

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

12. maj 1995 *

I sagerne T-79/95 R og T-80/95 R,

Société nationale des chemins de fer français, Paris, ved advokat Barbara Rapp-Jung og advokat Nathalie Flandin, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Victor Elvinger, 31, rue d'Eich,

og

British Railways Board, London, ved Thomas Sharpe, QC, Bar of England and Wales, for Solicitor Alexandre Nourry, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, i sag T-79/95 R ved Francisco González Díaz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Géraud de Bergues, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, og i sag T-80/95 R ved

* Processprog: fransk og engelsk.

Carmel O'Reilly og Francisco González Díaz, begge Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Gérard de Bergues, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående to begæringer om udsættelse af gennemførelsen af artikel 2. A, i Kommissionens beslutning 94/894/EF af 13. december 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/32.490 — Eurotunnel, EFT L 354, s. 66) i det omfang, den knytter visse betingelser til fritagelsen i beslutningens artikel 1,

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 7. marts 1995 har Société nationale des chemins de fer français (herefter benævnt »SNCF«) i medfør af artikel

173, stk. 4, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter benævnt »EF-traktaten«) anlagt sag med påstand principalt om annullation af Kommissionens beslutning 94/894/EF af 13. december 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/32.490 — Euro-tunnel, EFT L 354, s. 66), subsidiært om annullation af samme beslutning, for så vidt som der er knyttet betingelser dertil (artikel 2. A).

- 2 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den 20. marts 1995 har SNCF endvidere fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 2. A i den anfægtede beslutning.
- 3 Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 8. marts 1995 har British Railways Board (herefter benævnt »BR«) i medfør af samme bestemmelse i EF-traktaten anlagt sag, også med påstand principalt om annullation af ovennævnte beslutning, subsidiært om annullation af beslutningens artikel 2. A.
- 4 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den samme dag har BR ligeledes fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 2. A.
- 5 Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-80/95 R den 20. marts 1995. Den har indgivet skriftlige indlæg vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-79/95 R den 30. marts 1995. Ved afgørelse af 31. marts 1995 har Rettens præsident tilladt BR at fremlægge supplerende beviser i sagen i anledning af Kommissionens indlæg.
- 6 Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 3. april 1995. Under retsmødet har SNCF og Kommissionen ligeledes fået tilladelse til at fremlægge en række dokumenter. Retten har indrømmet alle parter frist til den 6. april 1995 for indgivelse af skriftlige indlæg vedrørende de nye oplysninger, som modparten har

fremlagt. I retsmødet har sagsøgerne og Kommissionen erklæret, at de ikke gør indsigelse mod, at der i en enkelt kendelse træffes afgørelse om de to ensartede begæringer i de to sager om foreløbige forholdsregler.

- 7 Inden det undersøges, om begæringen kan tages til følge, skal der foretages en kort gennemgang af de væsentligste omstændigheder, der ligger til grund for den tvist, som er blevet indbragt for Retten, således som de fremgår af parternes indlæg og dokumenter samt af de mundtlige forklaringer afgivet i retsmødet den 3. april 1995.

- 8 Den 29. juli 1987 har dels BR og SNCF, dels Channel Tunnel Group Ltd, Storbritannien, og France Manche SA, Frankrig, (herefter under ét benævnt »Eurotunnel«) indgået en aftale om brug af den faste forbindelse under Kanalen mellem departementet Pas-de-Calais i Frankrig og grevskabet Kent i England (herefter benævnt »brugsaftalen«). Brugsaftalen er indgået i forbindelse med og for varigheden af koncessionen af den ret til at forestå konstruktion, finansiering, anlæg og drift af en fast forbindelse (eller »tunnel«), som Eurotunnel har opnået i medfør af aftalen undertegnet den 14. marts 1986 af transportministeren for Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, og den franske minister for byplanlægning, bolig og transport. Koncessionsperioden, der oprindeligt var fastsat til 55 år, blev i 1994 forlænget til 65 år.

- 9 Brugsaftalen regulerer forholdet mellem Eurotunnel på den ene side og BR og SNCF på den anden side og fastlægger nærmere deres gensidige rettigheder og forpligtelser med hensyn til brug af tunnelen. Den fastsætter vilkårene og betingelserne for international passagertogs- og godstogstrafik, der drives af BR og SNCF, samt for en særlig pendultogstrafik for forskellige typer motorkøretøjer, også med passagerer, som drives af Eurotunnel. Det bestemmes i artikel 6.2 i brugsaftalen, at BR og SNCF på ethvert tidspunkt i aftalens gyldighedsperiode har ret til 50% af den faste forbindelses timekapacitet i begge retninger. Den resterende tunnelkapacitet, målt i standardankomster og -afgange pr. time, står fortsat til rådighed for Eurotunnel som forvalter af infrastrukturen. For brugen af den faste forbindelse

skal BR og SNCF betale Eurotunnel en afgift, bestående af et fast element, der skal betales i de første tolv driftsår, og et delvis variabelt element afhængig af den faktiske trafik, idet denne del af afgiften er degressiv. I overensstemmelse med artikel 10 i brugsaftalen skal de endvidere godtgøre Eurotunnel en del af de driftsudgifter ved den faste forbindelse, som er beskrevet i brugsaftalens bilag V. Jernbanevirksomhederne har endvidere forpligtet sig til at foretage betydelige investeringer for at udbygge hver deres jernbaneinfrastruktur i det omfang, det er nødvendigt for at bruge tunnelen, og til at råde over rullende materiel, der er særligt tilpasset denne brug.

- 10 Eurotunnel har efter aftale med BR og SNCF anmeldt brugsaftalen til Kommissionen den 2. november 1987 med anmodning om en erklæring om, at artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 1017/68 af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295, herefter benævnt »forordning nr. 1017/68«) er uanvendelig derpå. Efter afslutningen af proceduren i denne forordnings artikel 12, stk. 2 og 3, fritog Kommissionen brugsaftalen for en periode på tre år, der udløb den 15. november 1991.
- 11 Efter at Eurotunnel havde indgivet anmodninger om fornyelse af fritagelsen, og der i EF-Tidende den 30. juli 1994 (EFT C 210, s. 15) var offentliggjort en meddelelse i overensstemmelse med artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«), og artikel 26, stk. 3, i forordning nr. 1017/68, vedtog Kommissionen den 13. december 1994 den anfægtede beslutning. Beslutningen erklærer bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 1, i EØS-aftalen uanvendelige på brugsaftalen i en 30-årig periode regnet fra den 16. november 1991. Til denne fritagelse er der knyttet visse betingelser og påbud. Nærværende begæringer vedrører udsættelse af gennemførelsen af disse betingelser i den anfægtede beslutnings artikel 2. A.

12 De omtvistede betingelser har følgende ordlyd:

»a) I overensstemmelse med artikel 6.2 i brugsaftalen må BR og SNCF ikke modsætte sig, at infrastrukturforvalteren sælger de nødvendige ankomst- og afgangstider til andre jernbanevirksomheder med henblik på udførelse af international passager- og godstransport.

b) BR og SNCF skal dog have adgang til det antal ankomst- og afgangstider, der er nødvendigt for at sikre et tilfredsstillende serviceniveau i løbet af den periode, der udløber den 31. december 2006, svarende til op til 75% af den timekapacitet i tunnelen i begge retninger, der er forbeholdt international passager- og godstransport, med henblik på at udføre transportvirksomhed for egen regning og for deres datterselskaber.

c) I samme periode skal andre jernbanevirksomheder og sammenslutninger af jernbanevirksomheder kunne købe mindst 25% af timekapaciteten i tunnelen i hver retning til brug for international passager- og godstogstrafik.

d) De under litra b) og c) omhandlede betingelser er ikke til hinder for, at BR og SNCF i samme periode udnytter mere end 75% af timekapaciteten, hvis de andre jernbanevirksomheder ikke udnytter 25% af den resterende kapacitet.

e) De under litra b) og c) omhandlede betingelser er heller ikke til hinder for, at andre jernbanevirksomheder i samme periode udnytter mere end 25% af timekapaciteten, hvis BR og SNCF ikke udnytter de 75%, der er forbeholdt dem.

- f) Sådanne justeringer må dog ikke være til hinder for BR's og SNCF's ret til om fornødent i samme periode at udnytte op til 75% af de afgang- og ankomst-tider, der er forbeholdt internationale tog, eller for andre jernbanevirksomheders ret til at udnytte op til 25% af denne kapacitet.
- g) Kommissionen tager spørgsmålet om fastsættelse af den andel af ankomst- og afgangstider, der forbeholdes BR og SNCF, op til revision inden den 31. december 2006.«

Retlige bemærkninger

- 13 Ifølge EF-traktatens artikel 185 og 186 sammenholdt med artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21), kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.
- 14 Ifølge artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement skal de begæringer om foreløbige forholdsregler, som er omhandlet i traktatens artikel 185 og 186 angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget. De begærede forholdsregler skal have en midlertidig karakter, idet de ikke må foregribe afgørelsen i hovedsagen (jf. senest kendelse afsagt af Rettens præsident den 26.10.1994, sagerne T-231/94 R, T-232/94 R og T-234/94 R, *Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 885, præmis 20).

Parternes argumenter

- 15 Med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger grunde til, at udsættelse af gennemførelsen af de omtvistede betingelser umiddelbart forekommer berettiget, har sagsøgerne for det første gjort gældende, at Kommissionen har anlagt en urigtig retlig vurdering af formålet med og følgerne af brugsaftalen. Pålæggelsen af de pågældende betingelser er således ikke berettiget af hensyn til de gældende konkurrenceregler. Den anfægtede beslutning er derfor ulovlig, idet den er vedtaget i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1. Efter sagsøgernes opfattelse er det efter en rigtig fortolkning af brugsaftalen og under hensyn til dens konkurrencefremmende virkninger berettiget at erklære traktatens artikel 85, stk. 1, uanvendelig derpå, eller i det mindste at anvende artiklens stk. 3 uden at pålægge betingelser. BR anfører, at Kommissionen havde fritaget brugsaftalen i en periode på tre år indtil den 15. november 1991 uden at pålægge betingelser, og hævder, at det ikke af beslutningen fremgår, at der skulle være indtrådt nogen væsentlig ændring i omstændighederne, siden denne fritagelse blev meddelt.
- 16 Ifølge sagsøgerne har brugsaftalen i modsætning til, hvad Kommissionen mener at have forstået, hverken til formål eller til følge at opdele markedet mellem pendulforbindelsen, der skal drives af Eurotunnel, og togforbindelsen til transport af passagerer og gods, der skal drives af BR og SNCF. Eurotunnel er ikke forhindret i at bruge den del af tunnelkapaciteten, der står til Eurotunnel's disposition, til international togtrafik til passager- og godstransport. Brugsaftalen er ligeledes ikke til hinder for, at BR og SNCF tilbyder pendulforbindelser, idet ingen af parterne har accepteret kontraktmæssige begrænsninger i den brug, de ville gøre af den tunnelkapacitet, de har fået tildelt. SNCF har anført, at Kommissionen tilsyneladende anerkender disse forhold i beslutningens 75.-79. betragtning uden dog deraf af drage de ifølge sagsøgeren uomgængelige konklusioner. Endvidere har sagsøgerne anført, at aftalen ikke udelukker, at tredjemand kan få adgang til at benytte en del af kapaciteten af den faste forbindelse. Denne kapacitet kan af Eurotunnel stilles til rådighed for andre jernbanevirksomheder i overensstemmelse med artikel 10 i Rådets direktiv 91/440/EØF af 29. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernba-

ner (EFT L 237, s. 25, herefter benævnt »direktiv 91/440«). Hvis Eurotunnel havde udnyttet hele den kapacitet på 50%, som den har rådighed over, kunne Eurotunnel under påberøelse af bestemmelsen i brugsaftalens artikel 6.2 få en del af den kapacitet, der er tildelt BR og SNCF. I henhold til denne bestemmelse kan BR og SNCF ikke uden grund afslå at afstå en del af det, de har krav på. I det omfang, de pålagte betingelser skal sikre andre jernbanevirksomheder ret til at bruge en del af tunnelkapaciteten, er de overflødige.

- 17 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at Kommissionen i den foreliggende sag har overskredet den beføjelse til at knytte betingelser til en fritagelse, som er tillagt den ved artikel 8 i forordning nr. 17 og artikel 13 i forordning nr. 1017/68. Ifølge SNCF forrykker de omtvistede betingelser den kontraktmæssige balance i brugsaftalen, som består i, at SNCF og BR påtager sig økonomiske og investeringsmæssige forpligtelser, som er afgørende for at iværksætte projektet, mod at få rådighed over 50% af tunnelkapaciteten. Ved udelukkende at pålægge SNCF og BR en forpligtelse til at afgive en del af de rettigheder, som de har fået tillagt i henhold til brugsaftalen, har Kommissionen gjort det muligt for Eurotunnel at få et dobbelt vederlag for den del af timekapaciteten i tunnelen, der er forbeholdt tredjemænd; første gang gennem den faste afgift og de investeringer, som SNCF og BR har påtaget sig ansvaret for, anden gang gennem tredjemænds betaling af afgifter. BR har endvidere gjort gældende, dels at pålæggelsen af de omtvistede betingelser svarer til også at pålægge sagsøgerne de forpligtelser, der påhviler Eurotunnel som infrastrukturforvalter i henhold til direktiv 91/440, dels at Kommissionen har udøvet sin beføjelse på en måde, der er i strid med dette direktiv, særligt med den kompetence der deri anerkendes for medlemsstaterne. Efter BR's opfattelse følger det heraf, at betingelserne både indebærer forskelsbehandling og er ulovlige.

- 18 For det tredje er SNCF og BR af den opfattelse, at den anfægtede beslutning er i strid med proportionalitetsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. SNCF har anført, at de omtvistede betingelser bevirker, at sagsøgerne med tilbagevirkende kraft fratages en fjerdedel af de rettigheder, som de har opnået i henhold til brugsaftalen, skønt deres bidrag til

udviklingen af de pågældende nye transportydelser forbliver det samme. BR har dels anført, at betingelserne ikke står i et rimeligt forhold til de påståede konkurrencebegrænsninger, som Kommissionen har påpeget, dels, at bestemmelserne om den praktiske gennemførelse af de forpligtelser, som de pålægger sagsøgerne, er vage og uklare.

19 Endelig har sagsøgerne til støtte for deres påstande i hovedsagerne også fremført anbringender om, at Kommissionen ikke har opfyldt begrundelsespligten og har krænket retten til kontradiktion og handlet i strid med god forvaltningsskik.

20 Med hensyn til spørgsmålet om uopsættelighed har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at i betragtning af de ydelser, de leverer nu og påtænker at levere i nær fremtid, vil de fra sommeren 1996 være i stand til i visse perioder af døgnet at bruge samtlige ankomst- og afgangstider, som de har fået tildelt ved brugsaftalen, og således overskride den begrænsning til 37,5% af timekapaciteten i hver retning, som de er blevet pålagt i de omtvistede betingelser. I retsmødet den 3. april 1995 har sagsøgerne fremført en række argumenter på grundlag af trafikprognoser for de tre kommende somre, der dækker både de ydelser, der leveres af Eurotunnel, og dem, der leveres af BR og SNCF. Disse argumenter skal gendrive Kommissionens påstande om, at fastsættelsen af den pågældende begrænsning er begrundet i, at sagsøgerne kun påtænkte at bruge 75% af den tunnelkapacitet, der tilkommer dem, i de næste tolv år.

21 Efter sagsøgernes opfattelse er det af afgørende betydning at sondre mellem timekapacitet og dagkapacitet, idet handelsværdien af ankomst- og afgangstiderne er forskellig afhængig af tidspunktet i døgnet. SNCF's og BR's prognoser, som har dannet grundlag for Kommissionens fastsættelse af de omtvistede betingelser, vedrørte dagkapaciteten, hvilket fremgik af selve ordlyden af SNCF's skrivelse til Kommissionen og bilagene dertil, samt af de bemærkninger, som BR fremsatte inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Den begrænsning, som Kommissi-

onen har pålagt sagsøgerne, vedrører derimod timekapaciteten i tunnelen i begge retninger. Ifølge sagsøgerne viser de af dem fremlagte beviser imidlertid, at selv om den samlede eller daglige kapacitet for øjeblikket overstiger sagsøgernes og Eurotunnel's behov, vil BR og SNCF på kort sigt i flere timer i døgnet bruge enten hele den kapacitet, som de råder over, eller i hvert fald over 75% af kapaciteten til at levere deres egne transportydelser og overholde deres kontraktmæssige forpligtelser over for tredjemænd. Der kan forudses at blive mangel på ankomst- og afgangstider, særligt på visse tidspunkter om natten, på grund af nedsat kapacitet i forbindelse med vedligeholdelsesarbejde i tunnelen. Sagsøgerne anfører, at de ikke har nogen sikkerhed for, at vedligeholdelsen, som på nuværende tidspunkt tager syv timer, i nær fremtid vil kunne nedbringes til fire timer, som forudsat i brugsaftalen. Sagsøgerne afviser Kommissionens forslag om, at det skulle være muligt at omorganisere deres drift, så den kan holdes inden for den fastsatte grænse for brug, og har påpeget, at deres køreplaner er udarbejdet på baggrund af en kompliceret planlægning, der har fundet sted år i forvejen, og som tilgodeser kundernes særlige behov, særligt med hensyn til international godstransport, og som tillige skal kunne forenes med brugen af de med tunnelen forbundne transportnet. BR og SNCF har endvidere anført, at ifølge de fremlagte trafikprognoser vil en stor del af den kapacitet, der er forbeholdt Eurotunnel, ikke blive anvendt, mens de bliver nødt til at afgive en del af deres kapacitet, der er nødvendig for at sikre et rimeligt serviceniveau, til økonomisk fordel for tredjemænd.

- 22 Sagsøgerne hævder, at de på grund af de omtvistede betingelser vil blive påført et betydeligt tab, der nærmest vil være uopretteligt. For det første vil de fortsat være forpligtet til at betale de faste minimumsafgifter og skal påtage sig ansvaret for investeringer i infrastruktur og rullende materiel, selv om disse forpligtelser var blevet forhandlet som modydelse for retten til at bruge 50% af tunnelkapaciteten, og de nu kun kommer til at råde over 37,5%, hvilket forhindrer deres investeringer i at blive rentable. For det andet skal opfyldelsen af visse kontraktforhold, som allerede er indgået med tredjemænd, tages op på ny, hvilket — rent bortset fra den retlige usikkerhed forbundet med indgåelsen af nye kontrakter — ligeledes vil få betydelige økonomiske konsekvenser for sagsøgerne. Endelig vil den markedssituation,

som vil opstå ved anvendelse af de omtvistede betingelser, kunne vise sig at være uoprettelig. Hvis Retten annullerer disse betingelser, vil andre jernbaneselskaber efter sagsøgernes opfattelse kunne påberåbe sig deres erhvervede rettigheder og de investeringer, de har foretaget inden afsigelsen af dommen om sagens realitet, for at undgå atter at skulle afstå den del af tunnelkapaciteten, som de i mellemtiden måtte have erhvervet, til sagsøgerne.

- 23 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at det ved en afvejning af interesserne i sagen må anses for berettiget at tage begæringen om udsættelse af gennemførelsen til følge, idet de omtvistede betingelser ikke er nødvendige til beskyttelse af de øvrige jernbanevirksomheders interesser. Såfremt der måtte være interesserede tredjemænd, hvilket i øvrigt ikke er godtgjort af Kommissionen, ville de kunne få brugsret til tunnelen direkte fra infrastrukturforvalteren, Eurotunnel, efter fremgangsmåden i artikel 10 i direktiv 91/440. I betragtning af, at der for tiden ikke er tredjemænd, der ønsker at få brugsret, er sagsøgerne endvidere af den opfattelse, at der ikke er godtgjort nogen samfundsmæssig interesse for Fællesskabet i, at de omtvistede betingelser umiddelbart bringes i anvendelse. Pålæggene, som ligeledes er knyttet til den anfægtede beslutning, vil endvidere gøre det muligt for Kommissionen at føre tilstrækkeligt tilsyn med situationen og gribe ind, hvis sagsøgernes udøvelse af deres rettigheder i henhold til brugsaftalen skulle vise sig at være ufornelige med Fællesskabets konkurrenceregler.

- 24 Kommissionen er af den opfattelse, at de retlige betingelser for at træffe den begærede foreløbige forholdsregel ikke er opfyldt i den foreliggende sag.

- 25 Med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget («fumus boni juris») har Kommissionen anført, at den fortolkning af brugsaftalen, som sagsøgerne har anlagt, synes at være i modstrid med fortolkningen i den formelle anmeldelse af denne aftale til Kommissionen den 10. november 1987, hvori par-

terne anførte, at »formålet med aftalen er at sikre en rimelig og realistisk fordeling af den faste forbindelse mellem markedet for passager- og godstogstransport på den ene side og på den anden side markedet for transport af automobiler på grundlag af et specifikt pendulsystem«. Under alle omstændigheder er Kommissionen af den opfattelse, at sagsøgernes fortolkning af brugsaftalens artikel 6.2 er i strid med det af sagsøgerne anførte om, at den kontraktmæssige balance skulle blive forrykket ved de omtvistede betingelser, idet de hævder, at det i denne artikel allerede er bestemt, at de skal afstå en del af deres rettigheder til fordel for andre jernbanevirksomheder. Efter Kommissionens opfattelse hævder sagsøgerne derfor med urette, at der opstår tvivl om projektets økonomiske og finansielle levedygtighed, når tredjemænd kan benytte en del af den kapacitet, som de for nærværende råder over.

- 26 Kommissionen har endvidere anført, at der siden den første fritagelse af brugsaftalen er sket en gennemgribende forandring ved vedtagelsen af direktiv 91/440. Ifølge Kommissionen har dette direktiv skabt helt nye retlige og praktiske rammer for jernbanedrift, og det er det første skridt mod gennemførelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser i denne sektor, hvor visse kategorier af tjenesteydere sikres adgang til jernbaneinfrastrukturen. De omtvistede betingelser er begrundet i hensynet til at beskytte tredjemænds interesser og sikre den fulde virkning af direktiv 91/440 under hensyntagen til, at brugsaftalen er forhandlet og indgået under den tidligere ordning, der var kendetegnet ved, at jernbanevirksomhederne indtog en monopolstilling på hver deres jernbanenet.

- 27 Med hensyn til spørgsmålet, om Kommissionen har gjort sig skyldig i magtoverskridelse, anfører Kommissionen for det første, at den ved fastsættelsen af de omtvistede betingelser fuldt ud har taget hensyn til sagsøgernes behov over de næste tolv år, som dette fremgår af de prognoser, som sagsøgerne selv har fremlagt. Kommissionen finder dernæst, at det af sagsøgerne rejste spørgsmål vedrørende Eurotunnel's dobbelte vederlag henhører under parternes kontraktforhold og burde have været forudset, da BR og SNCF accepterede muligheden af at genoverdrage en del af de rettigheder, som de har i henhold til brugsaftalen. Repræsentanterne for Eurotunnel har endvidere oplyst over for Kommissionen, at de påtænkte

at indføre en udligningsordning i tilfælde af, at andre virksomheder ville bruge en del af den pågældende kapacitet. Endelig har Kommissionen i retsmødet den 3. april 1995 anført, at den ikke kunne have pålagt Eurotunnel de omtvistede betingelser, fordi konkurrencebegrænsningen bedømt i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, består i, at 50% af tunnelkapaciteten udelukkende stilles til sagsøgernes rådighed for en periode på 65 år. Efter Kommissionens opfattelse udgør det forhold, at infrastrukturforvalteren forbeholder sig den del af kapaciteten, som ikke er overdraget, ikke en konkurrencebegrænsning, hvilket dog ikke betyder, at infrastrukturforvalteren derfor ikke er bundet af sine forpligtelser i henhold til direktiv 91/440 eller er unddraget anvendelsen af traktatens artikel 86.

28 Som svar på Rettens spørgsmål under retsmødet har Kommissionen bl.a. forklaret, at når der er pålagt BR og SNCF en begrænsning i tunnelens timekapacitet i stedet for i dens dagkapacitet, skyldes det dels den logiske sammenhæng med bestemmelserne i brugsaftalen, der nævner 50% af timekapaciteten af den faste forbindelse i begge retninger, dels hensynet til at sikre andre jernbanevirksomheder, at de ikke kun får adgang til de ankomst- og afgangstider, der fra et forretningssynspunkt er mindst interessante. Kommissionen har ligeledes over for Retten bekræftet, at den indtil videre ikke har kendskab til andre virksomheder, der ønsker at erhverve en del af den pågældende kapacitet.

29 Med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger omstændigheder, der medfører uoprettelighed, er Kommissionen af den opfattelse, at sagsøgerne ikke har ført bevis for, at de ikke kan afvente udfaldet af hovedsagen uden at lide et tab, der ville få alvorlige og uoprettelige følger.

30 Kommissionen har for det første bestridt den konklusion — at der kan befrygtes en mangel på ankomst- og afgangstider i de kommende tre år — som sagsøgerne

har draget af de fremlagte trafikprognoser. Kommissionen påpeger, at visse af disse vurderinger ikke er bekræftet af Eurotunnel, og at sagsøgerne generelt set stadig anvender togsammensætninger, der kører med forskellige hastigheder, og som kræver det største antal standardankomster og -afgange. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at de fremskridt, der kan forudses med hensyn til en rationel og optimal tilrettelæggelse af brugen af den faste forbindelse, og ibrugtagningen af de mere moderne lokomotiver, som BR og SNCF allerede har afgivet ordre på, vil føre til et mindre forbrug af standardankomster og -afgange og således fjerne risikoen for overbelastning af tunnelen på visse tidspunkter af døgnet. Kommissionen fastholder endvidere sin stilling med hensyn til den mulighed, som sagsøgerne har for at ændre i køreplanerne for visse af deres godstog, idet den finder, at punktlighed ved denne type tog ikke er en nødvendig betingelse for handelsforbindelser med befragterne, hvilket ses af de ofte forekommende forsinkelser og ændringer i køreplanerne, som SNCF og BR har samtykket i siden ibrugtagningen af tunnelen.

- 31 For det andet har Kommissionen anført, at de omtvistede betingelser kan anvendes på en smidig måde, idet de fastsatte kapacitetsbegrænsninger ikke er ubøjelige, men kan tilpasses virksomhedernes behov. Ifølge de under retsmødet afgivne forklaringer gør denne smidighed sig både gældende i forholdet mellem Eurotunnel og sagsøgerne og for BR's og SNCF's mulighed for at overskride grænsen på 75%, når blot der ikke er andre virksomheder, der kan udnytte de resterende 25%, der er forbeholdt passager- og godstransport. Kommissionen er af den opfattelse, at infrastrukturforvalteren har sin væsentligste økonomiske interesse i en maksimal udnyttelse af tunnelens samlede kapacitet og kan tilrettelægge fordelingen af de til rådighed værende ankomst- og afgangstider på den mest rationelle måde, således som det fremgår af 116. betragtning til den anfægtede beslutning. Kommissionen anfører endvidere, at andres brug af tunnelen ikke kan skade sagsøgernes økonomiske interesser, eftersom dette kan gøre det muligt at nedsætte afgiften til Eurotunnel i overensstemmelse med bilag VII til brugsaftalen.

- 32 Endelig har Kommissionen anført, at sagsøgernes øvrige argumenter for, at der foreligger et alvorligt og uopretteligt tab, ikke er overbevisende. Dette gælder påstanden om, at deres økonomiske forpligtelser opretholdes over for Eurotunnel

til trods for, at de kun får rådighed over en mindre del af den kapacitet, der var resultat af forhandlingerne, og den mulige risiko for brud på kontrakter om gods-transport. Kommissionen er af den opfattelse, at de påberåbte tab i det højeste er fremtidige, usikre og uberegnelige og ikke kan true jernbanevirksomheder af en sådan størrelse som BR og SNCF på deres eksistens.

- 33 Med hensyn til interesseafvejningen har Kommissionen gjort gældende, at de omtvistede betingelser er uomgængeligt nødvendige for, at andre jernbanevirksomheder kan komme ind på det pågældende marked, og at den samfundsmæssige interesse i opretholdelsen af en effektiv konkurrence og i overholdelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i jernbanesektoren, må gå forud for den risiko for tab, som sagsøgerne gør gældende foreligger. Kommissionen har anført, at hvis betingelserne blev ophævet, ville det ikke alene forsinke tredjemænds brug af tunnelen i adskillige år, men også give sagsøgerne tid til at styrke deres fodfæste på det pågældende marked. I betragtning af, hvor store investeringer der er nødvendige for at benytte tunnelen, ville uvisheden om den retlige situation og den stilling, som BR og SNCF i mellemtiden ville have indtaget, gøre det endnu vanskeligere for andre at trænge ind på markedet.

Retlig bedømmelse

- 34 Det bemærkes for det første med henblik på undersøgelsen af, om sagsøgerne har godtgjort, at de umiddelbart bør gives medhold i sagen, at de under nærværende sag om foreløbige forholdsregler kun har begæret udsættelse af gennemførelsen af artikel 2. A i den anfægtede beslutning. I denne bestemmelse er opregnet en række betingelser for Kommissionens fritagelse af brugsaftalen mellem sagsøgerne og Eurotunnel. SNCF og BR har i det væsentlige anført, at disse betingelser er ulovlige og skader deres interesser, fordi sagsøgerne tvinges til at afstå en fjerdedel af de

brugsrettigheder til tunnelen, som de har opnået i henhold til denne aftale, til andre jernbanevirksomheder.

- 35 Det bemærkes, at det er et yderst vanskeligt spørgsmål af afgøre, om det var berettiget, at Kommissionen ved udøvelsen af sine beføjelser i medfør af de gældende konkurrenceregler foretog en begrænsning af sagsøgernes rettigheder i henhold til aftalen som påstået, og at dette spørgsmål må underkastes en indgående undersøgelse under hovedsagen. Herefter findes det ikke nødvendigt, at der i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler foretages en mere indgående undersøgelse af lovligheden af de omtvistede betingelser, og der skal dernæst tages stilling til, om der foreligger uopsættelighed, som kan begrunde, at der træffes den af sagsøgerne begærede foreløbige forholdsregel.
- 36 Som det fremgår af fast praksis (jf. ovennævnte kendelse i sagen *Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen*, præmis 41), skal spørgsmålet, om begæringen om foreløbige forholdsregler vedrører uopsættelige forhold, vurderes i forhold til spørgsmålet, om det er nødvendigt at træffe foreløbig afgørelse for at undgå, at der påføres den part, som begærer den foreløbige forholdsregel, et alvorligt og uopretteligt tab. Det påhviler den part, som begærer udsættelse af gennemførelsen af en anfægtet beslutning, at føre bevis for, at vedkommende ikke kan afvente udfaldet af hovedsagen uden at lide et tab, som vil have alvorlige og uoprettelige følger.
- 37 Det bemærkes, at sagsøgerne til støtte for deres anbringender om, at der foreligger omstændigheder, der medfører uopsættelighed, har henvist til en fortolkning af de omtvistede betingelser, som er særligt ugunstig for dem, og hvis rigtighed bestrides af Kommissionen. Kommissionen har over for Retten påpeget smidigheden af betingelserne og har særligt henvist til 116. betragtning til beslutningen og til dens formål, som bekræftes i selve ordlyden af artikel 2. A, hvorefter BR og SNCF skal kunne sikre et tilfredsstillende serviceniveau. Det fremgår endvidere af sagen, at når

der bortses fra sagsøgernes trafikprognoser for visse spidsbelastningstimer i døgnnet, benyttes en væsentlig del af de rådighed værende ankomst- og afgangstider endnu ikke — og vil heller ikke på kort sigt blive benyttet — af BR og SNCF. Sagsøgerne er imidlertid af den opfattelse, at anvendelsen af begrænsningen til 75% af den timekapacitet i tunnelen i begge retninger, som nu er forbeholdt internationale tog, allerede nu ikke kan forenes med den drift, som de planlægger fra sommeren 1996.

- 38 Den ovennævnte smidighed, hvormed de omtvistede betingelser er formuleret, idet det tillades BR og SNCF at benytte »mere end 75% af timekapaciteten, hvis de andre jernbanevirksomheder ikke udnytter 25% af den resterende kapacitet«, synes ganske vist ikke at kunne forhindre enhver form for alvorlig ulempe for sagsøgerne, for så vidt som der derved skabes usikkerhed om omfanget og varigheden af de brugsrettigheder, som er indrømmet dem. Der kan ikke ganske ses bort fra BR's og SNCF's argumenter om, at det er nødvendigt med en kompliceret og langsigtet planlægning for at drive togtrafik gennem tunnelen, eller fra, at kontrakter om godstransport med tredjemænd normalt løber over tre til fem år, eller fra, at pålæggelsen af en begrænsning i brugen af timekapaciteten i højere grad hindrer sagsøgernes fleksibilitet ved overholdelsen deraf end pålæggelsen af en begrænsning i brugen af den samlede eller daglige kapacitet ville have gjort.
- 39 Kommissionen og sagsøgerne har imidlertid indrømmet, at de ikke har kendskab til, at der skulle være jernbaneselskaber, der er interesserede i at få ret til at bruge en del af tunnelkapaciteten. Kommissionen har nærmere anført, at dens formål med at opstille de omtvistede betingelser i den anfægtede beslutning var at værne den potentielle konkurrence og den frie udveksling af tjenesteydelser i sektoren.
- 40 Under de i sagen foreliggende omstændigheder må det fastslås, at kun hvis det i det mindste er forudseeligt eller sandsynligt, at der vil være andre, der er interesseret i at anvende tunnelkapaciteten, vil der være en bestyrket risiko for et alvorligt og uopretteligt tab, som ifølge sagsøgerne vil opstå, hvis betingelserne for beslutningen om fritagelse straks bliver anvendt. Sagsøgerne har imidlertid ikke kunnet

fremlægge oplysninger til at godtgøre en konkret risiko for, at der på kort sigt overdrages en del af eller hele den timekapacitet, som er forbeholdt sagsøgerne i henhold til artikel 2. A, til andre, og for, at der derved påføres dem et alvorligt og uopretteligt tab.

- 41 Dette resultat understøttes af, at sagsøgerne også selv har anført, at de omtvistede betingelser ikke er nødvendige, fordi der ikke er andre, der er interesserede i at benytte tunnelkapaciteten, og der derfor ikke er nogen potentiel konkurrence at beskytte.
- 42 Herefter fremgår det af den afvejning af de foreliggende interesser, som Retten skal foretage, at den risiko for tab, som sagsøgerne har påberåbt sig, på dette trin er for usikker og uberegnelig til, at den kan tillægges større vægt end de hensyn, som Kommissionen varetager ved pålæggelse af de omtvistede betingelser, nemlig beskyttelsen af en effektiv konkurrence og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i jernbanetransportsektoren. Begæringerne om udsættelse af gennemførelsen af disse betingelser kan derfor ikke tages til følge.
- 43 Det bemærkes under alle omstændigheder, at i medfør af procesreglementets artikel 108 kan en kendelse vedrørende foreløbige forholdsregler til enhver tid efter begæring fra en af parterne ændres eller ophæves på grund af ændrede forhold. Det påhviler i givet fald sagsøgerne at rette henvendelse til Retten, såfremt en forestående tildeling til andre jernbanevirksomheder af ankomst- og afgangstider, der tidligere har været benyttet af dem, kan påføre dem et alvorligt og uopretteligt tab. Hertil skal de kunne godtgøre over for Retten, at den pågældende afgivelse af kapacitet umiddelbart vil sætte dem ud af stand til at opfylde deres forpligtelser med hensyn til brug af tunnelen, herunder særligt til at sikre et tilfredsstillende serviceniveau, eller at de, såfremt de får medhold i hovedsagen, ikke vil være i stand til at få den kapacitet tilbage, som andre i mellemtiden måtte have fået tildelt.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 1) **Begæringerne om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.**

- 2) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg den 12. maj 1995.

H. Jung
Justitssekretær

J.L. Cruz Vilaça
Præsident