor het recht op toegang tot de infrastructuur wordt geëist, dat voor de tractie kan worden gezorgd, zodat de hoedanigheid van spoorwegonderneming of samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen vereist is. Een dergelijke voorwaarde is bovendien onverenigbaar met het doel van de richtlijn om aan de spoorwegondernemingen het statuut van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich naar de behoeften van de markt richt, te verlenen (derde overweging van de considerans) en hun daartoe vrij te laten om „toezicht te houden op de levering en de marketing van de diensten, en de tarieven ervan vast te stellen” (artikel 5, lid 3, van richtlijn 91/440).
- 170 Ten slotte stellen UIC en NS, dat de bestreden beschikking ten gevolge heeft dat het recht om internationale samenwerkingsverbanden te vormen wordt aangetast, voor zover de Commissie artikel 85, lid 1, van het Verdrag op zodanige wijze uitlegt dat voortaan elke oprichting van een internationaal samenwerkingsverband een inbreuk op dit artikel oplevert. Zelfs indien voor de oprichting van een internationaal samenwerkingsverband een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 1, kan worden verleend, wordt door de voorwaarden welke de Commissie in casu aan deze ontheffing heeft verbonden, namelijk een tot zeven jaar beperkte duur en de verplichting om aan elke vervoersondernemer onontbeerlijke spoorwegdiensten te leveren tegen dezelfde voorwaarden als aan ENS, de toepassing van richtlijn 91/440 illusoir. De door de Commissie opgelegde voorwaarden dwingen de deelnemers in internationale samenwerkingsverbanden indirect om hun „onontbeerlijke spoorwegdiensten” aan hun samenwerkingsverband tegen niet bevoorrechte

voorwaarden te leveren, waardoor hun de vrijheid wordt ontnomen om te beslissen tegen welke commerciële condities zij hun diensten aan derden leveren. Aldus kunnen de partijen bij een samenwerkingsverband worden verplicht om het voordeel van hun samenwerking met elke willekeurige derde te delen, terwijl deze laatste geen enkele bijdrage heeft geleverd aan de kosten van uitvoering van een nieuwe project of de daarmee verband houdende commerciële risico's mede heeft gedragen.

- 171 De Commissie stelt, dat het argument dat de mededingingsregels van het EG-Verdrag niet van toepassing zijn op het vervoer per spoor, niet strookt met de rechtspraak op dit gebied en bijgevolg dient te worden afgewezen (zie arresten Hof van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk, 167/73, Jurispr. blz. 359, en 30 april 1986, *Asjes e. a.*, 209/84, 210/84, 211/84 en 213/84, Jurispr. blz. 1425).
- 172 Haars inziens is de gezamenlijke deelneming van alle vier spoorwegondernemingen in casu niet onontbeerlijk voor de exploitatie van de trajecten waarop de ENS-overeenkomsten betrekking hebben. Elk traject waarop ENS opereert, kan worden geëxploiteerd door een internationaal samenwerkingsverband van twee spoorwegondernemingen die gevestigd zijn in de lidstaat van vertrek, respectievelijk de lidstaat van eindbestemming. Zo zouden op het traject Londen-Frankfurt/Dortmund diensten kunnen worden aangeboden door een samenwerkingsverband, bestaande uit BR en DB, die in hun respectieve lidstaat van vestiging rechten van toegang tot de infrastructuur hebben en in België, Frankrijk en in de Kanaaltunnel over transitorechten beschikken. Insgelijks zou de dienst tussen Londen en Amsterdam kunnen worden geëxploiteerd door een samenwerkingsverband, bestaande uit BR en NS, die in het Verenigd Koninkrijk en Nederland toegangsrechten hebben en in België, Frankrijk en in de Kanaaltunnel over transitorechten beschikken.
- 173 Deze conclusie wordt volgens de Commissie bevestigd door drie feiten. In de eerste plaats is ENS geen spoorwegonderneming in de zin van de richtlijn, doch een vervoersbedrijf dat voor de levering van de betrokken diensten per nachttrein de noodzakelijke spoorwegdiensten van spoorwegondernemingen koopt. De Commissie verwerpt verzoeksters argument, dat ENS louter een instrument is via hetwelk de oprichters binnen het bij richtlijn 91/440 tot stand gebrachte wettelijke kader internationale vervoersdiensten per spoor aan het publiek kunnen aanbieden.

ENS oefent namelijk niet zelf het recht uit dat door de richtlijn aan de internationale samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen is toegekend, namelijk het recht om haar eigen treinen te exploiteren door zelf voor de tractie te zorgen, omdat zij deze diensten van haar oprichters en NMBS moet kopen. Bijgevolg valt ENS buiten de werkingssfeer van de richtlijn, omdat zij in werkelijkheid slechts een variant van de traditionele vorm van samenwerking tussen spoorwegondernemingen is en ENS en de betrokken spoorwegondernemingen, anders dan verzoeksters verklaren, aldus niet op dezelfde markt opereren. Het argument dat de beschikking in strijd is met de richtlijn en de categorie van ondernemingen met een recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur uitbreidt, is derhalve niet relevant. Tot staving van haar betoog dat ENS en de oprichters op twee afzonderlijke markten opereren, beroept de Commissie zich op de rechtspraak, volgens welke het soms noodzakelijk is om twee met elkaar verband houdende, doch afzonderlijke markten te onderscheiden (arresten Hof van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223; 31 mei 1979, Hugin/Commissie, 22/78, Jurispr. blz. 1869, en 3 oktober 1985, CBEM, 311/84, Jurispr. blz. 3261; arresten Gerecht van 10 juli 1991, RTE/Commissie, T-69/89, Jurispr. blz. II-485, en BBC/Commissie, T-70/89, Jurispr. blz. II-535).

174 In antwoord op verzoeksters argument dat het onderscheid tussen de markt van vervoersdiensten en de markt van onontbeerlijke spoorwegdiensten niet gerechtvaardigd is, te meer omdat vele vervoersdiensten in de sector reizigersvervoer worden verzorgd door „integrale” treinen, waarvan de locomotief een onscheidbaar onderdeel is, merkt de Commissie op, dat ENS zelf enkel de locomotief van haar oprichters en de wagons afzonderlijk verkrijgt.

175 In de tweede plaats wordt het traject Brussel-Glasgow/Plymouth door ENS geëxploiteerd, hoewel NMBS geen partij bij de overeenkomst is, hetgeen volgens de Commissie aantoonbaar is dat de deelneming van alle vier in de betrokken lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen geen absolute voorwaarde voor de exploitatie van de betrokken diensten is.

- 176 In de derde plaats hebben BR, SNCF en Intercontainer de gemeenschappelijke onderneming ACI opgericht, die gespecialiseerd is in het gecombineerde goederenvervoer tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland, en die evenmin een spoorwegonderneming in de zin van de richtlijn, doch een vervoersbedrijf is, waarvan slechts twee spoorwegondernemingen medeaandeelhouder zijn en die op vergelijkbare wijze als ENS opereert, dat wil zeggen door voor het leveren van de vervoersdiensten de onontbeerlijke spoorwegdiensten van de spoorwegondernemingen te kopen.
- 177 Verder betoogt de Commissie, dat de vervoersbedrijven die niet zelf het statuut van spoorwegonderneming hebben en die dus niet over rechten van toegang tot de spoorweginfrastructuur beschikken, niettemin diensten op het gebied van het vervoer per spoor moeten kunnen aanbieden door evenals ENS en ACI de tractiediensten en de rechten van toegang tot de infrastructuur van de spoorwegondernemingen te kopen. Daaruit blijkt dat het recht om diensten aan te bieden op het gebied van het reizigersvervoer per spoor niet aan ENS kan worden voorbehouden. De voorzitter van ENS heeft trouwens bij brief van 13 april 1994 aan de Commissie (verweerschrift, bijlage 6) de overeenkomst van de spoorwegondernemingen om op dezelfde trajecten de noodzakelijke diensten aan concurrenten te leveren, bevestigd. Al voor deze brief had ENS de Commissie bij brief van 4 juni 1992 op de hoogte gebracht van het besluit van de aanmeldende partijen om de tractie en de andere onontbeerlijke diensten „onvoorwaardelijk” te leveren aan concurrenten van ENS die op de trajecten opereerden waarop door ENS diensten werden aangeboden.
- 178 Verder is de Commissie van mening, dat door de opgelegde voorwaarde in geen enkel opzicht afbreuk aan de zelfstandigheid van de spoorwegondernemingen wordt gedaan. Zij zijn evenzeer als alle communautaire ondernemingen aan de verplichting tot niet-discriminatie en aan de regels van het mededingingsrecht gebonden, zoals blijkt uit de reeds aangehaalde arresten van het Hof Commissie/Frankrijk en Asjes e. a.
- 179 Ten slotte wijst de Commissie verzoeksters' argument af, dat volgens haar elk internationaal samenwerkingsverband onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt en dat zij de aanmeldende partijen voorwaarden oplegt die afschrikken en de doelstellingen van richtlijn 91/440 en de oprichting van andere

internationale samenwerkingsverbanden in gevaar brengen. Stimulering van de vorming van deze samenwerkingsverbanden houdt haars inziens niet in, dat alle internationale samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen automatisch als verenigbaar met het communautaire mededingingsrecht moeten worden beschouwd.

Beoordeling door het Gerecht

180 Volgens de bestreden beschikking zijn de betrokken spoorwegondernemingen aanwezig op twee markten: een zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt, namelijk de markt van de levering van onontbeerlijke spoorwegdiensten, en een zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt, namelijk de markt van de levering van diensten op het gebied van het reizigersvervoer. Op deze laatste markt zouden niet enkel de spoorwegondernemingen opereren, doch ook een andere categorie van ondernemingen, de vervoersbedrijven, die evenwel, om op deze markt te kunnen opereren, verplicht zijn om eerst de onontbeerlijke spoorwegdiensten te kopen die door de ondernemingen op de zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markt worden geleverd. Volgens de Commissie is ENS een specifiek voorbeeld van deze categorie van vervoersbedrijven, zodat elke bevoorrechte behandeling van haar door de aanmeldende ondernemingen zich eveneens tegen dezelfde technische en financiële voorwaarden tot derden zou moeten uitstrekken, ongeacht of het om internationale samenwerkingsverbanden dan wel om vervoersbedrijven gaat. Ten slotte betreffen de betrokken onontbeerlijke diensten volgens artikel 2 van de beschikking de terbeschikkingstelling van de locomotief, het bedieningspersoneel daarvan en opname in de dienstregeling van elk nationaal net en van de Kanaaltunnel.

181 Bijgevolg moet worden onderzocht of de Commissie, door aan de oprichters de voorwaarde op te leggen dat de onontbeerlijke spoorwegdiensten niet alleen aan internationale samenwerkingsverbanden, doch ook aan vervoersbedrijven zoals ENS worden geleverd, zoals verzoeksters stellen, de mededingingsregels in strijd met de bij richtlijn 91/440 vastgestelde regeling heeft toegepast, zodat de bestreden beschikking nietig zou zijn wegens misbruik van bevoegdheid of onbevoegdheid. Alvorens deze vraag kan worden beantwoord, moet eerst worden onderzocht, of ENS een vervoersbedrijf is, zoals de Commissie stelt, dan wel integendeel een internationaal samenwerkingsverband in de zin van richtlijn 91/440, zoals verzoek-

sters stellen. Deze vraag moet ook worden beantwoord om te onderzoeken of de Commissie gelijk had bij haar analyse van de mededingingsbeperkingen tussen de oprichters als gevolg van het feit dat elk van de spoorwegondernemingen die partij was bij de ENS-overeenkomsten, ofwel een als vervoersbedrijf optredende, gespecialiseerde onderneming zou kunnen oprichten, ofwel zelf als vervoersbedrijf zou kunnen optreden en met ENS concurreren door dezelfde onontbeerlijke spoorwegdiensten van de betrokken spoorwegondernemingen te kopen (zie punt 147 en 148 supra).

182 In artikel 3 van richtlijn 91/440 wordt een internationaal samenwerkingsverband gedefinieerd als: „ieder samengaan van ten minste twee in verschillende lidstaten gevestigde spoorwegondernemingen, dat ten doel heeft het leveren van diensten op het gebied van internationaal vervoer tussen lidstaten”. In deze bepaling wordt geen specifieke vorm voor een dergelijk samengaan voorgeschreven. Essentieel is in deze definitie dat het een vorm van samengaan moet zijn, die „het leveren van diensten op het gebied van internationaal vervoer” mogelijk maakt. Bijgevolg is het Gerecht van oordeel, dat, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie stelt, bij gebreke van een nauwkeurige definitie in de tekst van richtlijn 91/440 het gebruik van het begrip „internationaal samenwerkingsverband” niet kan worden beperkt tot „samenwerkingsassociaties” tussen spoorwegondernemingen („traditionele gemeenschappelijke exploitatieovereenkomsten”), met uitsluiting van elke andere vorm, zoals een gemeenschappelijke onderneming in de vorm van een coöperatie of zelfs van een concentratie.

183 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument, dat richtlijn 91/440 volgens artikel 2 daarvan enkel van toepassing is op de spoorwegondernemingen, dat wil zeggen de enige ondernemingen waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het vervoer van goederen en/of reizigers per spoor en die zelf voor de tractie zorgen (artikel 3 van richtlijn 91/440), zodat ENS, die de tractie van de aanmeldende ondernemingen koopt, zich niet op de bepalingen van de richtlijn zou kunnen beroepen en geen aanspraak op de hoedanigheid van internationaal samenwerkingsverband zou kunnen maken. In de eerste plaats heeft de Commissie, zoals zij zelf in haar memories heeft beklemd, bij de vaststelling van richtlijn 91/440 in een gezamenlijke verklaring met de Raad gepreciseerd, dat het begrip tractie niet noodzakelijkerwijze de eigendom daarvan inhield. Weliswaar hebben dergelijke verklaringen geen rechtskracht, doch de Commissie heeft deze verklaring reeds in haar beschikkingspraktijk op dit gebied geïncorporeerd, zoals blijkt uit punt 6 van

haar beschikking 93/174/EG van 24 februari 1993 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/34.494 — Tariefstructuur in het gecombineerde goederenvervoer) (PB L 73, blz. 38), volgens welke onder „spoorwegonderneming” wordt verstaan: „iedere onderneming die in een lidstaat is of zal worden gevestigd en die over spoorwegtractiemiddelen beschikt, met dien verstande dat het begrip ‚tractie’ niet noodzakelijk inhoudt dat het tractiematerieel eigendom is van de onderneming en evenmin dat het eigen personeel wordt ingezet”.

184 In de tweede plaats kan, zoals hiervoor is opgemerkt, een internationaal samenwerkingsverband de vorm van een coöperatieve gemeenschappelijke onderneming aannemen, zoals bij ENS het geval is, en naar haar aard houdt een dergelijke vorm juist in, dat het voor de oprichters, als spoorwegondernemingen die de hun bij de richtlijn verleende rechten uitoefenen, mogelijk is om het materieel en het voor de uitoefening van haar functie op de markt benodigde personeel niet rechtstreeks aan hun gemeenschappelijke onderneming ter beschikking te stellen doch op basis van met haar gesloten samenwerkingsovereenkomsten, zonder dat daarbij het wettelijk statuut van de gemeenschappelijke onderneming als een internationaal samenwerkingsverband in de zin van richtlijn 91/440 wordt aangetast. Zoals verzoeksters in hun schriftelijke antwoorden op de vragen van het Gerecht en ter terechtzitting, zonder door de Commissie te worden weersproken, hebben verklaard, is enkel op grond van fiscale overwegingen besloten om de locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan op basis van exploitatieovereenkomsten aan ENS ter beschikking te stellen en niet op grond van het feit dat ENS werd verondersteld als vervoersbedrijf op de markt te opereren. Het feit dat ENS in het Verenigd Koninkrijk niet als spoorwegonderneming is ingeschreven, zoals verzoeksters in hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht hebben medegedeeld, is niet van invloed op haar wettelijk statuut van internationaal samenwerkingsverband, omdat, zoals de Commissie zelf ter terechtzitting heeft verklaard, de spoorwegvergunningen van de oprichtende ondernemingen volstaan om de treinen van ENS op de betrokken trajecten te kunnen laten rijden.

185 In de derde plaats blijkt uit de stukken dat, zoals verzoeksters hebben betoogd, in de economische context van de spoorwegvervoerssector de activiteit van vervoersbedrijf op het gebied van het reizigersvervoer per spoor onbekend is. Bovendien heeft de Commissie in de bestreden beschikking of in haar memories geen enkel voorbeeld gegeven van een dergelijke categorie van ondernemingen op het gebied van dit vervoer. Haar verwijzing naar ACI is in dit verband niet relevant. Deze verwijzing houdt namelijk geen rekening met de bijzondere kenmerken van de

markt van het reizigersvervoer per spoor, die zich duidelijk onderscheidt van de markt van het gecombineerde goederenvervoer waarop ACI als vervoersbedrijf opereert. In de sector gecombineerd goederenvervoer verkopen de spoorwegondernemingen hun vervoersdiensten niet rechtstreeks aan de verladers, behalve in uiterst zeldzame gevallen van zeer grote zendingen. De diensten van gecombineerd vervoer worden aan de verladers aangeboden en verkocht door ondernemingen in het gecombineerde vervoer, die eventueel dochtermaatschappijen van spoorwegondernemingen zijn. Deze ondernemingen zijn vervoersondernemingen die over specifiek materieel beschikken — installaties voor goederenbehandeling en speciale wagons — en die, om hun diensten te kunnen verrichten, de tractie en de toegang tot de infrastructuur van de spoorwegondernemingen moeten kopen, die deze diensten als enige kunnen leveren [zie punten 6-8 van de ACI-beschikking, reeds aangehaald, en beschikking 94/210/EG van de Commissie van 29 maart 1994 inzake een procedure betreffende de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (PB L 104, blz. 34, punten 10-12)].

186 Weliswaar is het spoorsegment van de markt van het gecombineerd goederenvervoer thans in zekere mate een open markt, in die zin dat de spoorwegondernemingen niet de enige zijn die daarop opereren, doch dit geldt niet voor de markt van het reizigersvervoer, waarop enkel de spoorwegondernemingen en in zekere mate de internationale samenwerkingsverbanden daarvan opereren.

187 Bijgevolg kan de Commissie niet rechtsgeldig onder verwijzing naar de kenmerken van een andere, afzonderlijke markt, namelijk de markt van gecombineerd goederenvervoer, rechtvaardigen dat ENS als vervoersbedrijf wordt aangemerkt.

188 Aan deze conclusie kan evenmin worden afgedaan door het feit dat ENS aanvankelijk diensten op het traject Brussel-Glasgow/Plymouth zou aanbieden, terwijl NMBS, van wie ENS het recht op toegang tot de Belgische infrastructuur had verkregen, niet een van haar oprichters is. Zoals verzoeksters hebben betoogd, is dit in casu op basis van een traditionele samenwerkingsovereenkomst tussen spoorweg-

ondernemingen geschied. Bovendien wordt de mogelijkheid voor ENS, als internationaal samenwerkingsverband in de zin van richtlijn 91/440, om dergelijke overeenkomsten met andere spoorwegondernemingen te sluiten om contractueel toegang tot hun infrastructuur te verkrijgen, door deze richtlijn niet aangetast.

- 189 Zonder dat hoeft te worden onderzocht of de Commissie haar bevoegdheid heeft misbruikt of niet bevoegd was om de bestreden beschikking te geven, volgt uit het voorgaande, dat de beoordeling van de Commissie betreffende de juridische kwalificatie van ENS als vervoersbedrijf op onjuiste vooronderstellingen is gebaseerd. Aangezien, zoals hiervoor is opgemerkt, de activiteit van vervoersbedrijf op de markt voor diensten van het reizigersvervoer per spoor, zoals deze thans functioneert, geen enkele rol speelt, berust de analyse van de Commissie betreffende de beperkingen van de mededinging tussen de oprichters in verband met het feit dat elk van hen in concurrentie met ENS en de andere oprichters als vervoersbedrijf op de betrokken markt zou kunnen optreden (zie punt 147 supra), eveneens op dezelfde onjuiste vooronderstellingen en kan het derhalve evenmin worden aanvaard (zie punt 148 supra).

3. Het derde middel: de bij artikel 2 van de bestreden beschikking opgelegde voorwaarde is onevenredig en niet noodzakelijk

Argumenten van partijen

- 190 EPS, ENS en SNCF stellen dat de Commissie, door aan de aanmeldende partijen de verplichting op te leggen om aan andere internationale samenwerkingsverbanden en vervoersbedrijven dezelfde onontbeerlijke spoorwegdiensten aan te bieden als zij aan ENS leveren, de „essentiële faciliteiten”-doctrine onjuist heeft toegepast, aangezien, afgezien van de bij richtlijn 91/440 onder bepaalde voorwaarden opgelegde verplichting om capaciteit ter beschikking te stellen, geen van de door ENS aangeboden diensten aan de voorwaarden voor toepassing van deze doctrine kon voldoen. NS voegt hieraan toe, dat een dergelijke verplichting niet enkel tot gevolg heeft dat de inspanningen van de spoorwegondernemingen om internationale samenwerkingsverbanden te vormen worden ondermijnd, doch ook dat deze

ondernemingen worden verplicht om de voordelen van hun samenwerking met derden te delen, zonder dat deze laatsten de betrokken commerciële risico's behoeven te dragen. Volgens NS staan de economische gevolgen van een verplichting voor spoorwegondernemingen om onontbeerlijke diensten aan vervoersbedrijven ter beschikking te stellen onder voorwaarden die zij niet vrij kunnen bepalen, gelijk met een onteigening.

191 Verzoeksters betogen verder, dat de doctrine van de essentiële faciliteiten enkel in het kader van artikel 86 van het Verdrag geldt, wanneer een onderneming aan concurrenten de toegang tot installaties of diensten weigert die zowel voor het concurrentievermogen van de concurrent als voor het bestaan van concurrentie van wezenlijk belang zijn.

192 In casu heeft de Commissie geen onderscheid gemaakt tussen faciliteiten of diensten die enkel een voordeel voor de concurrenten vormen, en die welke essentieel zijn voor de mededinging. In het bijzonder dit laatste aspect is niet onderzocht: ofschoon het bezit of de controle van de infrastructuur als een „essentiële faciliteit” kan worden beschouwd, is de toegang tot die infrastructuur voor de internationale samenwerkingsverbanden niettemin gegarandeerd bij richtlijn 91/440; evenmin bevat de beschikking enig bewijs dat spoorwegondernemingen een exclusieve toegang tot de voor de diensten per nachttrein door de Kanaaltunnel gebruikte locomotieven en het bedieningspersoneel of ondersteunend personeel hebben, of dat elke daadwerkelijke of potentiële concurrent moeilijkheden zou hebben om deze te verkrijgen. ENS en EPS betogen, dat de locomotieven die speciaal voor de passage van de Kanaaltunnel zijn ontworpen of daarvoor kunnen worden gebruikt, van fabrikanten kunnen worden gekocht of van andere treinexploitanten op een vrije markt kunnen worden gehuurd. Ook heeft de Commissie niet onderzocht, of locomotieven of bedieningspersoneel beschikbaar zijn, en zij heeft niet aangetoond dat er een tekort aan gekwalificeerd spoorwegpersoneel bestaat. Bovendien verplicht de opgelegde voorwaarde de spoorwegondernemingen om de onontbeerlijke spoorwegdiensten te leveren aan internationale samenwerkingsverbanden en vervoersbedrijven op hun net, dat wil zeggen ook buiten de betrokken trajecten.

- 193 Verder stellen verzoeksters, dat de opgelegde voorwaarde niet noodzakelijk is. Zij is niet relevant voor de eerste mededingingsbeperking welke in de beschikking wordt vastgesteld, namelijk de beperking van de mededinging tussen de partijen als gevolg van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming. Evenmin is zij gerechtvaardigd met betrekking tot de beperking van de mededinging met derden als gevolg van de machtspositie welke de moedermaatschappij van ENS in hun lidstaat van oorsprong zouden innemen op het gebied van de levering van spoorwegdiensten. Geen van de spoorwegondernemingen is exclusieve betrekkingen met ENS aangegaan, zodat zij hun locomotieven, personeel en elk spoor waarop zij rechten hebben, vrij aan elke andere onderneming ter beschikking kunnen stellen. Aangezien de markten van zakenreizen en vrijetijdsreizen op de relevante trajecten ook het vervoer per vliegtuig, bus en auto omvatten, heeft ENS geen machtspositie en heeft de weigering om de door de beschikking bedoelde diensten aan een derde te leveren dus geen gevolg voor de mededinging op deze zich lager in de bedrijfskolom bevindende markten. Bijgevolg is het niet nodig dat een toekomstige leverancier van diensten op het gebied van het reizigersvervoer de betrokken spoorwegdiensten verwerft om op de in de beschikking afgebakende markten aanwezig te zijn. In elk geval heeft de Commissie geen bewijs afkomstig van derden, in het bijzonder van daadwerkelijke of potentiële concurrerende aanbieders van diensten, aangevoerd om haar verklaring te staven dat de andere bedrijven door de gemeenschappelijke onderneming in een minder gunstige positie dreigen te geraken. De zorg van de Commissie is dus volstrekt hypothetisch.
- 194 De Commissie merkt om te beginnen op, dat een soortgelijke voorwaarde is opgelegd in de ACI-beschikking, waarbij moet worden bedacht dat ACI een gemeenschappelijke onderneming van BR, SNCF en Intercontainer voor het vervoer van goederen tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland is, en voert aan dat tegen deze beschikking door de oprichtende ondernemingen geen beroep is ingesteld.
- 195 De Commissie merkt verder op, dat de opgelegde voorwaarde niet inhoudt dat de oprichters van ENS alle diensten die zij aan hun gemeenschappelijke dochtermaatschappij leveren (reiniging, marketing) aan derden ter beschikking moeten stellen, en in het bijzonder dat aan de oprichters van ENS geen verplichting is opgelegd betreffende de wagons waarvan de aankoopkosten volgens de oprichters zelf nochtans de voornaamste hinderpaal voor de toegang tot de markt vormen.

- 196 Overigens wordt de toegang tot de spoorweginfrastructuur thans in de meeste gevallen door de spoorwegondernemingen gecontroleerd in hun hoedanigheid van beheerder van de infrastructuur en vormt de toegang tot de infrastructuur een belangrijke belemmering voor de toegang tot het spoorsegment van de relevante markt. Voor zover de beheerders van de infrastructuur en de spoorwegondernemingen afzonderlijke ondernemingen zijn, is de voor deze ondernemingen uit de opgelegde voorwaarde voortvloeiende verplichting niet relevant.
- 197 Ofschoon andere ondernemingen dan de spoorwegondernemingen die ENS hebben opgericht, theoretisch speciale locomotieven en bedieningspersoneel daarvan kunnen hebben en ofschoon dergelijke locomotieven in theorie door het vervoersbedrijf kunnen worden gekocht of gehuurd, zijn de spoorwegondernemingen die ENS hebben opgericht, de enige ondernemingen die deze werkelijk bezitten. In de praktijk is het dus onmogelijk voor vervoersbedrijven om een alternatief te vinden. Bijgevolg kan niet worden ontkend, dat de betrokken spoorwegondernemingen een machtspositie innemen op de markt voor essentiële diensten, hetgeen op basis van de rechtspraak van het Hof en het Gerecht (arresten Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, CBEM, RTE/Commissie en BBC/Commissie, alle reeds aangehaald) de opgelegde voorwaarde rechtvaardigt.
- 198 Met betrekking tot de klacht dat de opgelegde voorwaarde onevenredig is, betoogt zij, dat het bij de richtlijn aan de spoorwegondernemingen en de internationale samenwerkingsverbanden van deze ondernemingen voorbehouden recht van toegang tot de infrastructuur niet inhoudt, dat andere vervoersbedrijven niet identieke diensten kunnen exploiteren als die welke door ENS worden aangeboden. Aangezien enkel spoorwegondernemingen toegang tot de infrastructuur hebben en een nieuwkomer geen zelfstandig recht aan de richtlijn kan ontnemen om aan de betrokken beheerders van de infrastructuur opname in de dienststelling te vragen, moeten de spoorwegondernemingen infrastructuurcapaciteit aan dergelijke bedrijven ter beschikking stellen om hun toegang tot de markt te verlenen. Verder heeft de opgelegde voorwaarde enkel betrekking op de spoorwegdiensten die onontbeerlijk zijn voor de toegang tot het spoorsegment van de relevante markt, zodat deze niet onevenredig is en kan verzekeren dat meerdere ondernemers op het gebied van het spoorwegvervoer aanwezig zijn om de mededinging met andere wijzen van vervoer te versterken.

- 199 Bovendien is de Commissie het niet eens met de uitlegging dat de opgelegde voorwaarde de betrokken spoorwegondernemingen verplicht om de onontbeerlijke spoorwegdiensten op hun gehele net, dat wil zeggen ook buiten de betrokken trajecten, te verlenen. De betrokken verplichting heeft namelijk enkel betrekking op de toegang tot de in de bestreden beschikking geïdentificeerde markten.
- 200 Ten slotte stelt de Commissie, dat het feit dat de overeenkomst tussen de spoorwegondernemingen en ENS niet exclusief is, van geen enkel belang is. Aangezien de spoorwegondernemingen op grond van de overeenkomst deel hebben in de risico's en het succes van ENS, is het onwaarschijnlijk dat deze zelfde ondernemingen diensten aan potentiële concurrenten zouden willen leveren.
- 201 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, stelt dat de opgelegde voorwaarde niet als noodzakelijk kon worden beschouwd, aangezien de Commissie in punt 65 van haar beschikking als haar oordeel had gegeven, dat de mededingingsbeperkingen in casu onvermijdelijk waren. Bovendien faalt de aangevoerde rechtvaardiging betreffende de noodzaak om de aanwezigheid op de markt van met ENS concurrerende bedrijven op het gebied van het spoorwegvervoer te verzekeren, aangezien dergelijke concurrenten niet bestaan. Aldus heeft de Commissie de mededingingsvoorwaarden vervalst door kunstmatig bedrijven te stimuleren om op de markt te penetreren, een maatregel die zij niet op grond van haar bevoegdheden uit hoofde van artikel 13 van verordening nr. 1017/68 kan nemen.
- 202 De bestreden beschikking is eveneens gebrekkig gemotiveerd, aangezien daarin niet adequaat en toereikend wordt uiteengezet, om welke redenen de Commissie de „essentiële faciliteiten”-doctrine heeft toegepast. In elk geval is niet aan de voorwaarden voor de toepassing van deze doctrine voldaan. In de eerste plaats nemen de spoorwegondernemingen geen machtspositie in op de door de Commissie in de beschikking geïdentificeerde markten, zodat de betrokken spoorwegdiensten niet als essentieel voor de penetratie van de concurrenten op deze markten kunnen worden aangemerkt. Het feit dat de opgelegde voorwaarde wordt gerechtvaardigd op grond van de opsplitsing van de relevante markten, toont overigens de zwakte van de redenering van de Commissie aan, die wat dit aangaat in tegenspraak is met de in de beschikking uiteengezette marktanalyse. Door in de beschikking te

stellen dat de partijen bij de ENS-overeenkomsten de „onontbeerlijke spoorwegdiensten” aan de nieuwkomers ter beschikking moeten stellen indien deze laatsten niet in staat zijn om deze zelf te leveren, geeft zij in de tweede plaats impliciet toe, dat de spoorwegondernemingen niet de enige zijn die de installaties en diensten waartoe de toegang als essentieel wordt beschouwd, controleren, zodat de opgelegde voorwaarde niet wordt gerechtvaardigd door de feiten.

203 In antwoord op het Verenigd Koninkrijk stelt de Commissie, dat de vaststelling dat een overeenkomst waarbij een gemeenschappelijke onderneming wordt opgericht, mededingingsbeperkingen meebrengt die als onvermijdelijk worden beschouwd, niet betekent dat alle beperkingen onmisbaar zijn. De opgelegde voorwaarde dient juist te verzekeren dat de mededingingsbeperkingen niet verder gaan dan hetgeen onmisbaar is. Overigens komt in de opgelegde voorwaarde een ander streven tot uiting dan in de „essentiële faciliteiten”-doctrine: in casu dient zij te verzekeren dat aan de bij artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van verordening nr. 1017/68 gestelde voorwaarden voor ontheffing wordt voldaan.

204 Ten slotte betoogt de Commissie, dat het op een samengestelde markt, zoals die welke in de beschikking wordt afgebakend, niet noodzakelijk is dat de belemmeringen voor de toegang voor alle segmenten van de markt bestaan. Indien een dergelijke benadering werd gevolgd in het geval waarin op een multimodale markt een wijze van vervoer een overheersende positie heeft, zouden enkel belemmeringen voor de toegang van derden tot die wijze van vervoer onder artikel 85 van het Verdrag vallen, waardoor het gemeenschapsrecht niet op de andere wijzen van vervoer van toepassing zou zijn.

Beoordeling door het Gerecht

205 Het Gerecht merkt op, dat de bij artikel 2 van het dispositief van de bestreden beschikking bedoelde voorwaarde volgens punt 79 van de beschikking is opgelegd „om te vermijden dat de mededinging meer dan noodzakelijk wordt beperkt”.

- 206 Zoals het Gerecht evenwel na onderzoek van het eerste en het tweede middel heeft geconcludeerd, moet ervan worden uitgegaan, dat de Commissie in de bestreden beschikking de economische en juridische context waarin de ENS-overeenkomsten zijn gesloten, niet juist en adequaat heeft beoordeeld. Bijgevolg is niet aangetoond, dat de ENS-overeenkomsten de mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en dat daarvoor derhalve een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag nodig is. Bij ontstentenis, in de bestreden beschikking, van de relevante onderzoeksgegevens betreffende de structuur en de werking van de markt waarop ENS opereert, alsmede betreffende de mate van concurrentie op deze markt en derhalve de aard en de omvang van de gestelde mededingingsbeperkingen, kon de Commissie niet beoordelen, of de bij artikel 2 van de bestreden beschikking opgelegde voorwaarde al dan niet onmisbaar is voor de verlening van een eventuele ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 207 Zelfs indien de Commissie de betrokken mededingingsbeperkingen wel adequaat en juist had beoordeeld, zou evenwel moeten worden onderzocht, of de Commissie artikel 85, lid 3, van het Verdrag juist heeft toegepast, door aan de aanmeldende partijen de voorwaarde op te leggen dat de opname in de dienstregeling, de locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan volgens dezelfde voorwaarden moeten worden geleverd als die welke voor ENS gelden, op grond dat deze onmisbaar zijn of, zoals partijen in hun memories en ter terechtzitting hebben besproken, essentiële faciliteiten zijn.
- 208 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag, dat een product of een dienst slechts als essentieel of onontbeerlijk kan worden beschouwd, indien er geen daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat (arrest Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 53 en 54, en arrest Gerecht van 12 juni 1997, Tiercé Ladbroke/Commissie, T-504/93, Jurispr. blz. II-923, punt 131).
- 209 Waar het in casu gaat om een onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallende overeenkomst betreffende de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, is het Gerecht dan ook van mening, dat de moedermaatschappijen noch de aldus opgerichte gemeenschappelijke onderneming kunnen worden geacht, in het bezit

te zijn van infrastructuur, producten of diensten, welke „onontbeerlijk” of „essentieel” voor de toegang tot de relevante markt zijn, tenzij deze infrastructuur, producten of diensten niet „substitueerbaar” zijn en er als gevolg van hun bijzondere kenmerken — vooral de prohibitieve kosten en/of de redelijkerwijs vereiste tijd om deze zelf te produceren — geen behoorlijke alternatieven voor de potentiële concurrenten van de gemeenschappelijke onderneming bestaan, waardoor zij van de markt zouden worden uitgesloten.

210 Met inachtneming van de voorgaande overwegingen en naar analogie van de bovengenoemde rechtspraak (zie punt 208 supra) dient te worden onderzocht, of de Commissie in casu a) de opname in de dienstregeling, b) de terbeschikkingstelling van locomotieven, en c) de terbeschikkingstelling van bedieningspersoneel daarvan door de oprichters aan ENS rechtsgeldig als essentiële of onontbeerlijke diensten kon aanmerken die onder dezelfde voorwaarden aan derden moesten worden aangeboden als voor ENS golden, alsmede of zij daarbij haar beschikking toereikend heeft gemotiveerd. Ten slotte dient dit onderzoek ook als grondslag om te bepalen of de analyse van de Commissie betreffende de gestelde beperkingen van de mededinging met derden als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen tussen de oprichters en ENS juist is (zie punt 151 supra).

211 Met betrekking tot in de eerste plaats de opname in de dienstregeling zij opgemerkt, dat in artikel 2 van de bestreden beschikking weliswaar wordt verklaard dat de aanmeldende ondernemingen „zo nodig elk internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen” opnemen in de dienstregeling, doch dat volgens de rechtspraak het dispositief van de beschikking moet worden gelezen met inachtneming van de motivering waarop deze berust, in casu punt 81 van de bestreden beschikking. Uit punt 81 blijkt evenwel, dat de aanmeldende ondernemingen „niet verplicht zijn een verzoek tot opneming in de dienstregeling te honoreren indien de verzoeker als samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen in de zin van artikel 10 van richtlijn 91/440/EEG optreedt en deze dus de beheerders van de betrokken infrastructuur zelf om die opneming kan verzoeken”. Bijgevolg wordt deze verplichting bij de bestreden beschikking slechts opgelegd in het geval waarin de derde niet een internationaal samenwerkingsverband is, doch, zoals de Commissie stelt, een vervoersbedrijf als ENS. Zoals evenwel hiervoor is vastgesteld, is ENS niet een vervoersbedrijf, doch een internationaal samenwerkingsverband in de zin van richtlijn 91/440. Bovendien spelen de vervoersbedrijven als categorie geen rol op de markt voor diensten op het gebied van het reizigersvervoer, zoals deze thans functioneert. Bijgevolg is er geen grondslag voor de

betrokken voorwaarden, voor zover de oprichters die reeds in de dienstregeling zijn opgenomen, worden verplicht eveneens als vervoersbedrijf op de markt opererende derden op te nemen, aangezien zij op onjuiste vooronderstellingen is gebaseerd.

- 212 Wat in de tweede plaats de terbeschikkingstelling van locomotieven betreft, zij eraan herinnerd dat zoals zojuist is beklemtoond, locomotieven niet als essentiële of onontbeerlijke faciliteiten kunnen worden beschouwd, tenzij zij dit zijn voor de concurrenten van ENS, in die zin dat zij zonder deze niet op de betrokken markt zouden kunnen penetreren of daarop blijven opereren. Aangezien in de beschikking de relevante markt is omschreven als de intermodale markt van zakenreizen en de eveneens intermodale markt van vrijetijdsreizen en het marktaandeel van ENS op deze beide intermodale markten niet hoger is dan 7 à 8 % volgens de Commissie of zelfs 5 % volgens de aanmelding van partijen, kan niet worden aangenomen dat de eventuele weigering van de aanmeldende ondernemingen om aan concurrenten van ENS speciale locomotieven ter beschikking te stellen voor de doortocht in de Kanaaltunnel tot gevolg heeft dat zij van de relevante markt, zoals in de bestreden beschikking afgebakend, worden uitgesloten. Het is namelijk niet aangetoond dat een onderneming met een zo gering marktaandeel enige invloed op de werking en de structuur van de relevante markt kan uitoefenen.
- 213 Enkel op het niveau van een geheel andere markt, namelijk de intramodale markt van het vervoer per spoor van zakenmensen en vrijetijdsreizigers, waarop de spoorwegondernemingen thans een machtspositie innemen, zou een weigering om locomotieven ter beschikking te stellen eventueel een effect op de mededinging kunnen hebben. Evenwel werd niet die intramodale markt door de Commissie uiteindelijk relevant geacht, doch de intermodale markt (zie punten 17-27 van de bestreden beschikking). Pas in het stadium van de schriftelijke procedure heeft de Commissie voor het eerst naar de intramodale markt van spoorwegdiensten als segment van de intermodale markt van het vervoer van zakenmensen en vrijetijdsreizigers verwezen om de aan de aanmeldende ondernemingen opgelegde verplichting om locomotieven aan concurrenten van ENS ter beschikking te stellen, te rechtvaardigen. Ofschoon niet kan worden ontkend dat de analyse van de gevolgen van een overeenkomst met betrekking tot zowel een hoofdmarkt als een van de segmenten daarvan kan worden verricht, moeten zowel het onderscheid tussen

hoofdmarkt en segment(en) van deze markt als de redenen waarom dit onderscheid wordt gemaakt, duidelijk en ondubbelzinnig in een beschikking tot toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot uiting komen, hetgeen in casu niet het geval is.

- 214 Zelfs indien kan worden aangenomen dat de door de Commissie dienaangaande tijdens de schriftelijke procedure verstrekte verklaringen uiteindelijk geen herafbakening van de relevante markt, zoals afgebakend in de punten 17 tot en met 27 van de bestreden beschikking, inhouden, doch deze afbakening nader proberen te verduidelijken, is de beoordeling van de Commissie in casu niettemin gebrekkig gemotiveerd.
- 215 Zoals verzoeksters hebben betoogd, bevat de bestreden beschikking geen analyse waarmee wordt aangetoond dat de betrokken locomotieven essentieel of onontbeerlijk zijn. In het bijzonder kan na lezing van de bestreden beschikking niet worden geconcludeerd, dat het voor derden niet mogelijk is om dergelijke locomotieven te krijgen, ofwel rechtstreeks van de fabrikant, ofwel indirect, door deze van derde ondernemingen te kopen of te huren. Evenmin bevat het dossier een briefwisseling tussen de Commissie en derde partijen, waaruit blijkt dat de betrokken locomotieven niet op de markt te verkrijgen zijn. Zoals verzoeksters hebben beklemd, kan elke onderneming die dezelfde spoorwegdiensten door de Kanaaltunnel wenst te exploiteren als ENS, de betrokken locomotieven vrij op de markt aankopen of huren. Verder blijkt uit de stukken in het dossier, dat de tussen de aanmeldende ondernemingen en ENS gesloten overeenkomsten tot levering van de locomotieven geen exclusiviteit ten gunste van ENS inhouden, zodat elke aanmeldende onderneming vrij is om dezelfde locomotieven aan derden en niet enkel aan ENS te leveren.
- 216 Verder zij opgemerkt, dat de Commissie niet heeft ontkend dat derden de betrokken locomotieven vrij op de markt kunnen kopen of huren; zij heeft enkel gesteld dat deze mogelijkheid louter theoretisch is en dat enkel de aanmeldende ondernemingen deze locomotieven werkelijk bezitten. Dit argument van de Commissie

kan evenwel niet worden aanvaard. Het feit dat de aanmeldende ondernemingen als eerste de betrokken locomotieven op de markt hebben aangeschaft, betekent niet, dat zij alleen deze kunnen aanschaffen.

- 217 Daaruit volgt dat de beoordeling van de Commissie betreffende het essentiële of onontbeerlijke karakter van de speciale locomotieven voor de Kanaaltunnel en derhalve de aan de oprichters opgelegde verplichting om dergelijke locomotieven aan derden ter beschikking te stellen, niet of althans ontoereikend is gemotiveerd.
- 218 Om dezelfde redenen is de aan de oprichters opgelegde verplichting om aan derden ook het bedieningspersoneel voor de speciale locomotieven in de Kanaaltunnel ter beschikking te stellen, evenzeer niet of althans ontoereikend gemotiveerd.
- 219 Bijgevolg is de bestreden beschikking, voor zover daarin aan verzoeksters de verplichting wordt opgelegd om aan met ENS concurrerende derden dezelfde „onontbeerlijke diensten” aan te bieden als zij aan ENS leveren, niet of althans ontoereikend gemotiveerd.
- 220 Verder volgt uit het voorgaande, dat de analyse van de Commissie betreffende de beperkingen van de mededinging met derden als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen van de oprichters met ENS evenmin gefundeerd is (zie punten 150 en 151 supra). Aangezien zoals hiervoor is aangetoond, ENS geen vervoersbedrijf is, kan de markt voor spoorwegdiensten uiteindelijk slechts in twee afzonderlijke dienstenmarkten worden opgesplitst: een geïntegreerde markt voor diensten op het gebied van het reizigersvervoer, waarop slechts de spoorwegondernemingen en hun internationale samenwerkingsverbanden opereren, en een markt voor de toegang tot en het beheer van de infrastructuur, welke wordt gecontroleerd door de beheerders van de infrastructuur in de zin van richtlijn 91/440 (zie punten 1-6 onder juridisch kader, supra). Hieraan dient te worden toegevoegd, dat het door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argument, dat uit punt 55 van het arrest van het Gerecht van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie (T-229/94,

Jurispr. blz. II-1689) zou blijken, dat de markt van spoorwegdiensten een afzonderlijke deelmarkt vormt van de markt van spoorwegvervoer in het algemeen, niet gefundeerd is, aangezien de vaststelling van het Gerecht in dat arrest enkel betrekking had op de markt van het gecombineerd spoorwegvervoer. De beperkingen van de mededinging met derden hadden dus met betrekking tot de twee bovengenoemde markten moeten worden onderzocht.

- 221 Wat om te beginnen de toegang tot de infrastructuur betreft (opname in dienstregeling) merkt het Gerecht op, dat weliswaar de toegang van derden in beginsel kan worden belemmerd, wanneer deze toegang door concurrerende ondernemingen wordt gecontroleerd, doch dat de verplichting van de spoorwegondernemingen, die ook beheerder van de infrastructuur zijn, om onder billijke en niet-discriminerende voorwaarden aan met ENS concurrerende internationale samenwerkingsverbanden toegang tot de infrastructuur te verlenen, uitdrukkelijk in richtlijn 91/440 is neergelegd en door deze richtlijn wordt gewaarborgd. Bijgevolg kunnen de ENS-overeenkomsten per definitie niet de toegang van derden tot de infrastructuur belemmeren. Het loutere feit dat ENS het voordeel geniet dat aan haar speciale locomotieven voor de Kanaaltunnel en het bedieningspersoneel daarvan worden geleverd, kan de toegang van derden tot de zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt slechts belemmeren, indien deze locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan als essentiële faciliteiten moeten worden beschouwd. Aangezien om de hiervoor uiteengezette redenen (zie punten 210-215) de speciale locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan niet als essentiële faciliteiten kunnen worden aangemerkt, kan het feit dat deze locomotieven op grond van de overeenkomsten tot exploitatie van de nachttreinen, aan ENS moeten worden geleverd, niet worden geacht een belemmering van de mededinging met derden mee te brengen. Bijgevolg is deze analyse van de Commissie betreffende de beperkingen van de mededinging met derden evenmin gefundeerd (zie punten 150 en 151).

4. *Het vierde middel: ontoereikende duur van de verleende ontheffing*

Argumenten van partijen

- 222 Verzoeksters beklemtonen, dat met de ENS-overeenkomsten een hoge investering op lange termijn is gemoeid, en dat het project slechts winstgevend is omdat een voordelige financiering over twintig jaar voor de aankoop van het speciale rollend

materieel is verkregen, zodat een tot acht jaar beperkte ontheffing ontoereikend is. De verwijzing in de beschikking naar de periode die door een aantal spoorweg-ondernemingen noodzakelijk wordt geacht om de levensvatbaarheid van een andere overeenkomst, betreffende diensten op het gebied van het gecombineerd goederenvervoer via de Kanaaltunnel, te verzekeren, is niet relevant, omdat het een gemeenschappelijke onderneming betreft die in een andere sector opereert dan ENS en waaraan geen der aanmeldende partijen deelneemt.

223 Met betrekking tot de in punt 73 van de beschikking aangevoerde rechtvaardiging, dat de duur van de ontheffing met name afhangt van de periode waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de voorwaarden van de werking van de markt niet ingrijpend zullen worden gewijzigd, zijn verzoeksters van oordeel, dat de Commissie geen enkel bewijs heeft aangevoerd dat dergelijke wijzigingen aan het einde van de ontheffingsperiode zijn te voorzien, terwijl de financiële risico's door de betrekkelijk korte duur van de ontheffing worden vergroot.

224 Verzoeksters voegen hieraan toe, dat de Commissie in haar beschikkingspraktijk altijd ervan is uitgegaan, dat gemeenschappelijke ondernemingen die hoge investeringen op lange termijn vergen en een nieuw product proberen te ontwikkelen, noodzakelijkerwijze lange tijd nodig hebben voordat het geïnvesteerde kapitaal rendement oplevert. Huns inziens wordt in de beschikking ten onrechte overwogen, dat de gezamenlijke aankoop van materieel in feite losstaat van de voorwaarden voor de commerciële exploitatie ervan, aangezien het in casu door ENS gebruikte rollend materieel slechts op de trajecten tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland kan worden ingezet. Om al deze redenen concluderen verzoeksters, dat de bestreden beschikking nietig is wegens kennelijke beoordelingsfouten en/of ontbrekende of ontoereikende motivering.

225 De Commissie verklaart, dat de duur van een ontheffing moet worden bepaald op basis van de situatie op de markt op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven, waarbij rekening moet worden gehouden met de redelijkerwijs in de

toekomst te verwachten wijzigingen op de relevante markt. In casu kunnen haars inziens met de duur van de verleende ontheffing — tien jaar vanaf de aanmelding en acht jaar vanaf de datum van vaststelling van de beschikking — realistische economische verwachtingen worden verzoend met de behoefte aan rechtszekerheid van de ondernemingen. Volgens de aanmelding van de overeenkomsten laten de financiële ramingen van de betrokken spoorwegondernemingen zien, dat de door ENS aangeboden diensten per nachttrein voldoende inkomsten zouden opleveren om de kosten vanaf het vierde jaar van exploitatie te dekken (aanmelding blz. 35, paragraaf II.4. e.1.4, bijlage 1 bij het verweerschrift). Volgens de Commissie is het feit dat de aanschaf van rollend materieel over een periode van twintig jaar wordt gefinancierd, geen grond om een ontheffing van langere duur te verlenen, omdat de gezamenlijke aankoop van materieel losstaat van de voorwaarden voor de commerciële exploitatie ervan.

- 226 De Commissie voegt daaraan toe, dat krachtens artikel 13, lid 2, van verordening nr. 1017/68 de ontheffing meer dan eens kan worden verlengd, wanneer de omstandigheden zulks rechtvaardigen, en dat in de praktijk een verlenging wordt verleend wanneer de situatie op de markt niet aanzienlijk is gewijzigd. Indien sterke wijzigingen optreden, kan de Commissie haar beschikking bovendien verlengen door daarin andere voorwaarden op te nemen dan in de voorgaande beschikking.
- 227 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, stelt dat de aan de spoorwegondernemingen opgelegde voorwaarde en de duur van de ontheffing de financiële grondslag wijzigen op basis waarvan de partijen bij de ENS-overeenkomsten zich hebben verbonden om de betrokken nieuwe spoorwegdiensten aan te bieden. De omvang van de investeringen van partijen had een essentiële factor bij de bepaling van de duur van de ontheffing moeten zijn. Aangezien hiermee geen rekening is gehouden, strookt de beschikking niet met het beleid om de privésector te stimuleren om trans-Europese netwerken te ontwikkelen.
- 228 In antwoord hierop stelt de Commissie, dat de duur van de verleende ontheffing zowel toereikend als gerechtvaardigd is en dat, anders dan het Verenigd Koninkrijk stelt, haar beschikking strookt met haar beleid betreffende de rol van de privésector bij de ontwikkeling van de trans-Europese netwerken.

Beoordeling door het Gerecht

- 229 Zoals na het onderzoek van het eerste en het tweede middel is geconcludeerd, moet de Commissie worden geacht, de economische en juridische context waarin de ENS-overeenkomsten zijn gesloten, niet juist en adequaat te hebben beoordeeld. Bijgevolg is niet aangetoond, dat de ENS-overeenkomsten de mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en dat daarvoor derhalve een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag nodig is. Bijgevolg was de Commissie niet in staat te beoordelen, wat een redelijke duur voor een eventuele ontheffing uit hoofde van dit artikel was.
- 230 Zelfs indien de beoordeling van de Commissie in de bestreden beschikking betreffende de mededingingsbeperkingen adequaat en correct is, is het Gerecht van oordeel, dat de duur van een ontheffing die wordt verleend uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag — of, zoals in casu, artikel 5 van verordening nr. 1017/68 — en artikel 53, lid 3, van de EER-overeenkomst, toereikend moet zijn om degenen aan wie de ontheffing wordt verleend, in staat te stellen de voordelen te verwezenlijken die de betrokken ontheffing rechtvaardigen: in casu de bijdrage aan de economische vooruitgang en de voordelen voor de gebruikers van de invoering van nieuwe vervoersdiensten van hoge kwaliteit, zoals in de punten 59 tot en met 61 van de bestreden beschikking is uiteengezet. Voor zover deze vooruitgang en deze voordelen niet zonder hoge investeringen zijn te verwezenlijken, is de tijd die nodig is voordat de betrokken investeringen rendement opleveren, noodzakelijkerwijze een essentiële factor bij de beoordeling van de duur van een ontheffing, te meer daar in een geval als het onderhavige vaststaat dat het geheel nieuwe diensten betreft die hoge investeringen vergen, waarmee belangrijke financiële risico's gemoeid zijn, en die een bundeling van de „knowhow” van de deelnemende ondernemingen vereisen (punten 63, 64 en 75 van de beschikking).
- 231 De overweging in punt 73 van de beschikking, dat „de duur van de vrijstelling dus met name afhangt van de periode waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de voorwaarden van de werking van de markt niet ingrijpend zullen worden

gewijzigd”, kan op zichzelf dus niet als een beslissende factor worden beschouwd om de duur van de ontheffing vast te stellen, zonder ook rekening te houden met de periode die noodzakelijk is om partijen in staat te stellen een behoorlijk rendement op hun kapitaal te behalen.

232 In de bestreden beschikking wordt evenwel niet gedetailleerd ingegaan op de duur van de periode die vereist is om onder voorwaarden van rechtszekerheid een rendement op de betrokken investeringen te behalen, in het bijzonder gelet op het feit dat de partijen financiële verbintenissen voor de aankoop van het speciale rollend materieel voor een periode van twintig jaar zijn aangegaan. De verklaring van de Commissie in punt 76 van de beschikking, dat een aantal spoorwegondernemingen haar hadden meegedeeld dat op het gebied van het gecombineerde goederenvervoer een periode van vijf jaar noodzakelijk was om de nieuwe diensten op te zetten en levensvatbaar te maken, is niet relevant, aangezien zij, zoals zojuist vastgesteld (zie punten 185-187 supra), een gemeenschappelijke onderneming betreft die op een andere markt opereert dan waarop ENS actief is.

233 Aangaande de conclusie van de Commissie in punt 75 van de bestreden beschikking, dat de hoogte van de investeringen niet bepalend kan zijn voor de vaststelling van de duur van de ontheffing, omdat de gezamenlijke aankoop van materieel los zou staan van de commerciële exploitatie ervan, moet worden vastgesteld, dat in de beschikking in het geheel niet wordt verklaard, waarom de commerciële exploitatie van dit materieel „los zou staan” van de aankoop ervan, aangezien uitsluitend in het kader van de aangemelde overeenkomsten het betrokken materieel is aangekocht en de desbetreffende financiële verbintenissen zijn aangegaan. In elk geval heeft de Commissie niet verzoeksters’ verklaring betwist, dat het betrokken rollend materieel nagenoeg niet voor andere doeleinden kan worden ingezet.

- 234 Bijgevolg is de beslissing van de Commissie om de duur van de voor de ENS-overeenkomsten verleende ontheffing te beperken tot acht jaar, niet gemotiveerd.
- 235 Gelet op het voorgaande, dient het vierde middel van verzoeksters gegrond te worden verklaard.
- 236 Uit het voorgaande volgt, dat de bestreden beschikking nietig moet worden verklaard en dat geen uitspraak behoeft te worden gedaan op het door SNCF in zaak T-384/94 aangevoerde middel betreffende de schending van artikel 3 van verordening nr. 1017/68.

Kosten

- 237 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij, overeenkomstig de vorderingen van verzoeksters, in de kosten te worden verwezen, met inbegrip van de kosten van SNCF, interveniënte in de zaken T-374/94 en T-384/94.
- 238 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zal het Verenigd Koninkrijk zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart beschikking 94/663/EG van de Commissie van 21 september 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (IV/34.600 — Night Services) nietig.
- 2) Verwijst de Commissie in de kosten.
- 3) Verstaat dat het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, interveniënt, zijn eigen kosten zal dragen.

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 september 1998.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

A. Kalogeropoulos