

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 15 september 1998 *

I de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94,

European Night Services Ltd (ENS), bolag bildat enligt engelsk rätt, London,

Eurostar (UK) Ltd, tidigare **European Passenger Services Ltd (EPS)**, bolag bildat enligt engelsk rätt, London,

företrädna av Thomas Sharpe, QC, England och Wales, och Alexandre Nourry, solicitor, delgivningsadress: advokatbyrån Elvinger, Hoss et Prussen, 15, Côte d'Eich, Luxemburg,

sökande i mål T-374/94 respektive T-375/94,

Union internationale des chemins de fer (UIC), sammanslutning bildat enligt fransk rätt, Paris,

* Rättegångsspråk: engelska och franska.

NV Nederlandse Spoorwegen (NS), bolag bildat enligt holländsk rätt, Utrecht (Nederländerna),

företrädda av advokaten Erik H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, delgivningsadress: advokatbyrån Luc Frieden, 62, avenue Guillaume, Luxemburg,

sökande i mål T-384/94,

Société nationale des chemins de fer français (SNCF), bolag bildat enligt fransk rätt, Paris, företrätt av advokaten Chantal Momège, Paris, delgivningsadress: advokatbyrån Alex Schmitt, 62, avenue Guillaume, Luxemburg,

sökande i mål T-388/94 och
intervenient i mål T-374/94 och T-384/94,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av Lindsey Nicoll, i egenskap av ombud, och K. Paul E. Lasok, QC, England och Wales, delgivningsadress: Förenade kungarikets ambassad, 14, boulevard Roosevelt, Luxemburg,

intervenient,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av Francisco Enrique González Díaz, rättstjänsten, därefter av juridiske chefsrådgivaren Giuliano Marenco, båda i egenskap av ombud, biträdda av Ami Barav, barrister i England och Wales samt advokat i Paris, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/663/EG av den 21 september 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/34.600 — Night Services) (EGT L 259, s. 20),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden A. Kalogeropoulos samt domarna C. W. Bellamy och J. Pirrung,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 22 oktober 1997,

följande

II - 3148

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- 1 Rådets direktiv 91/440/EEG av den 21 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 237, s. 25, svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 45, nedan kallat direktiv 91/440) har till syfte att underlätta anpassningen av gemenskapens järnvägar till den inre marknadens behov och öka deras effektivitet. Genom direktivet tillförsäkras, för det första, att förvaltningen av järnvägsföretagen är oberoende, så att dessa skall kunna handla på ett marknadsorienterat sätt. För det ändamålet föreskrivs det i artikel 5.3 att företagen skall ha "frihet att
 - tillsammans med ett eller flera andra järnvägsföretag bilda en internationell sammanslutning,
- ...
- styra tillgången och marknadsföringen av tjänster och bestämma priserna för tjänsterna ...
- ...
- utöka sin marknadsandel, utveckla ny teknologi och nya tjänster och införa nya metoder för driften,
- etablera ny verksamhet inom områden som har anknytning till järnvägsdriften".

- 2 För det andra föreskrivs det i direktivet att förvaltningen av järnvägsdriften och infrastrukturen skall skiljas från transportverksamheten, varvid ett särskiljande av räkenskaperna skall vara obligatoriskt och ett särskiljande av organisationer eller institutioner är valfritt (artikel 1 och avsnitt 3 i direktivet).

- 3 Direktivet utgör ett första steg mot en progressiv liberalisering av marknaden för järnvägstransport, eftersom det där för första gången föreskrivs att järnvägsföretag för kombinerade internationella transporter och sammanslutningar av järnvägsföretag från och med den 1 januari 1993 skall få tillgång till den järnvägsinfrastruktur som finns i gemenskapen under vissa villkor.

- 4 I artikel 10 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Internationella sammanslutningar av företag skall ha tillgång till och rätt att utföra transittrafik i de medlemsstater där de till sammanslutningen hörande järnvägsföretagen har sitt säte, liksom rätt till transittrafik i andra medlemsstater för internationell trafik mellan de medlemsstater där de företag som ingår i dessa sammanslutningar har sitt säte.

2. Järnvägsföretag som omfattas av artikel 2 skall på skäliga villkor beviljas tillträde till infrastrukturen i de andra medlemsstaterna för att utföra internationella kombinerade godstransporter.

...”

- 5 För det syftet definieras järnvägsföretag i artikel 3 i direktivet som "varje privat eller offentligt företag vars huvudsakliga verksamhet är gods- och/eller passagerarbefordran på järnväg med krav på att företaget skall säkerställa drift av trafiken". Enligt ordalydelsen i samma bestämmelse utgör internationella sammanslutningar "varje sammanslutning av minst 2 järnvägsföretag i olika medlemsländer med ändamål att utföra internationella transporter mellan medlemsstaterna".

- 6 Den 19 juni 1995 utfärdade rådet, för tillämpningen av direktiv 91/440, direktiv 95/18/EG om tillstånd för järnvägsföretag (EGT L 143, s. 70) samt direktiv 95/19/EG om tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet och uttag av infrastrukturavgifter (EGT L 143, s. 75).

Faktiska omständigheter i målet

- 7 Den 29 januari 1993 mottog kommissionen en begäran om att artikel 2 i rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (EGT L 175, s. 1, svensk specialutgåva, område 7, volym 1 s. 54, nedan kallad förordning nr 1017/68), skulle förklaras inte tillämplig. I andra hand begärdes ett undantag för avtalen rörande järnvägstransport av passagerare genom tunneln under Engelska kanalen i enlighet med artikel 5 i denna förordning.

- 8 Denna begäran (nedan kallad anmälan) ingavs av European Night Services Ltd (nedan kallat ENS) på British Rails (nedan kallat BR), Deutsche Bundesbahns (nedan kallat DB), NV Nederlandse Spoorwegens (nedan kallat NS) och Société nationale des chemins de fer français' (nedan kallat SNCF) vägnar. Anmälan hade även godkänts på förhand av Société nationale des chemins de fer belges (nedan

kallat SNCB), som vid denna tidpunkt innehade en optionsrätt att delta i ENS, vilken dock förföll i juni månad år 1993. SNCB är fortfarande part i ett av de driftsavtal som slutits med ENS.

- 9 Det första avtalet som anmäldes innebar att företaget ENS, med säte i Förenade kungariket, bildades av de fyra ovannämnda järnvägsföretagen, BR, SNCF, DB och NS, direkt eller genom deras dotterbolag. Syftet med ENS var att tillhandahålla och driva nattliga järnvägstransporttjänster för passagerarbefordran mellan Förenade kungariket och kontinenten genom tunneln under Engelska kanalen, på följande fyra linjer: London—Amsterdam, London—Frankfurt/Dortmund, Glasgow/Swansea—Paris, Glasgow/Plymouth—Bryssel.
- 10 Genom brev av den 15 oktober 1997 har dock ENS informerat förstainstansrätten om att järnvägstjänsterna från och till Bryssel lades ned i december månad år 1994, att linjen London—Frankfurt/Dortmund ersattes av linjen London—Köln i augusti månad år 1996 och att de enda planerade linjerna för närvarande är London—Amsterdam/Köln.
- 11 Den 9 maj 1994 överläts European Passenger Services Ltd (nedan kallat EPS), ett dotterbolag till BR vid tidpunkten för anmälan av avtalen om ENS, till de brittiska statsmakterna och utgör efter detta datum ett järnvägsföretag i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 91/440, på samma sätt som SNCF, DB och NS (nedan kallade, inklusive EPS, de berörda järnvägsföretagen eller grundarna). Samtidigt överfördes BR:s andel i ENS till EPS. Genom brev av den 25 september 1997 meddelade ENS och EPS förstainstansrätten om att EPS ändrat namn till Eurostar (UK) Ltd (nedan kallat EUKL), och begärde att alla hänvisningar till EPS skulle avse EUKL och vice versa. De klargjorde även att den brittiska statsmaktens andel i EPS tillgångar den 31 maj 1996 hade överförts till London & Continental Railways. I Förenade kungariket tillhör idag nästan alla järnvägsnät och därtill hörande infrastruktur, som tidigare var BR:s egendom, Railtrack, som förvaltare av järnvägsinfrastrukturen.

- 12 Den andra gruppen av anmälda avtal utgjordes av de driftsavtal som slutits mellan ENS och de berörda järnvägsföretagen samt SNCB, enligt vilka vart och ett av dessa företag skall tillhandahålla ENS vissa tjänster, som dragkraft på sitt järnvägsnät (lokomotiv, personal och genomfarter), städning ombord och underhåll av utrustning samt passagerarservice. EPS och SNCF skall dessutom ombesörja dragkraften på sträckan genom tunneln under Engelska kanalen.
- 13 För att driva nattlig passagerarbefordran har de berörda järnvägsföretagen genom ENS, med hjälp av långfristiga leasingavtal med en giltighetstid om 20 år, som i januari månad år 1996 förlängdes till 25 år, skaffat sig särskild rullande materiel som kan köras på de olika järnvägsnäten och på sträckan genom tunneln under Engelska kanalen. Den totala kostnaden uppgick till 136,7 miljoner UKL, som ökades till 158 miljoner UKL i januari månad år 1996, och omfattar det avtalade priset, den beräknade kostnaden för reservdelar, förändringar, leveranskostnader, tester och sättandet i drift, liksom utvecklingskostnaderna.
- 14 ENS och de berörda järnvägsföretagen framförde i anmälan att på den relevanta tjänstemarknaden kunde ENS, med tanke på konkurrensen från flyg, buss, färjor och personbilar, uppnå en total marknadsandel om ungefär 2,4 procent i gruppen för affärsresor, och ungefär 5 procent i gruppen för fritidsresor. Dessutom framhöll de att, även om den relevanta tjänstemarknaden skulle bestämmas på ett mer restriktivt sätt genom att endast linjerna i fråga beaktades, skulle ENS totala marknadsandel förbli obetydlig. För övrigt skulle enligt anmälan inget av de berörda järnvägsföretagen ensam kunna driva en jämförbar tjänst på de linjer som ENS trafikerar, och ingenting tyder på att någon annan sammanslutning har visat intresse för samma verksamhet eller skulle kunna dra nytta därav. De anmälade parterna försäkrade även att avtalen om ENS inte skapade fler hinder än de som redan fanns för andra företag som önskade erbjuda liknande tjänster, eftersom dessa kan bilda "internationella sammanslutningar" i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 91/440, som kan tillförsäkra sig tillgång till järnvägsinfrastrukturen, det vill säga genomfarter på linjerna i fråga, och som utan svårighet skulle kunna hitta kompetent personal och lämplig rullande materiel.

- 15 I enlighet med artikel 12.2 i förordning nr 1017/68 offentliggjordes ett meddelande rörande anmälan av avtalen om ENS i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 29 maj 1993 (meddelande 93/C 149/07, EGT C 149, s. 10). Genom detta meddelande informerade kommissionen de företag som ingett anmälan att den preliminärt kommit fram till slutsatsen att de anmälda avtalen kunde strida mot artikel 85.1 i EG-fördraget och att kommissionen i det här stadiet av handläggningen ännu inte hade fattat beslut rörande eventuell tillämplighet av artikel 5 i nämnda förordning. Kommissionen uppmanade berörd tredje man att framföra synpunkter till kommissionen inom trettio dagar från och med offentliggörandet av meddelandet.
- 16 I ett brev av den 23 juli 1993 meddelade kommissionen de anmälade företagen att det fanns allvarliga tvivel, i enlighet med artikel 12.3 i förordning nr 1017/68, om huruvida artikel 5 var tillämplig på de anmälda avtalen.
- 17 Den 4 juni 1994 offentliggjorde kommissionen ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* i enlighet med artikel 26.3 i förordning nr 1017/68 (EGT C 153, s. 15), i vilket kommissionen meddelade att de anmälda avtalen kunde komma i åtnjutande av ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget och artikel 53.3 i Avtal om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet), under förutsättning att ett villkor uppfylldes, som i huvudsak syftade till att ge nya aktörer möjlighet att få samma transporttjänster av de anmälade parterna, som dessa åtagit sig att erbjuda ENS. Samtidigt uppmanade kommissionen berörd tredje man att framföra synpunkter till kommissionen inom trettio dagar från och med offentliggörandet av meddelandet. Några synpunkter inkom dock inte.

Det omtvistade beslutet

- 18 Den 21 september 1994 antog kommissionen beslut 94/663/EG om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/34.600 — Night Services) (EGT L 259, s. 20, nedan kallat beslutet eller det omtvistade

beslutet). Detta beslut är baserat på förordning nr 1017/68, och särskilt artikel 5 i denna, enligt vilken förbudet mot konkurrensbegränsande åtgärder, som i artikel 2 i nämnda förordning uttrycks i nästan identiska ordalag som i artikel 85.1 i fördraget, med retroaktiv verkan kan förklaras inte tillämpligt på vissa avtal mellan företag.

- 19 Beslutet gör åtskillnad mellan följande två relevanta tjänstemarknader: en transportmarknad för affärsresenärer, för vilka reguljär flygtransport, transport med höghastighetståg och de järnvägstjänster som ENS erbjuder utgör utbytbara transportformer (punkt 26), och en transportmarknad för personer som reser på fritiden, för vilka de utbytbara tjänsterna kan vara flyg i ekonomiklass, tåg, buss och eventuellt personbil (punkt 27).

- 20 I motsats till vad de anmälade parterna gjort gällande, ansåg kommissionen att den geografiska marknaden inte omfattade hela Förenade kungariket, Frankrike, Tyskland och Benelux-länderna, utan att den skall begränsas till de fyra linjer som faktiskt trafikerades av ENS, det vill säga London—Amsterdam, London—Frankfurt/Dortmund, Paris—Glasgow/Swansea, och Bryssel—Glasgow/Plymouth (punkt 29).

- 21 I beslutet hänvisas till kommissionens meddelande av den 16 februari 1993 om bedömningen av kooperativa samriskföretag enligt artikel 85 i EEG-fördraget (EGT C 43, s. 2, nedan kallat meddelandet från år 1993) och därefter anges att ENS är ett kooperativt samriskföretag (punkt 30—37). Det konstateras att de företag som grundade ENS inte har dragit sig tillbaka permanent från den relevanta marknaden och att de förfogar över de tekniska och ekonomiska resurser som krävs för att utan svårighet bilda en internationell sammanslutning i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 91/440, och erbjuda nattliga transporttjänster för passagerarbefordran. I beslutet klargörs att dessa företag förblir aktiva främst på den marknad som föregår ENS marknad, nämligen marknaden för nödvändiga järnvägstjänster som järnvägsföretagen säljer till "transportföretag", såsom ENS.

Samriskföretaget ENS utgör följaktligen ett avtal som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget, på samma sätt som de driftsavtal som slutits mellan ENS och grundarna, samt med SNCB.

- 22 I beslutet gjordes därefter gällande att avtalen om ENS skulle leda till konkurrensbegränsningar (punkt 38—53).
- 23 För det första skulle avtalen i fråga upphäva eller i betydande mån inskränka de möjligheter till konkurrens mellan grundarna som skapats genom artikel 10 i direktiv 91/440 (punkt 38—45). Enligt beslutet kunde de järnvägsföretag som redan fanns samt eventuella nya järnvägsföretag, inklusive dotterbolag till redan existerande företag, göra gällande den rätt till tillgång som denna bestämmelse ger, och medlemsstaterna skulle kunna anta mer liberala lagstiftningar vad gäller tillgång till infrastruktur. Det skulle kunna leda till att till exempel DB och NS skulle ha möjlighet att bilda en internationell sammanslutning med ett järnvägsföretag etablerat i Förenade kungariket för att driva internationella transporttjänster genom tunneln under Engelska kanalen. Likaså skulle ett av de järnvägsföretag som grundat ENS självt kunna utföra den verksamhet som ett "transportföretag" utför, eller skapa ett specialiserat dotterbolag i egenskap av "transportföretag", och på så sätt driva internationella transporttjänster genom att köpa de nödvändiga järnvägstjänsterna från de berörda företagen.
- 24 För det andra skulle bildandet av ENS riskera att hindra transportföretag som skulle kunna konkurrera med ENS från att få tillträde till marknaden, med tanke på den ekonomiska styrkan hos de företag som grundade ENS (punkt 46—48). ENS moderbolag skulle ha kvar en dominerande ställning vad gäller tillhandahållandet av järnvägstjänster i sina hemländer, i synnerhet vad beträffar specialiserade lokomotiv för tunneln under Engelska kanalen. Med hänsyn till den direkta tillgång som ENS har till dessa tjänster, och dess privilegierade relation med moderbolagen, skulle andra operatörer riskera att hamna i en konkurrensmässigt ogynnsam situation vad gäller anskaffandet av nödvändiga järnvägstjänster. Det fanns enligt kommissionen anledning att beakta att BR och SNCF förfogar över en

betydande del av de genomfarter som står till förfogande för internationella tåg genom tunneln under Engelska kanalen, enligt den överenskommelse som slutits med Eurotunnel.

- 25 Slutligen skulle dessa konkurrensbegränsningar förstärkas av att ENS ingår i ett nätverk av samriskföretag mellan grundarna. BR/EPS, SNCF, DB och NS deltog enligt kommissionen i varierande utsträckning i ett nätverk av samriskföretag för driften av transporttjänster för gods- och passagerarbefordran genom tunneln under Engelska kanalen. BR och SNCF deltog i bildandet av Allied Continental Intermodal Services Ltd (nedan kallat ACI) för kombinerad godstransport och BR deltog även tillsammans med SNCB i bildandet av "Autocare Europe" för järnvägstransport av personbilar (punkt 49—52).
- 26 Enligt beslutet uppfyller avtalen i fråga de villkor som uppställs i artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.1 i EES-avtalet (punkt 59—70), trots att de inte omfattas av undantaget i artikel 3 i förordning nr 1017/68 för tekniska avtal, eftersom de inte endast har till syfte och resultat att utnyttja tekniska förbättringar eller uppnå tekniskt samarbete i den mening som avses i denna bestämmelse (punkt 55—58). Bildandet av ENS skulle främja ekonomiskt framåtskridande genom att säkra konkurrensen mellan olika transportformer, och konsumenterna skulle direkt dra fördel av de nya tjänsterna. För övrigt skulle de konstaterade konkurrensbegränsningarna vara nödvändiga med hänsyn till att det rör sig om helt nya tjänster, som medför betydande ekonomiska risker som skulle vara svåra att klara för ett ensamt företag. Sedan ett villkor uppställts för att garantera förekomsten av konkurrenter till ENS på marknaden för järnvägstransport, ansågs bildandet av ENS inte medföra att all konkurrens på den relevanta marknaden omöjliggjordes.
- 27 Följaktligen förklarades i beslutet att bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget och artikel 53.1 i EES-avtalet under åtta år inte skulle vara tillämpliga på avtalen om ENS, det vill säga till och med den 31 december 2002 (artikel 1 i beslutet), och det beviljade undantaget förenades med villkoret (nedan kallat det föreskrivna villko-

ret) att "de järnvägsföretag som är parter till avtalen om ENS skall tillhandahålla, i den mån det finns behov därav, varje internationell sammanslutning av järnvägsföretag eller varje transportföretag som vill driva nattågstrafik för passagerarbefordran genom att använda tunneln under Engelska kanalen, de nödvändiga järnvägstjänster som dessa har förbundit sig att tillhandahålla ENS. Dessa tjänster avser tillhandahållandet av lokomotiv med personal och genomfarter på varje nationellt järnvägsnät samt i tunneln under Engelska kanalen. Järnvägsföretagen skall tillhandahålla dessa tjänster på sina järnvägsnät under samma tekniska och ekonomiska villkor som ENS har beviljats" (artikel 2 i beslutet).

Förfarandet

- 28 ENS och EPS har genom ansökningsen, som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 november 1994, väckt talan, som inskrivits under målnumren T-374/94 respektive T-375/94.
- 29 Union internationale des chemins de fer [Internationella järnvägsunionen] (nedan kallad UCI) har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 5 december 1994, väckt talan, som registrerades under målnumret T-384/94.
- 30 SNCF har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 december 1994, väckt talan, som registrerades under målnumret T-388/94.
- 31 Genom särskild handling, som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 februari 1995, gjorde kommissionen en invändning om rättegångshinder, grundad på artikel 114 i förstainstansrättens rättegångsregler. Sökanden yttrade sig över denna invändning den 20 mars 1995.

- 32 Den 28 juni 1995 beslutade förstainstansrätten (första avdelningen i utökad sammansättning) att låta beslutet rörande kommissionens invändning om rättegångshinder anstå till den slutliga domen och anmodade SNCF att besvara ett flertal skriftliga frågor och att inge vissa handlingar.
- 33 Genom beslut av den 9 augusti 1995 av ordföranden på förstainstansrättens första avdelning i utökad sammansättning avslogs en ansökan, som hade inkommit till förstainstansrättens kansli den 3 april 1995, från Union internationale des sociétés de transport combiné rail-route om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden i mål T-374/94, T-375/94 och T-384/94.
- 34 Genom beslut av den 9 augusti 1995 av ordföranden på förstainstansrättens första avdelning i utökad sammansättning bifölls en ansökan, som hade inkommit till förstainstansrättens kansli den 9 maj 1995, från SNCF om att få intervensera till stöd för de yrkanden som framförts av sökandena i mål T-374/94 och T-384/94.
- 35 Genom beslut av den 14 juli och den 10 augusti 1995 av ordföranden på förstainstansrättens första avdelning i utökad sammansättning gavs Förenade kungariket rätt att intervensera till stöd för de yrkanden som framförts av sökandena i mål T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94.
- 36 Genom förstainstansrättens beslut av den 2 oktober 1995 förordnades referenten att tjänstgöra på andra avdelningen i utökad sammansättning, och målet tilldelades följaktligen denna avdelning.
- 37 Genom beslut av den 8 november 1996 överlämnades målet till en avdelning bestående av tre domare.

- 38 Genom beslut av den 6 augusti 1997 av ordföranden på förstainstansrättens andra avdelning förenades mål T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94 med avseende på det muntliga förfarandet och domen.
- 39 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (andra avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta föregående åtgärder för bevisupptagning. Den beslutade emellertid att ställa vissa skriftliga frågor till parterna, som de besvarade inom den utsatta tiden.
- 40 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 22 oktober 1997.

Parternas yrkanden

- 41 I mål T-374/94 och T-375/94 har ENS och EPS yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet, och

— ålägga kommissionen att

- a) förklara att artikel 2 i förordning nr 1017/68 och artikel 85.1 i fördraget inte är tillämpliga, eller

b) bevilja ett undantag, utan det föreskrivna villkoret och för en giltighetstid som står i proportion till den tid som avses med de förpliktelser som järnvägsföretagen har åtagit sig, vad gäller finansieringen av rullande materiel,

c) i andra hand, bevilja ett undantag som är förenat med ett villkor som är nödvändigt och som står i proportion till de påstådda konkurrensbegränsningarna och för en giltighetstid som står i proportion till den tid som avses med de förpliktelser som järnvägsföretagen har åtagit sig vad gäller finansieringen av rullande materiel, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

42 SNCF, intervenient till stöd för sökandens yrkanden i mål T-374/94, har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet, och

— ålägga kommissionen att

a) förklara att artikel 2 i förordning nr 1017/68 och artikel 85.1 i fördraget inte är tillämpliga, eller

b) bevilja ett undantag, utan det föreskrivna villkoret och för en giltighetstid som står i proportion till den tid som avses med de förpliktelser som järnvägsföretagen har åtagit sig, vad gäller finansieringen av rullande materiel.

43 I mål T-374/94 och T-375/94 har kommissionen yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla respektive talan,
- underkänna de argument som framförts av SNCF, och
- förplikta sökandena och intervenienten att ersätta rättegångskostnaderna.

44 I mål T-384/94 har UIC och NS yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det omtvistade beslutet i dess helhet,
- i andra hand, ogiltigförklara artikel 2 samt artikel 1 i beslutet, i den utsträckning som undantaget begränsas till en giltighetstid som understiger 20 år,
- vidta de övriga åtgärder som förstainstansrätten finner lämpliga, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

45 SNCF, intervenient till stöd för sökandenas yrkanden, har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det omtvistade beslutet i sin helhet,

- i andra hand, ogiltigförklara artikel 2 samt artikel 1 i beslutet, i den utsträckning som undantaget begränsas till en giltighetstid som understiger 20 år,
- vidta de övriga åtgärder som förstainstansrätten finner lämpliga, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

46 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- förklara att den talan som väckts av UIC inte kan tas upp till sakprövning, och att den i vilket fall som helst är ogrundad,
- ogilla den talan som väckts av NS,
- underkänna de argument som framförts av intervenienten, och
- förplikta sökandena och intervenienten att ersätta rättegångskostnaderna.

47 I mål T-388/94 har SNCF yrkat att förstainstansrätten skall

- i första hand, ogiltigförklara det omtvistade beslutet,
- i andra hand, ogiltigförklara artikel 2 i beslutet, eftersom det föreskrivna villkoret är oberättigat, samt artikel 1 i beslutet, eftersom kommissionen har beviljat ett undantag vars giltighetstid understiger 20 år,

— vidta de övriga åtgärder som förstainstansrätten finner lämpliga, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

48 I sitt yttrande rörande kommissionens invändning om rättegångshinder, har SNCF yrkat att förstainstansrätten skall

— förklara att talan kan tas upp till sakprövning, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

49 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan eller, i andra hand, ogilla den, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

50 Förenade kungariket, intervenient till stöd för sökandenas yrkanden i mål T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

Upptagande till sakprövning

1. *Upptagande till sakprövning av talan i mål T-374/94 och T-375/94*

Parternas argument

- 51 Kommissionen anser att respektive talan inte kan tas upp till sakprövning i den mån som sökandena, ENS och EPS, yrkar att förstainstansrätten skall ålägga kommissionen att a) förklara att artikel 2 i förordning 1017/68 och artikel 85.1 i fördraget inte är tillämpliga, b) bevilja ett undantag utan det villkor som föreskrivits av kommissionen och för en giltighetstid som står i proportion till den tid som avses med de förpliktelser som järnvägsföretagen har åtagit sig vad gäller finansieringen av rullande materiel, c) i andra hand, bevilja ett undantag som är förenat med ett villkor som är nödvändigt och som står i proportion till de påstådda konkurrensbegränsningarna och för en giltighetstid som står i proportion till den tid som avses med de förpliktelser som järnvägsföretagen har åtagit sig vad gäller finansieringen av rullande materiel. Enligt fast rättspraxis är gemenskapsdomstolen inom ramen för en talan om ogiltigförklaring baserad på artikel 173 i fördraget inte behörig att rikta ålägganden mot gemenskapens institutioner (se senast förstainstansrättens dom av den 24 januari 1995 i mål T-74/92, *Ladbroke mot kommissionen*, REG 1995, s. II-115, punkt 75).
- 52 Sökandena, ENS och EPS, har genmält att kommissionen inte har bestritt att deras talan, till den del de begär att beslutet skall ogiltigförklaras, kan tas upp till sakprövning eller att förstainstansrätten har möjlighet att ogiltigförklara en viss del av beslutet, nämligen det villkor som föreskrivs i artikel 2 i beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 53 Förstainstansrätten erinrar om att det enligt fast rättspraxis inte ankommer på gemenskapsdomstolarna att inom ramen för den laglighetskontroll som de utövar rikta förelägganden till institutionerna eller träda i deras ställe. Det ankommer

nämligen på den berörda administrationen att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa en dom som har meddelats inom ramen för en talan om ogiltigförklaring. De av sökandenas yrkanden som redogjorts för ovan i punkt 41 a, b och c skall således avvisas (förstainstansrättens dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen, REG 1998, s. II-1, punkt 200). Talan i mål T-374/94 respektive T-375/94 kan således endast tas upp till sakprövning i den mån som den syftar till att få det omtvistade beslutet ogiltigförklarat i dess helhet (se ovan punkt 41).

2. *Upptagande till sakprövning av talan i mål T-384/94*

Parternas argument

- 54 Sökandena, UIC och NS, har uppgett att UIC är en internationell sammanslutning av järnvägsföretag, som alla stora järnvägsföretag etablerade i medlemsstaterna i Europeiska gemenskapen är medlemmar i och vars ändamål är att främja samarbetet mellan dessa medlemmar samt slutföra utvecklingsarbetet inom järnvägstransportsektorn i Europa, genom att stärka driftskompatibiliteten i avsikt att öka konkurrenskraften. Enligt artikel 2 i dess stadgar skall UIC verka genom att utarbeta regler och riktlinjer och genom att agera vid andra organ för att företräda och försvara sina medlemmars gemensamma intressen. De järnvägsföretag som är etablerade i gemenskapen företräds dessutom av en särskild grupp som kallas "Gemenskapen för Europeiska järnvägar" (Communauté des chemins de fer européens, nedan kallad CCE).
- 55 Sökandena har hävdatt att, fastän beslutet inte är riktat till UIC, är UIC dock direkt och personligen berört av beslutet i den mening som avses i artikel 173 i fördraget, eftersom det direkt påverkar intressen som rör de av dess medlemmar som är etablerade i gemenskapen, vilka företräds av CCE, och även UIC:s egna intressen.

- 56 Vad gäller de intressen som rör de av UIC:s medlemmar som är etablerade i gemenskapen, har sökandena gjort gällande att det omtvistade beslutet är sådant att det kan avskräcka andra nydanande initiativ för samarbete mellan järnvägsföretag på området för internationell passagerarbefordran och tillagt att UIC:s talan skall kunna tas upp till prövning i likhet med talan som väckts av de av dess medlemmar som är etablerade i gemenskapen, vare sig beslutet riktar sig till dem eller inte.
- 57 Vad beträffar UIC:s eget intresse av att väcka talan, har sökandena hävdad att UIC är direkt och personligen berört av beslutet, eftersom det äventyrar förverkligandet av ett av dess huvudsakliga ändamål enligt stadgarna, nämligen stärkandet av det internationella järnvägsnätets konkurrenskraft. De har tillagt att, även om UIC inte har deltagit i det administrativa förfarande som lett fram till antagandet av det omtvistade beslutet (förstainstansrättens dom av den 27 april 1995 i mål T-442/93, AAC m. fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-1329), står det ändå klart att en av dess interna grupper, CCE, faktiskt har deltagit i de förberedande sammanträdena inför antagandet av direktiv 91/440.
- 58 Kommissionen har gjort gällande att UIC inte berörs direkt eller personligen av det omtvistade beslutet och har hävdad att förstainstansrätten inte kan undvika att uttala sig om UIC:s talerätt. Den rättspraxis enligt vilken, för det fall att en och samma talan har väckts av flera sökanden, det räcker att en av dem har talerätt för att talan i sin helhet skall anses kunna tas upp till sakprövning, leder enligt kommissionen nämligen till svårigheter beträffande [fördelningen av] rättegångskostnaderna samt vad gäller den berörda partens rätt att senare inge ett överklagande.
- 59 Kommissionen har tillagt att enligt rättspraxis anses inte en organisation, som företrädare för en grupp företagare, personligen berörd av en rättsakt som påverkar denna grups allmänna intressen (domstolens dom av den 14 december 1962 i mål 16/62 och mål 17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes m. fl. mot rådet, REG 1962, s. 901, svensk specialutgåva, volym 1, s. 145), och av den 18 mars 1975 i mål 72/74, Union syndicale m. fl. mot rådet, REG 1975, s. 401, samt domstolens beslut av den 11 juli 1979 i mål 60/79, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays mot kommissionen, REG 1979, s. 2429).

- 60 Kommissionen har hävdat att UIC inte har deltagit i det administrativa förfarande som föregick antagandet av det omtvistade beslutet och inte heller har ingett något yttrande efter offentliggörandet av kommissionens meddelande den 29 maj 1993 och den 4 juni 1994 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. UIC skulle därför varken ha något intresse av att eller rätt att väcka denna talan (domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen, REG 1977, s. 1875, svensk specialutgåva, volym 3, s. 431, av den 11 oktober 1983 i mål 210/81, Demo-Studio Schmidt, REG 1983, s. 3045, och förstainstansrättens dom av den 24 januari 1995 i mål T-114/92, BEMIM mot kommissionen, REG 1995, s. II-147). Den roll som CCE har spelat inom ramen för antagandet av direktiv 91/440 medför enligt kommissionen inte att UIC kan urskiljas med hänsyn till det omtvistade beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 61 Förstainstansrätten noterar att NS talerätt i egenskap av adressat för det omtvistade beslutet inte har bestridits. Eftersom det är fråga om en och samma talan saknas anledning att pröva om UIC har talerätt (domstolens dom av den 24 mars 1993 i mål C-313/90, CIRFS m. fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1125, punkt 31, svensk specialutgåva, volym 14, och förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1996 i mål T-266/94, Skibsværftsforeningen m. fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1399, punkt 51).

3. Upptagande till sakprövning av talan i mål T-388/94

Parternas argument

- 62 Kommissionen har förklarat att det omtvistade beslutet delgavs sökanden vid dess huvudkontor genom ett brev daterat den 22 september 1994, som mottogs den 29 september samt att den har ett mottagningsbevis som bär SNCF:s stämpel och som anger detta datum. I enlighet med domstolens dom av den 26 november 1985 i mål 42/85, Cockerill-Sambre mot kommissionen (REG 1985, s. 3749, punkt 11), uppfyller delgivning vid ett företags huvudkontor kraven på rättssäker-

het och möjliggör för företaget i fråga att ta del av den delgivna handlingen, oberoende av huruvida den person som är behörig i frågan enligt de interna reglerna i det företag som beslutet är adresserat till faktiskt har tagit del av detta.

- 63 Enligt artikel 102 i förstainstansrättens rättegångsregler börjar den frist som gäller för att väcka talan mot en av en institution utfärdad rättsakt att löpa dagen efter den dag då delgivning skett. Fristen uppgick i detta fall till totalt två månader, plus sex dagar med hänsyn till avstånd (artikel 102.2 i förstainstansrättens rättegångsregler och artikel 1 i bilaga II till domstolens rättegångsregler). Med hänsyn till detta utgjorde den 6 december 1994 sista dag för SNCF att väcka talan mot det omtvistade beslutet. Eftersom talan väcktes den 13 december 1994 har den väckts för sent och kan därför inte tas upp till prövning (domstolens dom av den 5 juni 1980 i mål 108/79, Belfiore mot kommissionen, REG 1980, s. 1769, av den 12 juli 1984 i mål 209/83, Ferriera Valsabbia mot kommissionen, REG 1984, s. 3089, punkt 14, samt domen i det ovannämnda målet Cockerill-Sambre mot kommissionen, punkt 10).
- 64 Kommissionen har förkastat sökandens argument att beslutet överlämnats till en anställd som inte var bemyndigad att mottaga post, varför det inte är detta mottagningsbevis som skall beaktas vid beräkningen av fristen för väckande av talan, utan det andra mottagningsbevis som fanns i kuvertet till beslutet och som under-tecknades den 7 oktober 1994 av en person som var behörig i detta avseende. Kommissionen har understrukt att enligt förstainstansrättens dom av den 29 maj 1991 i mål T-12/90, Bayer mot kommissionen (REG 1991, s. II-219, punkt 20), utgör det andra mottagningsbevis som finns i kuvertet till delgivningen av beslutet aldrig en andra delgivning som är skild från den som skett via post, med tanke på att det korrekta sättet för delgivning alltid är att skicka ett rekommenderat brev med mottagningsbevis, eftersom detta gör det möjligt att med säkerhet fastställa den dag då fristen börjar löpa. Att skicka ett andra mottagningsbevis syftar endast till att göra det möjligt att förvissa sig om vilket datum som det berörda företaget har tagit del av det delgivna beslutet, för det fall att postverkets administration skulle visa sig bristfällig och mottagningsbeviset inte skulle returneras. Säkerhetsåtgärden att skicka ett andra mottagningsbevis syftar alltså inte till att kompensera för sådana eventuella brister hos postverket, som består i att detta av misstag överlämnar brevet till en person som är anställd hos adressaten men som inte är behörig att motta rekommenderad post, utan för att kompensera för bristfälligheter som består i att postverket underlåter att skicka tillbaka mottagningsbeviset till

kommissionen. Det framgår dessutom av fransk rätt att om mottagningsbeviset undertecknas av en företrädare för den juridiska person som är adressat, som inte har befogenhet att motta rekommenderad post, medför det inte att den delgivning som skett genom det rekommenderade brevet med mottagningsbevis anses ogiltig.

- 65 Vad beträffar SNCF:s argument att åberopa force majeure och oförutsedda händelser, har kommissionen gjort gällande att enligt domstolens rättspraxis utgör problem rörande vidarebefordran inom det företag som är adressat inte en oförutsedd händelse eller force majeure (domen i det ovannämnda målet Cockerill-Sambre mot kommissionen, punkt 12), särskilt när bristfälligheten beror på fel som begåtts av anställda hos det företag som är sökande (domstolens dom av den 15 december 1994 i mål C-195/91 P, Bayer mot kommissionen, REG 1994, s. I-5619, punkt 33).
- 66 Vad slutligen gäller SNCF:s argument att det föreligger ett ursäktligt misstag, har kommissionen hävdad att begreppet ursäktligt misstag endast avser särskilda omständigheter där, till exempel, den aktuella myndigheten betett sig på ett sätt som varit ägnat att skapa ursäktlig förvirring hos en enskild i god tro som har visat all den aktsamhet som kan förväntas av en normalt vaksam aktör (förstainstansrätts dom av den 15 mars 1995 i mål T-514/93, Cobrecaf m. fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-621, punkt 40). I förevarande mål beror det begångna misstaget på en annan persons beteende, och inte på kommissionens.
- 67 SNCF har bestridit att delgivningen var giltig och har i andra hand gjort gällande att även om delgivningen var giltig utgör omständigheterna vid mottagandet av det delgivna beslutet force majeure, en oförutsedd händelse eller ett ursäktligt misstag.
- 68 Vad beträffar delgivningens ogiltighet har SNCF hävdad att enligt artikel L 9 i den franska lagen om post och telekommunikation skall ett rekommenderat brev överlämnas personligen till adressaten eller till dennes "fondé de pouvoir" (befullmäktigade). Därav följer att det mottagningsbevis som intygar att SNCF mottagit det

delgivna beslutet är ogiltigt. Det hade inte undertecknats av en av de personer som SNCF särskilt hade gett fullmakt att underteckna sådana mottagningsbevis. Posttjänstemannen hade godtagit att mottagningsbeviset undertecknades av en person som inte hade getts befogenhet för det ändamålet. Slutligen hade mottagningsbeviset skickats till kommissionen av det franska postverket i strid med dess skyldighet att kontrollera att underskriften av den person som faktiskt undertecknat mottagningsbeviset överensstämde med underskriften av den person som hade befogenhet att göra det.

- 69 SNCF har hävdat att enligt rättspraxis utgör det en avgörande omständighet för om delgivningen skall anses vara giltig eller ej, att mottagningsbeviset har undertecknats av en person som har getts befogenhet att göra detta och som är placerad på postavdelningen på det företag som är adressat (förstainstansrättens dom av den 29 maj 1991 i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkterna 4 och 20; generaladvokat Darmons förslag till avgörande i ovannämnda mål Cockerill-Sambre mot kommissionen, s. 3750), vilket för övrigt kommissionen själv skall ha medgett i det mål som gav upphov till det ovannämnda målet Valsabia mot kommissionen.
- 70 Enligt SNCF följer därav att det är det vanliga mottagningsbeviset, som kommissionen bifogade till det delgivna beslutet för att den med säkerhet skulle få kännedom om det datum då det berörda företaget tog del av detta beslut, och som syftar till att kompensera postverkets bristfälligheter (förstainstansrättens dom av den 29 maj 1991 i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen), som skall beaktas i förevarande mål. De bristfälligheter som avses i rättspraxis rör inte bara det fallet att postverket underlåter att skicka tillbaka mottagningsbeviset till kommissionen, utan även fallet att postverket självt anger datum på detta mottagningsbevis utan att ha erhållit någon underskrift av en företrädare som har befullmäktigats härtill av det företag som är adressat, vilket skulle innebära att ett misstag av postverket i samband med uppdraget att överlämna rekommenderade brev leder till att den information som har anbringats inte skall beaktas (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål 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 och T-112/89, BASF m. fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-729, punkt 54—60). Under sådana omständigheter skall mottagningsdatumet och följaktligen delgivningsdatumet vara den 7 oktober 1994, vilket anges på det andra mottagningsbeviset.

- 71 SNCF har i andra hand hävdats att, även om det skulle anses att talan har väckts för sent, beror denna försening på oförutsedda händelser eller force majeure, eftersom mottagningsbeviset undertecknades av en därtill icke behörig person helt oberoende av SNCF:s vilja, och att SNCF å sin sida har visat nödvändig aktsamhet i samband med mottagandet av de rekommenderade breven. SNCF understryker i det avseendet att posttjänstemannen som levererade det delgivna beslutet den 29 september 1994 med säkerhet visste att den person som mottog det inte hade getts befogenhet, och tillägger att franska domstolar anser att överlämnandet av brev till en person utan befogenhet därtill utgör ett allvarligt misstag av postverket som kan medföra ansvar för administrationen.
- 72 Även om omständigheterna vid delgivningen av det omtvistade beslutet inte skulle utgöra ett fall av force majeure, anser SNCF att de åtminstone gett upphov till ett ursäktligt misstag. I detta avseende har SNCF upprepat argumenten angående postverkets åsidosättande av dess klara anvisningar i fråga om mottagande av rekommenderade brev och har hävdats att, med tanke på det sätt som postverket i allmänhet fullgör sina skyldigheter, utgör deras försummelse i det här fallet ett enstaka undantagsfall. Enligt SNCF föreligger det ett ursäktligt misstag när postverket har gjort sig skyldigt till en exceptionell bristfällighet som skapat förvirring i det företag som beslutet var adresserat till, eftersom begreppet ursäktligt misstag inte är begränsat till att endast omfatta fall där kommissionen har skapat en sådan förvirring (domstolens dom av den 15 december 1994 i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 26).
- 73 Dessutom har SNCF kritiserat kommissionen för att ha antagit ett mindre omsorgsfullt tillvägagångssätt vad gäller delgivning av beslut och anser att SNCF:s misstag i det här fallet delvis har orsakats av detta tillvägagångssätt. Då det rör sig om post som inte alls är av samma vikt (information om ingivandet av ett klagomål, uppmaning att lämna synpunkter) är kommissionen nog med att ange mottagarens namn, medan ett slutligt beslut rörande tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget, som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring, som i det här fallet, har avsänts utan upplysning om namnet på den avsedde mottagaren.

- 74 Slutligen har SNCF åberopat att kommissionens tillvägagångssätt är vilseledande och kan ge upphov till missförstånd, genom att kommissionen bifogar det riktiga mottagningsbeviset till beslutet som delges företagen, utan att rikta adressatens uppmärksamhet på det faktum att ett beslut anses som delgivet när adressaten har mottagit det rekommenderade brevet och undertecknat mottagningsbeviset.

Förstainstansrättens bedömning

- 75 Inledningsvis erinrar förstainstansrätten om att det råder enighet om att fristen för att väcka talan i förevarande mål var två månader och sex dagar enligt artikel 173 tredje stycket i fördraget jämförd med artikel 102.2 i förstainstansrättens rättegångsregler och artikel 1 i bilaga II till domstolens rättegångsregler, som nämnda artikel 102.2 hänvisar till.
- 76 Förstainstansrätten noterar att enligt fast rättspraxis svarar den strikta tillämpningen av gemenskapsreglerna om processfrister mot kravet på rättssäkerhet och kravet på att ingen form av diskriminering eller godtycklig behandling får förekomma inom rättskipningen. Det är även fast rättspraxis att en delgivning som skett vid det berörda företags huvudkontor inte på något sätt är beroende av att den person som enligt de interna reglerna hos det företag som beslutet är adresserat till är behörig att göra detta faktiskt har tagit del av den delgivna handlingen, och att ett beslut har delgetts på ett korrekt sätt när det har meddelats adressaten och denne är i stånd att ta del av det (domen i det ovannämnda målet Cockerill-Sambre mot kommissionen, punkt 10 och domen i det ovannämnda målet BASF m. fl. mot kommissionen, punkterna 58 och 59).
- 77 Följaktligen skall det undersökas huruvida SNCF har delgetts det omtvistade beslutet på ett korrekt sätt, i enlighet med de regler som är tillämpliga på utdelning av post i Frankrike, det vill säga att beslutet har överlämnats till en anställd hos SNCF som har befogenhet att mottaga denna post (domen i det ovannämnda målet BASF m. fl. mot kommissionen, punkt 60).

78 I det avseendet skall det noteras att det av handlingarna i målet och SNCF:s svar på förstainstansrättens skriftliga frågor framgår att det franska postverket, trots att det hade giltiga fullmakter från SNCF där mottagandet av post adresserat till dess olika avdelningar och anställda delegerades till vissa befullmäktigade personer, inte överlämnade det omtvistade beslutet till en av dessa personer, utan till en annan person som inte hade befogenhet att ta emot post. Som sökanden har understrukt, utan att kommissionen har bestridit det, får franska posttjänstemän enligt de regler om utdelning av post som är tillämpliga i Frankrike inte dela ut rekommenderad post till andra än namngivna personer eller, vid deras frånvaro, till befullmäktigade personer, det vill säga personer försedda med en giltig fullmakt.

79 Härav följer att eftersom det omtvistade beslutet i strid med ovannämnda regler har överlämnats till en anställd hos sökanden som inte är behörig att motta post, skall detta beslut anses inte ha delgetts SNCF på ett korrekt sätt, varför fristen för väckande av talan började att löpa först då det andra mottagningsbeviset mottogs och undertecknades, det vill säga den 7 oktober 1994, och inte då det första mottagningsbeviset undertecknades, den 29 september 1994. Förstainstansrätten anser att domen i det ovannämnda målet Cockerill-Sambre mot kommissionen, som har åberopats av kommissionen till stöd för invändningen att talan väckts för sent, inte är relevant i förevarande mål, eftersom det målet inte rörde frågan huruvida postverket hade gjort en korrekt delgivning av ett kommissionsbeslut med en ansvarig person med befogenhet att motta sådan post i det företag som beslutet är adresserat till. Det målet rörde istället möjligheten för det företag som beslutet är adresserat till att, efter det att delgivning skett på ett korrekt sätt vid dess huvudkontor, kunna motivera att talan om ogiltigförklaring skett för sent genom att åberopa sina interna regler angående vilka personer som är behöriga att faktiskt ta del av post som adresserats till företaget (se punkt 10 i domen i det ovannämnda målet Cockerill-Sambre mot kommissionen). Det var likadant i domstolens dom av den 15 december 1994 i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, där det inte bestreds att postverket på ett korrekt sätt hade delgett en "befullmäktigad" på Bayers postavdelning det omtvistade beslutet. Även i detta mål rörde det sig endast om huruvida Bayer, trots att delgivningen av kommissionens beslut hade skett på ett korrekt sätt vid Bayers huvudkontor, likväl kunde stödja sig på felaktigheter begångna av dess interna avdelningar för att motivera att talan om ogiltigförklaring hade väckts efter fristen (punkterna 2 och 20 i domen). Som nyss påpekats är det delgivningens korrekthet i sig som är ifrågasatt i förevarande mål, det vill säga hur postverket har förfarit (den yttre aspekten av delgivningen) och inte hur SNCF:s interna avdelningar har förfarit (den inre aspekten av delgivningen).

- 80 Följaktligen kan talan tas upp till sakprövning, eftersom den har väckts inom den föreskrivna fristen.

Prövning i sak

- 81 Enligt sökandenas grunder och argument skall det omtvistade beslutet ogiltigförklaras i huvudsak på grund av fyra skäl. För det första är i förevarande mål inget av rekvisiten för de överträdelser som avses i artikel 85.1 i fördraget uppfyllda, eftersom avtalen om ENS inte kan begränsa konkurrensen, vilket medför att beslutet bygger på en oriktig och ofullständig bedömning av omständigheterna samt på en uppenbart felaktig rättstillämpning och brist på motivering. För det andra har kommissionen överträtt gränserna för den ram av regler som utstakats i direktiv 91/440. För det tredje har kommissionen underkastat det beviljade undantaget villkor som är oproportionerliga, och för det fjärde är giltighetstiden för det beviljade undantaget alltför kort (åtta år). Slutligen har SNCF hävdad i mål T-384/94 att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras på grund av att kommissionen har ansett att avtalen om ENS inte omfattas av undantaget för tekniska avtal i artikel 3 i förordning nr 1017/68.

1. Den första grunden: Oriktig och ofullständig bedömning av omständigheterna samt uppenbart felaktig rättstillämpning och/eller åsidosättande av skyldigheten att i behörig ordning motivera det omtvistade beslutet eftersom kommissionen har beslutat att bildandet av ENS hade till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen

- 82 Denna grund består av två delar. Den första delgrunden baseras på att definitionen av den relevanta marknaden är felaktig och att avtalen om ENS saknar märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna, och den andra delgrunden baseras på att nämnda avtal inte har någon konkurrensbegränsande inverkan.

Den första delgrunden: Definitionen av den relevanta marknaden; huruvida avtalen om ENS saknar märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna

Parternas argument

- 83 Sökandena har erinrat om att kommissionen i beslutet har definierat den relevanta marknaden som marknaden för transport av affärsmän och marknaden för transport av turister på varje linje som ENS trafikerar. De har gjort gällande att enligt de prognoser för efterfrågan för år 1995 som fanns med i anmälan (tabell 17, s. 26 i anmälan) skulle ENS tjänster inte komma att täcka mer än 4 procent av dessa marknader (nämligen 2,4 procent av marknaden för affärsresor och 5 procent av marknaden för fritidsresor). Mot bakgrund av kommissionens meddelande av den 3 september 1986 om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT 1986, C 231, s. 2) utgör dessa marknadsandelar en obetydlig andel. Även om man undersöker varje linje separat, framgår det av tabell 17 i anmälan att de enda av ENS marknadsandelar som troligen kommer att överstiga 4 procent är 6 respektive 7 procent av fritidsresorna på linjerna London—Amsterdam och London—Frankfurt/Dortmund. Vad beträffar kommissionens påstående att en marknadsandel på 5 procent motiverar att det berörda företaget skall anses ha tillräcklig betydelse för att dess uppträdande i princip skall kunna påverka handeln mellan medlemsstater, har sökandena hänvisat till förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen (REG 1995, s. II-1533), och av den 8 juni 1995 i mål T-9/93, Schöller mot kommissionen (REG 1995, s. II-1611), där det framgår att en marknadsandel på 5 procent i sig inte räcker för att slutsatsen att det föreligger en märkbar begränsning av konkurrensen skall kunna dras. Det underströks dessutom i anmälan att ENS marknadsandel kommer att förbli stabil eller till och med minska, därför att marknaden kommer att växa fortare än ENS förmåga att öka frekvensen av sina tjänster (anmälan, s. 27, punkt II.4. c.6). Marknaden i fråga för de två ovannämnda tjänsterna (affärsresor och fritidsresor) är följaktligen mycket omfattande, och enligt sökandena är det uppenbart att ENS inte skulle ha förmåga att påverka tjänsternas priser, kvalitet eller tillgänglighet, eller att utestänga eller försvaga konkurrensen.

- 84 Vad beträffar påståendet i kommissionens svaromål att ENS marknadsandel på affärsresedelen skall beräknas i förhållande till antalet avgångar tidig morgon och sen kväll istället för i förhållande till alla avgångar som finns tillgängliga 24 timmar om dygnet på en viss linje, har sökandena hävdad att det utgör en omdefinition av den relevanta marknaden som inte stöds av något bevis.
- 85 Kommissionen har hävdad att ENS marknadsandel inte skall beräknas i förhållande till en allmän marknad för transporter mellan Förenade kungariket och Frankrike, Tyskland respektive Beneluxländerna, vilket sökandena föreslår i sin anmälan, en geografisk marknad där ENS endast skulle ha en andel på 2,4 procent av affärsresorna och 5 procent av turistresorna, med en andel av den totala marknaden på ungefär 4 procent. Enligt kommissionen är den relevanta marknaden begränsad till de linjer som ENS faktiskt trafikerar, nämligen följande: London—Amsterdam, London—Frankfurt, Paris—Glasgow/Swansea, Bryssel—Glasgow/Plymouth (punkt 29 i beslutet). Enligt denna definition skulle ENS ha en marknadsandel på åtminstone 7 procent av affärsresedelen och 8 procent av turistresedelen, enligt de siffror som parterna till avtalen om ENS har tillhandahållit i anmälan.
- 86 Enligt rättspraxis motiverar en marknadsandel på 5 procent att det berörda företaget skall anses som tillräckligt stort för att dess uppträdande i princip skall kunna påverka handeln mellan medlemsstater (domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen, REG 1978, s. 131, av den 7 juni 1983 i mål 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, Musique Diffusion Française m. fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, svensk specialutgåva, volym 7, och av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, svensk specialutgåva, volym 7). Samma regel gäller för konkurrensbegränsningar som kan följa av ett avtal mellan företag. I det avseendet har kommissionen hävdad att, i motsats till vad sökandena gjort gällande, följer det inte av domarna i ovan nämnda mål Langnese-Iglo mot kommissionen och Schöller mot kommissionen, att en marknadsandel som överstiger 5 procent i sig är otillräcklig för att slutsatsen att det finns en avsevärd begränsning av konkurrensen skall kunna dras.

- 87 Enligt kommissionen är ENS marknadsandel på affärsresedelen av marknaden i fråga mycket mer betydande. Det framgår av undersökningen av marknaden som fanns i anmälan att ENS andel på denna del av marknaden endast skall beräknas i förhållande till antalet avgångar tidig morgon och sen kväll istället för i förhållande till alla avgångar som finns tillgängliga 24 timmar om dygnet på en viss linje. Dessutom har kommissionen betonat att prognosen för marknadsandelen endast avser år 1995, det vill säga det första planerade året för driften av ENS tjänster. Med hänsyn till den faktiska styrkan hos de berörda järnvägsföretagen på de relevanta marknaderna och deras nuvarande och potentiella kunder, är det troligt att denna marknadsandel kommer att öka. Följaktligen är det enligt kommissionen befogat att anse att avtalen om ENS utesluter eller hindrar möjligheterna till konkurrens på ett märkbart sätt.
- 88 Intervenienten Förenade kungariket har hävdat att kommissionens definition av marknaderna i fråga är snäv på ett konstlat sätt. För det första skall den geografiska marknaden täcka hela Förenade kungariket, Frankrike, Belgien, Nederländerna, Luxemburg och Tyskland. För det andra beaktades den omständigheten att de relevanta marknaderna omfattar andra transportformer endast i den del av beslutet som rörde beviljandet av ett undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget. Slutligen har Förenade kungariket hävdat att om parterna till ett avtal har en marknadsandel som understiger 10 procent, har dessa i allmänhet ingen makt över marknaden, oberoende av storleken på deras omsättning. Under detta tröskelvärde krävs det alltså särskilda omständigheter för att avtalets konkurrenshämmande syfte eller resultat skall vara tillräckligt skadligt eller märkbart.
- 89 Kommissionen har angett att Förenade kungarikets påstående, att bara en marknadsandel på 10 procent kan motivera tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget, inte har något stöd i rättspraxis.

Förstainstansrättens bedömning

- 90 Det skall inledningsvis anges att för att bedöma inverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna av avtalen om ENS har kommissionen i det

omtvistade beslutet definierat två relevanta tjänstemarknader, i föreliggande fall en transportmarknad för affärsresenärer, för vilka reguljär flygtransport och transport med höghastighetståg utgör utbytbara transportformer ("intermodal" marknad för affärsresor) samt en transportmarknad för personer som reser på fritiden, för vilka de utbytbara tjänsterna består av flyg i ekonomiklass, tåg, buss och eventuellt personbil ("intermodal" marknad för fritidsresor) (se punkterna 26 och 27 i beslutet).

- 91 Kommissionen har för övrigt, genom att hänvisa till domstolens dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10), angett att den relevanta geografiska marknaden skall begränsas till de linjer som faktiskt trafikeras av ENS (punkterna 28 och 29 i beslutet), nämligen följande linjer:

- London—Amsterdam,
- London—Frankfurt/Dortmund,
- Paris—Glasgow/Swansea
- Bryssel—Glasgow/Plymouth.

- 92 Denna definition av den geografiska marknaden har inte bestridits av sökandena. Av detta följer att avtalen om ENS endast skall bedömas på grundval av de ovan nämnda fyra olika geografiska marknaderna inom ramen för en enda intermodal marknad som omfattar olika transportformer, såsom tåg, flyg, buss och personbil. Det skall följaktligen på denna grundval undersökas om kommissionen korrekt har uppskattat ENS marknadsandelar för att komma fram till slutsatsen att avtalen om ENS hade en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, med tanke på

att dessa marknadsandelar enligt sökandenas anmälan inte överstiger det kritiska tröskelvärdet på 5 procent och i vilket fall som helst är obetydliga.

- 93 I det avseendet kan konstateras att det omtvistade beslutet inte innehåller någon uppgift om ENS marknadsandelar eller marknadsandelarna för andra operatörer, konkurrenter till ENS, som också är närvarande på de olika intermodala marknader som kommissionen ansett vara relevanta marknader vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget. Härav följer att om det antas att avtalen om ENS skulle vara konkurrensbegränsande, i motsats till vad sökandena har hävdad, står det ändå klart att, om det i det omtvistade beslutet saknas sådana faktorer vid bedömningen av den relevanta marknaden, kan förstainstansrätten inte avgöra frågan huruvida de presumerade konkurrensbegränsningarna har en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och följaktligen faller inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, särskilt med hänsyn till den intermodala konkurrens som enligt beslutet kännetecknar de två relevanta tjänstemarknaderna.
- 94 Det var först vid förfarandet vid förstainstansrätten som kommissionen för första gången hänvisade till parternas anmälan för att hävda att det av denna följer att "även på grundval av blygsamma prognoser — som av naturen är restriktiva — rörande ENS, som baseras på en mer inskränkt definition av marknaden, skulle Night Services marknadsandel vara 7 procent på affärsresedelen, medan marknadsandelen på turistresedelen [skulle] vara 8 procent". Dessutom var det först vid det skriftliga förfarandet som kommissionen för första gången gjorde gällande att ENS marknadsandel, vad gäller affärsresedelen, skall beräknas i förhållande till antalet avgångar tidig morgon och sen kväll, istället för i förhållande till alla avgångar som finns tillgängliga 24 timmar om dygnet på en viss linje, vilket skulle visa att ENS marknadsandel i verkligheten är mycket större.
- 95 Enligt fast rättspraxis är kommissionen inte skyldig att i motiveringen till de beslut som den ser sig nödsakad att fatta för att garantera tillämpningen av konkurrensreglerna omnämna alla de faktiska och rättsliga omständigheter samt de överväganden som lett den till att fatta ett sådant beslut. Det står dock klart att kommissio-

nen enligt artikel 190 i fördraget är skyldig att åtminstone nämna de omständigheter och de överväganden som har väsentlig betydelse för beslutets systematik, för att möjliggöra för gemenskapsdomstolarna och berörda parter att få kännedom om under vilka villkor kommissionen har tillämpat fördraget (domstolens dom av den 17 januari 1995 i mål C-360/92 P, Publishers Association mot kommissionen, REG 1995, s. I-23, punkt 39, förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen (REG 1997, s. II-2137, punkt 150, och av den 19 februari 1998 i mål T-369/94 och T-85/95, DIR International Film m. fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-357, punkt 117). Dessutom framgår det av rättspraxis att ett beslut utom i undantagsfall skall innehålla en motivering som skall finnas i själva beslutet och motiveringen kan inte för första gången och i efterhand formuleras i domstol (förstainstansrättens dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, REG 1992, s. II-1931, punkt 131, svensk specialutgåva, volym 13, av den 21 mars 1996 i mål T-230/94, Farrugia mot kommissionen, REG 1996, s. II-195, punkt 36, och av den 12 december 1996 i mål T-16/91 RV, Rendo m. fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1827, punkt 45).

- 96 Det följer av ovannämnda rättspraxis att, då ett beslut av kommissionen om tillämpning av artikel 85.1 i fördraget saknar viktiga uppgifter, till exempel om de berörda företagens marknadsandelar, kan kommissionen inte åtgärda detta genom att vid förstainstansrätten för första gången åberopa uppgifter och andra bedömningsgrunder som gör det möjligt att konstatera att rekvisiten för tillämpning av artikel 85.1 föreligger i förevarande mål, såvida det inte rör sig om bedömningsgrunder som inte har bestridits av någon part under det föregående administrativa förfarandet.
- 97 Det framgår av de beräkningar som sökandena tillhandahållit i anmälan att ENS marknadsandelar inte skulle överstiga 4 procent och att det endast är på grundval av en snäv definition av marknaden som dess andelar eventuellt skulle kunna nå upp till 7 procent av marknaden för affärsresor och 8 procent av marknaden för fritidsresor (se punkt 2.1.2 i sammanfattningen av anmälan), utan att för den skull ha en märkbar inverkan på konkurrensen. Av detta följer att sökandena och kommissionen inte har utgått från samma antagande vad beträffar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna av avtalen om ENS. Sökandena anser att avtalen i fråga inte har en märkbar inverkan på handeln inom gemenskapen, och följaktligen var kommissionen skyldig att ge en tillräcklig motivering beträffande karaktären av

den påtagliga inverkan som avtalen om ENS skulle ha på den mellanstatliga handeln.

- 98 Det skall tilläggas att även om det skulle antas att kommissionen kunde åberopa uppgifter och andra bedömningsgrunder som stödjer det berättigade i beslutet för första gången vid förstainstansrätten står det ändå klart att de slutsatser som kommissionen dragit av parternas anmälan (se ovan punkt 94) inte är korrekta. Det framgår nämligen av tabell 17 i anmälan (s. 26) att ENS marknadsandelar på affärsresedelen skulle ligga under 5 procent på alla de berörda linjerna, enligt följande:

— London—Amsterdam: 3 procent

— London—Frankfurt/Dortmund: 3 procent

— Paris—Glasgow/Swansea: 4 procent

— Bryssel—Glasgow/Plymouth: 1 procent

- 99 För fritidsresedelen framgår det av tabell 17 i parternas anmälan att på två av de fyra linjer som endast trafikeras av ENS skulle ENS marknadsandel överstiga 5 procent, dock utan att nå upp till tröskelvärdet på 8 procent som kommissionen gjort gällande, enligt följande:

— London—Amsterdam: 7 procent

— London—Frankfurt/Dortmund: 6 procent

— Paris—Glasgow/Swansea: 4 procent

— Bryssel—Glasgow/Plymouth: 4 procent

100 Det framgår av anmälan att ENS marknadsandelar på marknaden för fritidsresor skulle förbli stabila eller till och med minska, om det skedde en tillväxt på hela marknaden, med hänsyn till de begränsade möjligheterna att öka ENS kapacitet. Visserligen är kommissionen, som nyss erinrades, inte skyldig att omnämna varje faktisk eller rättslig omständighet som framkommit under det administrativa förfarandet som föregick antagandet av det omtvistade beslutet, men de anmälade parternas sistnämnda uppgift utgör ett väsentligt argument till stöd för att avtalen om ENS har en obetydlig inverkan på den mellanstatliga handeln. Det kan följaktligen inte anses att ENS marknadsandel på marknaden för affärsresor enligt anmälan var 8 procent, eller ens översteg 5 procent, vilket kommissionen har hävdad.

101 I det avseendet skall det påpekas att visserligen har sökandena i punkt 2.1.2 i sammanfattningen av anmälan och II.4. c.5.2.(d) i anmälan bland annat bekräftat att ENS marknadsandel eventuellt skulle kunna nå upp till 7 procent på affärsresedelen och till 8 procent på turistresedelen, men det skall understrykas att enligt sökandena skulle sådana andelar endast kunna uppnås inom ramen för en mer inskränkt definition av marknaden, baserad på linjer från "stad till stad" ("city to city flows") och genom att utesluta övrig konkurrens från personbilar och bussar. Parternas beräkningar hänför sig till genomsnittliga andelar av en total geografisk marknad och inte till de fyra linjer som faktiskt trafikeras av ENS och som kommissionen har fastställt är de olika relevanta geografiska marknaderna inom vilka avtalen om ENS skall bedömas. Härav följer att, eftersom de relevanta marknaderna i det omtvistade beslutet inte har definierats i förhållande till trafiken från "stad till stad", utan i förhållande till en trafik som omfattar flera destinationer (till exempel Paris till Glasgow och Swansea), och eftersom övrig konkurrens från personbilar eller bussar inte har uteslutits från definitionen av marknaden, och eftersom avtalen om ENS inverkan inte har bedömts på grundval av en total geografisk marknad, utan på grundval av de fyra linjer som ENS faktiskt trafikerar, kan kommissionen inte fastställa de ovannämnda marknadsandelarna till 7 respektive 8 procent.

102 I vilket fall som helst skall det påpekas att även om ENS andel av transportmarknaden för turister skulle överskrida 5 procent på vissa linjer och uppgå till 7 procent på linjen London—Amsterdam och till 6 procent på linjen

London—Frankfurt/Dortmund (se ovan punkt 94), kan enligt rättspraxis ett avtal undgå att träffas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget om avtalet, med hänsyn till de berörda parternas svaga ställning på den relevanta produkt- eller tjänstemarknaden, endast obetydligt påverkar marknaden (domstolens dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk, REG 1969, s. 295, punkt 7; svensk specialutgåva, volym 1, s. 409). Vad beträffar den kvantitativa aspekten av påverkan på marknaden, har kommissionen gjort gällande att, i enlighet med kommissionens ovannämnda meddelande om avtal av mindre betydelse, är artikel 85.1 tillämplig på ett avtal då avtalsparternas marknadsandel är 5 procent. Förstainstansrätten konstaterar dock att endast det faktum att detta tröskelvärde kan uppnås och till och med överskridas gör inte att det med säkerhet kan dras slutsatsen att ett avtal omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Det framgår till och med av ordalydelsen i punkt 3 i ovannämnda meddelande att "den kvantitativa definitionen av den märkbara karaktären som kommissionen har angett inte har ett absolut värde" och att "det är fullt möjligt att, i mål som det förevarande, avtal mellan företag som överstiger det angivna tröskelvärdet ... endast påverkar handeln mellan medlemsstaterna eller konkurrensen i obetydlig utsträckning, och följaktligen inte omfattas av bestämmelserna i artikel 85.1" (se även domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 98). För övrigt, och endast i vägledande syfte, skall det noteras att denna bedömning bekräftas av kommissionens meddelande från år 1997 om avtal av mindre betydelse (EGT 1997, C 372, s. 13) som har ersatt kommissionens ovannämnda meddelande av den 3 september 1986, enligt vilket även avtal som inte är av mindre betydelse kan undgå förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete om de har en enbart positiv inverkan på konkurrensen.

- 103 Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att då, som i förevarande fall, horisontella avtal mellan företag når upp till eller knappt överstiger det tröskelvärde på 5 procent som kommissionen själv anser utgör ett kritiskt tröskelvärde som kan motivera att artikel 85.1 i fördraget tillämpas, är kommissionen skyldig att ge en tillräcklig motivering av skälen för att den anser att sådana avtal faller under förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Så förhåller det sig av ännu starkare skäl då, som i förevarande fall, vilket även sökandena har angett i anmälan, ENS skall vara verksam på marknader som i stor utsträckning domineras av andra transportformer, såsom flyg, och då ENS marknadsandelar kan minska eller förbli stabila med tanke på att efterfrågan på de relevanta marknaderna kan öka och med hänsyn till de begränsade möjligheterna att öka ENS kapacitet, vilket sökandena även gjort

gällande. En sådan motivering är även nödvändig i förevarande mål eftersom, vilket domstolen fastslog i det ovannämnda målet *Musique Diffusion Française m. fl. mot kommissionen*, ett avtal kan märkbart påverka handelsströmmarna mellan medlemsstaterna även om marknadsandelarna hos de företag som är sökande inte överstiger 3 procent, förutsatt att dessa marknadsandelar överstiger utomstående konkurrenters (punkt 86).

104 Förstainstansrätten konstaterar att en sådan motivering saknas i förevarande mål.

105 Det följer av det som anförts ovan att det omtvistade beslutet inte innehåller en motivering som möjliggör för gemenskapsdomstolarna att avgöra vilka andelar som ENS har på de olika relevanta marknaderna och följaktligen inte heller om avtalen om ENS har en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Beslutet skall därför ogiltigförklaras.

Den andra delgrunden: Bedömningen av den konkurrensbegränsande inverkan av avtalen om ENS

Parternas argument

106 Sökandena har hävdats att avtalen om ENS inte begränsar konkurrensen vare sig mellan grundarna, mellan grundarna och ENS, eller i förhållande till tredje man, och att de påstådda konkurrensbegränsningarna inte förstärks som ett resultat av att det föreligger ett nätverk av samriskföretag på järnvägsmarknaden. Dessutom hävdar sökandena att den positiva inverkan som följer av avtalen om ENS uppvägar de konkurrensbegränsningar som påstås följa därav. Beslutet saknar följaktligen motivering eller är åtminstone baserat på en uppenbart oriktig bedömning.

- 107 Vad för det första beträffar konkurrensbegränsningarna mellan grundarna och mellan grundarna och ENS, har sökandena hävdats att med hänsyn till de betydande svårigheter som järnvägsföretagen och ENS kommer att möta, kan det inte påstås att det skulle kunna uppstå avsevärd konkurrens på de relevanta marknaderna mellan järnvägsföretagen om de nya tjänster som ENS kommer att erbjuda. I det avseendet har ENS och EPS åberopat ett brev av den 27 april 1992 från Lazard Brothers till BR (bilaga 7 till anmälan), i vilket det framgår att inget av järnvägsföretagen ensamt skulle ha åtagit sig dessa risker, vilket kommissionen skall ha medgett i beslutet. Dessutom medför anskaffandet av rullande materiel olika fasta kostnader till ett belopp som medför att ett företag endast skulle kunna gå med vinst under förutsättning att dess produktion når upp till en viss minimivolym motsvarande den som ENS hoppas uppnå. Inget av järnvägsföretagen skulle ensamt kunna öka volymen av sina tjänster för att nå upp till denna minimikvantitet.
- 108 I det avseendet har UIC och NS tillagt att det inte kan finnas begränsningar av den potentiella konkurrensen mellan parterna till avtalen om ENS, eftersom enligt direktiv 91/440 inget av järnvägsföretagen skulle kunna trafikera någon av de berörda linjerna på egen hand, utan skulle vara tvungna att delta i en internationell sammanslutning. Till exempel skulle linjen London—Amsterdam inte kunna trafikeras av SNCF och EPS utan NS medverkan. EPS och NS är "obligatoriska parter" i varje internationell sammanslutning som trafikerar denna linje, och det ytterligare deltagandet av SNCF, som inte är en nuvarande eller potentiell konkurrent till NS eller EPS på linjen i fråga, skulle därför inte kunna utgöra en konkurrensbegränsning. Vad beträffar det faktum att ENS skulle trafikera en linje där en destination skulle vara Belgien utan att det belgiska järnvägsföretaget SNCB deltar i avtalen om ENS, har sökandena betonat att SNCB skall tillhandahålla ENS dessa "nödvändiga tjänster" till följd av ett beslut som endast var affärsmässigt och inte till följd av en skyldighet som föreskrivs i gemenskapsrätten.
- 109 Eftersom de fyra linjer som ENS trafikerar skall anses utgöra fyra olika geografiska marknader (punkt 29 i beslutet), kan de fyra förbindelserna inte anses konkurrera med varandra, enligt sökandena, varför den kombinerade driften av dessa fyra förbindelser inom en enda sammanslutning inte utgör en konkurrensbegränsning.

110 Påståendet att avtalen om ENS skulle begränsa konkurrensen mellan parterna till avtalen och nya järnvägsföretag, inklusive dotterbolag till redan existerande företag, är enligt sökandena ogrundat. Eftersom det skulle röra sig om nya företag, skulle detta övervägande vara utan relevans för bedömningen av eventuella konkurrensbegränsningar mellan de deltagande företagen. Det är ett hypotetiskt påstående att grundarna skulle kunna bilda dotterbolag i de länder som trafikeras av ENS, utanför det land där de själva är etablerade, som skulle kunna skaffa sig en ställning som "järnvägsföretag" i den mening som avses i direktiv 91/440, och att vart och ett av de berörda järnvägsföretagen tillsammans med dessa skulle kunna organisera natttransporter genom en sammanslutning i vilken ingen annan av deltagarna i ENS ingår. För det första har faktiskt inget av de järnvägsföretag som deltar i ENS något sådant dotterbolag. För det andra har järnvägsföretagen ingen möjlighet att bilda dotterbolag med ställning av järnvägsföretag i de medlemsstater där andra järnvägsföretag är etablerade, åtminstone inte före det att de två förslagen till direktiv som skall komplettera reglerna i direktiv 91/440 har genomförts. Även om en sådan reglering redan fanns, skulle det vara helt orealistiskt ur affärs-mässigt perspektiv att tro att DB till exempel skulle bilda ett eget järnvägsföretag i Nederländerna för att tillsammans med EPS driva en nattlig järnvägsförbindelse mellan Förenade kungariket och Amsterdam, utan att blanda in NS. I vilket fall som helst är kommissionens ståndpunkter ännu mer diskutabla, eftersom samarbetet inom ENS inte är exklusivt och det inte finns något i avtalen om ENS som hindrar deltagarna från att delta i en annan sammanslutning som konkurrerar med ENS.

111 I det avseendet har SNCF tillagt att, i motsats till vad kommissionen har hävdad, finns det ingen möjlighet för respektive järnvägsföretag att bilda ett dotterbolag i de andra medlemsstaterna för att tillsammans med detta bilda en sammanslutning, på grund av att det finns lagstadgade monopol i medlemsstaterna och det saknas lagstiftning från rådet som ger en sådan etableringsrätt. För övrigt saknar det betydelse att flera järnvägsföretag deltar i avtalen om ENS, eftersom dessa är verk-samma på skilda trafikleder och därför inte kan konkurrera på de andra geogra-fiska marknader som fastslagits. Slutligen har SNCF betonat att ett ensamt företag inte skulle klara av de ekonomiska risker som är förbundna med inrättandet av ENS, vilket kommissionen medgett i punkt 63 i beslutet.

- 112 Även kommissionens argument att varje järnvägsföretag skulle kunna utföra de uppgifter som ett "transportföretag" utför, utanför den medlemsstat där järnvägsföretaget är etablerat, genom att köpa de nödvändiga järnvägstjänsterna från de berörda företagen, är enligt sökandena baserat på en orealistisk beskrivning av marknaden och är oförenligt med de regler som infördes genom direktiv 91/440. Det är således inte motiverat att anta att till exempel DB skulle ha intresse av att bilda en särskild struktur och förhandla om rätt till tillgång med förvaltaren av den brittiska infrastrukturen och med SNCF och NS för att upprätta en nattlig järnvägsförbindelse mellan Amsterdam och London. Ett sådant handlande skulle för övrigt inte vara möjligt affärsmässigt sett, eftersom ingen av parterna till avtalen om ENS har de ekonomiska och affärsmässiga resurser som krävs.
- 113 Kommissionens resonemang baseras enligt sökandena även på en beskrivning av marknaden som är oförenlig med reglerna i direktiv 91/440. Genom att göra en konstlad åtskillnad mellan järnvägsföretagen och en ny hypotetisk grupp av deltagare på marknaden kallad "transportföretag", har kommissionen skapat rätt till tillgång och till transit som inte föreskrivs i direktivet. Kommissionens bedömning leder för övrigt till att varje bildande av en internationell sammanslutning i sig begränsar konkurrensen av det enda skälet att deltagarna även skulle ha kunnat bilda en annan sammanslutning. Ett sådant resonemang är oacceptabelt av ännu starkare skäl, eftersom det skulle leda till att de deltagande järnvägsföretagen inte kunde bestämma hur ENS tjänster skall organiseras när det beviljade undantaget en gång löpt ut, vilket skulle få till effekt att järnvägsföretagen inom gemenskapen avskräcks från att ta andra initiativ vad gäller nya internationella transporttjänster.
- 114 Vad beträffar de påstådda begränsningarna av tredje mans tillgång (punkt 46—48 i det omtvistade beslutet) har sökandena hävdats att kommissionens bedömning är oriktig både i sakligt och rättsligt hänseende. För det första skall möjligheten att tredje man utestängs bedömas i förhållande till de berörda intermodala marknaderna där samriskföretaget kommer att vara verksamt och för vilka det finns andra utbytbara transportformer enligt punkterna 26 och 27 i beslutet. Bedömningen i fråga skulle baseras på en annan definition av marknaden, nämligen marknaden för tillhandahållandet av nödvändiga järnvägstjänster, vilken skiljer sig från den definition som uttryckligen ges i beslutet.

- 115 För det andra baseras kommissionens bedömning enligt sökandena på det felaktiga antagandet att ENS skall anses vara ett "transportföretag" som moderbolagen tillhandahåller järnvägstjänster. ENS är emellertid inte något transportföretag, utan en internationell sammanslutning av järnvägsföretag i den mening som avses i direktiv 91/440, och som bildats för att möjliggöra för de företag som grundat det att tillhandahålla internationell passagerarbefordran i enlighet med artikel 10.1 i direktivet. Det faktum att moderbolagen har valt en sammanslutning i bolagsform saknar i detta avseende relevans vad beträffar den rättsliga kvalificeringen av ENS. I motsats till vad kommissionen har hävdat kan det därför inte finnas en marknad i ett tidigare tjänsteled, som föregår marknaden för tillhandahållandet av järnvägstjänster till aktörer, och en annan marknad där ENS är verksamt, vilket kommissionen hävdar i sitt beslut, eftersom de företag som grundade ENS själva tillhandahåller transporttjänster till passagerare genom sammanslutningen. I vilket fall som helst bygger kommissionens slutsats på det felaktiga antagandet att alla "transportföretag", oavsett karaktär (till exempel en hotellkedja), har rätt att kräva att lokomotiv tillhandahålls.
- 116 För det tredje är kommissionens argument baserat på det felaktiga antagandet att EPS är ett helägt dotterbolag till BR och/eller till förvaltaren av den brittiska infrastrukturen, Railtrack, och att EPS har en dominerande ställning i Förenade kungariket, när EPS i själva verket har överlåtits från BR till Förenade kungarikets regering (se ovan punkt 11) och dess ställning långt ifrån är dominerande, oavsett marknad. EPS skall ha påmint kommissionen i sitt brev av den 30 juni 1994 (bilaga 9 till ansökan) att det vare sig är ägare eller förvaltare av infrastrukturen och att det endast har tillgång till det antal genomfarter som reserverats åt det och som det behöver på järnvägsnätet i Förenade kungariket, vilket utgör en liten andel av genomfarterna på linjerna i fråga. Likaså använder EPS endast ett mindre antal anställda som järnvägspersonal och dess lokomotivbestånd har minskats. Av detta följer att EPS inte har en dominerande ställning vad beträffar tillgången till infrastrukturen på det brittiska järnvägsnätet.
- 117 För det fjärde har kommissionen inte förklarat varför den påstådda ekonomiska styrkan hos de deltagande järnvägsföretagen som sådan skulle utgöra ett hinder för tredje man att få tillgång till marknaden. Argumentet, som bygger på förekomsten av nuvarande och potentiella konkurrenter liksom den skada som den påstått privilegierade relationen mellan järnvägsföretagen och ENS kan orsaka konkurrensen

på marknader i ett senare tjänsteled, är av spekulativ karaktär. Även om järnvägsföretagen var de enda som ägde lokomotiv och även om vart och ett av dessa vägrade att tillhandahålla lokomotiv till en ny aktör, skulle inverkan vara minimal på de korrekt definierade marknaderna. Enligt direktiv 91/440 är dock de deltagande järnvägsföretagen i vilket fall som helst skyldiga att tillhandahålla vissa tjänster till tredje man, i egenskap av förvaltare av infrastrukturen. Dessutom utgör anskaffandet av lokomotiv (särskilt begagnade) genom hyra, leasing eller på annat sätt inte någon enorm investering för tredje man, och det finns ingen faktisk omständighet som gör det möjligt för kommissionen att påstå att endast de berörda järnvägsföretagen äger lokomotiv eller att varje nykomling skulle ha svårigheter att erhålla dessa. Dessutom är det möjligt att anpassa redan befintliga lokomotiv för att göra dem lämpade för trafik genom tunneln under Engelska kanalen i stället för att beställa nya lokomotiv eller speciallokomotiv. I vilket fall som helst medför det faktum att bildandet av ett samriskföretag kräver vissa betydande kapitalinvesteringar inte att det skall anses utgöra ett hinder för inträde på marknaden. Vad beträffar kommissionens hänvisning, i dess inlagor, till den uteslutningseffekt som följer av överenskommelsen om användning av tunneln under Engelska kanalen, har sökandena svarat att denna överenskommelse har varit föremål för ett kommissionsbeslut om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, och de har understrukt att antalet genomfarter som ENS kommer att använda tillhör de genomfarter som i Eurotunnel-överenskommelsen har reserverats åt SNCF och BR, så antalet genomfarter som reserverats åt tredje man har inte minskat.

- 118 Vad gäller den begränsande inverkan som beror på att det finns ett nätverk av samriskföretag har sökandena betonat att de andra samriskföretagen är verksamma på andra produkt- eller tjänstemarknader än ENS, nämligen marknaden för kombinerad godstransport och marknaden för järnvägstransport av fordon, och att dessa samriskföretag inte utövar någon konkurrerande eller ens kompletterande verksamhet. Beslutet innehåller inte någon bedömning av på vilket sätt det påstådda nätverket av samriskföretag i järnvägssektorn skulle påverka konkurrensen på marknaden för passagerarbefordran och det står för övrigt i strid med de principer som angetts av kommissionen i dess meddelande från år 1993.

- 119 Vad slutligen beträffar den totala bedömningen av inverkan av avtalen om ENS, har ENS och EPS gjort gällande att enligt fast rättspraxis (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM, REG 1966, s. 337, svensk specialutgåva, volym 1, s. 251, av den 13 juli 1966 i mål 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1996, s. 429, svensk specialutgåva volym 1, s. 277, i det ovannämnda målet Metro mot kommissionen, av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser och Eisele mot kommissionen, REG 1982, s. 2015, av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia, REG 1986, s. 353, svensk specialutgåva, volym 8, och av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, svensk specialutgåva, volym 11) skall den positiva inverkan som ett avtal kan ha på konkurrensen vägas mot dess konkurrenshämmande inverkan. Om den positiva inverkan på konkurrensen tar bort den konkurrenshämmande inverkan och om den sistnämnda är nödvändig för tillämpningen av avtalet, skall den konkurrenshämmande inverkan inte anses ha till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.
- 120 I det avseendet har sökandena hävdats att avtalen i fråga i stor utsträckning bidrar till att främja konkurrensen på de två tjänstemarknaderna i fråga, såsom de har definierats i punkterna 26 och 27 i beslutet. Särskilt transportmarknaden för affärsresenärer på de destinationer som ENS trafikerar domineras av ett litet antal flygbolag, som år 1991 hade 74 procent av denna marknad enligt en undersökning av internationella passagerarströmmar (International Passenger Survey) gjord av Office of Population Censuses and Surveys. Dessutom skall ENS i sin anmälan ha påvisat att det kunde erhålla 7 procent av marknaden, medan flygbolagen har 78 procent, och att bildandet av ENS i viss utsträckning skulle minska flygbolagens dominans på marknaden. Kommissionen skall för övrigt ha medgett att situationen var densamma på marknaden för turistresor. Slutligen skulle den positiva inverkan av avtalen i fråga ta bort varje hypotetisk konkurrenshämmande inverkan.
- 121 Kommissionen har anfört att den omständigheten att parterna till ENS har tagit betydande affärsmässiga risker och burit höga kostnader innebär inte att en betydande konkurrens mellan de berörda järnvägsföretagen på den relevanta marknaden är osannolik. Enligt kommissionen har ett järnvägsföretag som är etablerat i en medlemsstat rätt att bilda en internationell sammanslutning med ett annat järnvägsföretag etablerat i en annan medlemsstat och rätt att från Eurotunnel, förvaltare av infrastrukturen, erhålla de genomfarter per timme som krävs för att köra genom tunneln under Engelska kanalen i syfte att driva internationella transporttjänster (punkt 42 i beslutet). Dessutom skulle vart och ett av de järnvägsföretag som är

part till avtalen om ENS självt kunna utföra de uppgifter som ett "transportföretag" utför och bilda ett dotterbolag som även skulle kunna driva internationella transporttjänster genom att köpa de nödvändiga tjänsterna från de berörda järnvägsföretagen (punkterna 43 och 44 i beslutet). Genom att överlämna driften och marknadsföringen av dessa tjänster till samriskföretaget ENS, begränsar sökandena betydligt möjligheterna till konkurrens på den relevanta marknaden (punkt 45 i beslutet). Slutligen framgår det av det tyska järnvägsföretaget DB:s beslut att bilda ett samriskföretag tillsammans med de schweiziska och de österrikiska järnvägsföretagen för att tillhandahålla nattliga transporttjänster mellan schweiziska, tyska och österrikiska städer, att möjligheten för ett järnvägsföretag som är part till avtalen om ENS att bilda ett dotterbolag i Förenade kungariket och/eller i andra medlemsstater för att tillhandahålla nattliga transporttjänster varken är orealistisk eller skenbar.

- 122 Vad beträffar den omständigheten att var och en av sökandena obligatoriskt är part i driften av de linjer som trafikeras av ENS, har kommissionen anfört att ENS inte är ett järnvägsföretag i den mening som avses i direktiv 91/440 utan ett "transportföretag" som köper de nödvändiga järnvägstjänsterna av järnvägsföretagen. Att linjen Bryssel—Glasgow/Plymouth drivs av ENS fastän SNCB inte är part till avtalet, visar att deltagandet av vart och ett av de fyra järnvägsföretagen som är etablerade i de berörda medlemsstaterna inte utgjorde en nödvändig förutsättning för driften av tjänsterna i fråga.
- 123 Vad rör sökandenas argument att det inte skulle vara möjligt för de berörda järnvägsföretagen att bilda dotterbolag som har ställning av järnvägsföretag i de olika medlemsstaterna, och på så sätt bilda andra internationella sammanslutningar som konkurrerar med ENS, har kommissionen gjort gällande att det inte finns något rättsligt hinder för att järnvägsföretagen skall kunna etablera sig i andra medlemsstater. Principen om etableringsfrihet i artikel 52 i fördraget blev direkt tillämplig vid slutet av övergångstiden, vilket medför att det är utan relevans att rådet ännu inte hade antagit förslaget till direktiv om tillstånd för järnvägsföretag då det omtvistade beslutet fattades. Syftet med ett sådant direktiv är endast att underlätta utövandet av etableringsrätten och inte att tilldela denna rätt (domstolens dom av

den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

- 124 Vad beträffar sökandenas argument att tillämpliga bestämmelser i direktiv 91/440 inte tillåter att järnvägsföretag bildar ett dotterbolag i egenskap av transportföretag, har kommissionen betonat att även om detta direktiv endast är tillämpligt på järnvägsföretag vars huvudsakliga verksamhet är att tillhandahålla godstransport och/eller passagerarbefordran på järnväg med krav på att företaget skall säkerställa drift av trafiken (artikel 3), står det klart att transportföretag som inte själva har ställning av järnvägsföretag i den mening som avses i artikel 3 i detta direktiv, och som inte har rätt till tillgång till järnvägsinfrastrukturen, ändå kan tillhandahålla godstransport på järnväg och/eller tjänster genom att köpa tjänster för dragkraft och rätt till tillgång till järnvägsinfrastrukturen av järnvägsföretagen. Det är precis på detta sätt som ACI är verksamt vad gäller kombinerad transport och ENS är verksamt vad gäller passagerarbefordran.
- 125 Kommissionen har i det avseendet betonat att den vidhöll detta påstående redan i de brev som den skickade till de anmälade parterna den 29 oktober 1993 (bilaga 4 till inlagan) och den 28 februari 1994. Efter att ha rådgjort med de järnvägsföretag som är parter till ENS har ordföranden i ENS i ett brev av den 13 april 1994 adresserat till kommissionen (bilaga 6 till inlagan) bekräftat överenskommelsen att tillhandahålla ENS konkurrenter nattliga tjänster på samma linjer.
- 126 Vad beträffar den omständigheten att avtalen om ENS inte innehåller någon klausul om ensamrätt och att de järnvägsföretag som är intresserade av att bilda olika internationella sammanslutningar som kan konkurrera med ENS, därmed inte är förhindrade att göra detta, har kommissionen betonat att det är högst osannolikt att något sådant skulle inträffa med tanke på att de berörda järnvägsföretagen under det administrativa förfarandet har insisterat på att det är nödvändigt att förena deras erfarenhet och ekonomiska resurser för att garantera ENS kommersiella framgång.

- 127 Kommissionen har motsatt sig invändningen att den skulle ha missbedömt den begränsande inverkan på tredje man som avtalen om ENS medför och hänvisar till punkterna 46 och 48 i det omtvistade beslutet. Kommissionen anser att även om bildandet av ENS inte skapar någon begränsning av tredje mans tillgång till andra transportformer som är utbytbara med de tjänster som ENS erbjuder, kan dock järnvägsföretagen och transportföretagen hindras att få tillgång till järnvägsdelen av den relevanta marknaden, på grund av att ENS består av inflytelserika järnvägsföretag som har kontroll över både nyttjandet av järnvägsinfrastrukturen och anskaffningen av tjänster för dragkraft. Enligt kommissionen är det inte nödvändigt att tillträdeshindret omfattar varje del av marknaden, när det som i det här fallet rör sig om en heterogen marknad. Kommissionen har tillagt att den omständigheten att Eurotunnel-överenskommelsen, som undertecknades av Eurotunnel, BR och SNCF, har varit föremål för ett beslut om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget inte förändrar att det är relevant att bedöma EPS och SNCF:s ekonomiska ställning, då dessa innehar 75 procent av de genomfarter som är reserverade för internationella tåg genom tunneln under Engelska kanalen.
- 128 Vad beträffar de konkurrensbegränsningar som följer av att nödvändiga järnvägs-tjänster tillhandahålls ENS, har kommissionen medgett att vad beträffar tillhandahållandet av genomfarter kan internationella sammanslutningar få tillgång till infrastrukturen direkt hos förvaltarna av infrastrukturen med stöd av direktivet. Det gäller dock inte transportföretag vad beträffar tillhandahållandet av såväl genomfarter som dragkraft och kvalificerad personal. Med hänsyn till att dragkraft endast kan ombesörjas av järnvägsföretagen och att dessa företag både förfogar över de lokomotiv som är avsedda för dragkraft i tunneln under Engelska kanalen och den särskilda personal som krävs för att få dem att fungera, är det motiverat att anse att de ekonomiska aktörer som försöker erhålla liknande tjänster skulle visa sig vara missgynnade om de inte erhåller dessa tjänster på icke-diskriminerande villkor hos ENS moderbolag.
- 129 Vad beträffar grundarnas deltagande i ett nätverk av samriskföretag, har kommissionen gjort gällande att detta nätverk avser driften av transporttjänster för gods- och passagerarbefordran i följande företag: företaget Intercontainer som alla de anmälade parterna är medlemmar i, företaget ACI, bildat av BR, SNCF och Intercontainer och slutligen företaget Autocare Europe. Argumentet att samriskföretagen i fråga om kombinerad godstransport och järnvägstransport av personbilar inte skulle ha någon betydelse för de nattliga passagerartjänster som ENS

driver är ogrundat. Enligt meddelandet från 1993 anses nämligen den skadligaste inverkan på konkurrensen vara när bildandet av samriskföretag ökar för kompletterande eller olika produkter eller tjänster mellan konkurrerande parter i samma sektor som har en oligopolistisk struktur.

- 130 Kommissionen har slutligen motsatt sig argumentet att de mål som citerats av sökandena skulle visa att kommissionen är skyldig att tillämpa en "skälighetsregel" (rule of reason) och bedöma det berörda avtalets positiva och negativa inverkan på konkurrensen. Ett sådant tillvägagångssätt kan endast användas vid tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget och inte vid bedömningen av konkurrensbegränsningar genom tillämpning av artikel 85.1 i fördraget.
- 131 Intervenienten Förenade kungariket har hävdats att vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget på avtalen om ENS har kommissionen inte beaktat det ekonomiska sammanhanget och i synnerhet den konkurrens som skulle finnas om avtalen inte fanns. Avtalen om ENS begränsar inte konkurrensen eftersom de avfattades för att möjliggöra och underlätta lanseringen av en tjänst som inte finns för närvarande och som ingen av parterna skäligen skulle kunna lansera helt själv.
- 132 Av olika avsnitt i motiveringen till det omtvistade beslutet framgår, enligt Förenade kungariket, den positiva karaktär som avtalen om ENS har i konkurrenshänseende: nyheten i den tjänst som erbjuds, de betydande ekonomiska risker som avtalen medför samt såväl de ekonomiska som de tekniska skälen till ett samarbete, nämligen att dela know-how och att det är nödvändigt att vänta flera år innan investeringarna blir lönsamma (punkterna 59, 61, 63, 64 och 74—77 i beslutet). Det är därför kännetecknande att dessa konstateranden endast förekommer i den del av beslutet som rör frågan huruvida avtalen om ENS skall beviljas ett undantag och inte i den del som hänför sig till tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget.

- 133 I det omtvistade beslutet klargörs enligt Förenade kungariket heller inte tillräckligt hur ENS moderbolag konkurrerar eller skulle kunna konkurrera på den relevanta marknaden. Det omtvistade beslutet innehåller således ingen utförlig redogörelse för sannolikheten för en sådan konkurrens, vilket visar att kommissionen antingen inte har gjort den nödvändiga bedömningen av det ekonomiska sammanhanget eller har åsidosatt artikel 190 i fördraget.
- 134 Som svar på Förenade kungarikets påståenden har kommissionen påpekat att även om det ekonomiska sammanhanget skall beaktas vid bedömningen av ett avtal, innebär det dock inte att skälighetsregeln skall användas, ett begrepp som domstolen hittills har vägrat att använda. Denna slutsats motsägs inte av domstolens dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641), som endast rörde giltigheten av accessoriska begränsningar inom kooperativa organisationer och alltså inte kan anses vara uttryck för en allmän princip. Enligt kommissionen krävs följaktligen att fördelarna och nackdelarna med ett avtal i konkurrensmässigt hänseende skall vägas mot varandra vid beviljandet av undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, men inte vid bedömningen av konkurrensbegränsningar i enlighet med artikel 85.1 i fördraget. I motsats till vad Förenade kungariket har gjort gällande, har dessa fördelar och nackdelar i stor utsträckning angetts i beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 135 Enligt det omtvistade beslutet medför avtalen om ENS en begränsande inverkan på den nuvarande och den potentiella konkurrensen mellan grundarna, mellan grundarna och ENS, i förhållande till tredje man, och dessa begränsningar förvärras av att det finns ett nätverk av samriskföretag som bildats av grundarna.
- 136 Innan förstainstansrätten bedömer parternas argument rörande det berättigade i kommissionens bedömning av konkurrensbegränsningarna, skall det inledningsvis erinras om att ett avtal vid bedömningen enligt artikel 85.1 i fördraget skall

bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket avtalet har sin verkan, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de tjänster som avses i detta avtal samt strukturen av och de faktiska villkoren på den berörda marknaden (domstolens dom i det ovan nämnda målet *Delimitis*, i det ovan nämnda målet *DLG*, punkt 31, av den 12 december 1995 i mål C-399/93, *Oude Luttikhuis m. fl.*, REG 1995, s. I-4515, punkt 10; förstainstansrättens dom av den 14 maj 1997 i mål T-77/94, *VGB m. fl. mot kommissionen*, REG 1997, s. II-759, punkt 140). Detta gäller dock inte om det rör sig om ett avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar som till exempel fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kontroll över marknader (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, *Tréfilunion mot kommissionen*, REG 1995, s. II-1063, punkt 109). I sistnämnda fall är det endast vid tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget som sådana begränsningar kan vägas mot den positiva inverkan på konkurrensen som de påstås medföra, i syfte att bevilja ett undantag från det förbud som finns i första punkten i samma artikel.

- 137 Dessutom skall det understrykas att bedömningen av konkurrensvillkoren inte bara skall baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den relevanta marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (domen i det ovan nämnda målet *Delimitis*, punkt 21). I det avseendet skall det tilläggas att enligt kommissionens meddelande från år 1993 om bedömningen av kooperativa samriskföretag enligt artikel 85 i EEG-fördraget "kan potentiell konkurrens endast föreligga om var och en av grundarna är i stånd att själv utföra de uppgifter som överlämnats åt samriskföretaget och denna förmåga inte har förlorats i och med bildandet av samriskföretaget. Vid undersökningen av konkreta fall skall ett realistiskt ekonomiskt synsätt antas" (punkt 18 i meddelandet).
- 138 Det är följaktligen mot bakgrund av dessa överväganden som det skall undersökas om kommissionens bedömning av avtalen om ENS begränsande inverkan är berättigad.

— Konkurrensbegränsningar mellan grundarna

- 139 Det framgår av handlingarna i målet att det före antagandet av direktiv 91/440 varken förekom faktisk eller potentiell konkurrens mellan järnvägsföretagen i medlemsstaterna på grund av att det fanns ensamrättigheter som rättsligt eller faktiskt hindrade tillhandahållandet av internationell passagerarbefordran samt tillgång till infrastrukturen (nationella järnvägsnät) i en majoritet av medlemsstaterna. Som parterna har betonat tillhandahölls denna typ av tjänster i gemenskapen, före antagandet av detta direktiv, endast på grundval av traditionella samarbetsavtal mellan de järnvägsföretag som var verksamma på de olika järnvägsnäten. Efter antagandet av direktiv 91/440 har konkurrensvillkoren på järnvägsmarknaden förändrats så att de järnvägsföretag som är verksamma på de nationella järnvägsnäten i viss mån har blivit potentiella konkurrenter vad gäller internationell passagerarbefordran, under förutsättning att de bildar en "internationell sammanslutning" tillsammans med andra järnvägsföretag som är etablerade i andra medlemsstater i syfte att tillhandahålla internationella transporttjänster mellan dessa medlemsstater (artiklarna 3 och 10 i direktivet).
- 140 Av kommissionens argument följer att inte bara redan existerande järnvägsföretag, utan även nya järnvägsföretag, inklusive dotterbolag till redan existerande järnvägsföretag, har möjlighet att tillhandahålla internationella transporttjänster genom internationella sammanslutningar. Det är utifrån detta antagande som kommissionen har ansett att avtalen om ENS begränsar konkurrensen mellan grundarna på grund av att a) var och en av parterna till avtalen om ENS skulle kunna bilda en sammanslutning antingen med ett företag etablerat i Förenade kungariket eller med ett eget brittiskt dotterbolag och på så sätt konkurrera med ENS, b) var och en av parterna till avtalen om ENS skulle kunna bilda ett specialiserat dotterbolag med egenskap av "transportföretag" och av företagen som är parter till avtalen om ENS köpa samma nödvändiga järnvägstjänster som dessa säljer till ENS, och c) vart och ett av järnvägsföretagen skulle självt kunna utföra de tjänster som transportföretag utför och driva internationella nattåg genom att av de berörda järnvägsföretagen köpa de nödvändiga järnvägstjänsterna.

- 141 Vad beträffar möjligheten för var och en av parterna till avtalen om ENS att bilda en sammanslutning, antingen med ett företag etablerat i Förenade kungariket eller genom att bilda ett eget brittiskt dotterbolag, och på så sätt konkurrera med ENS, skall det först anges att eftersom en internationell linje enligt artikel 10 i direktiv 91/440 endast kan trafikeras av en internationell sammanslutning bildad av de järnvägsföretag som är etablerade i vart och ett av de berörda länderna, skulle de enda "obligatoriska parterna" för att bilda en sådan internationell sammanslutning för varje linje nödvändigtvis vara järnvägsföretagen som är etablerade i de stater som berörs. Som sökandena har betonat angående till exempel linjen London—Amsterdam var NS och EPS vid denna tidpunkt de enda obligatoriska parterna, vilket innebär att SNCF:s och DB:s deltagande i denna sammanslutning inte skulle kunna ha någon inverkan på den nuvarande konkurrensen, eftersom inget av dessa två järnvägsföretag skulle kunna konkurrera med EPS och NS på denna linje enligt direktiv 91/440. Det förhåller sig på samma sätt med var och en av de tre linjer som ENS faktiskt trafikerar (se ovan punkt 9). Härav följer att EPS, DB: s, SNCF:s och NS gemensamma drift av de fyra linjerna i fråga inte kan leda till att den nuvarande konkurrensen mellan grundarna märkbart begränsas.
- 142 Vad beträffar de potentiella konkurrensbegränsningar som följer av att var och en av grundarna skulle kunna bilda dotterbolag i de andra grundarnas medlemsstater och bilda internationella sammanslutningar, antingen med sina egna dotterbolag eller med andra järnvägsföretag som är etablerade i de andra berörda medlemsstaterna i direkt konkurrens med ENS, anser förstainstansrätten att det i förevarande mål rör sig om ett antagande som inte stöds av någon faktisk omständighet eller av någon bedömning av den relevanta marknadens struktur som gör det möjligt att dra slutsatsen att det rör sig om en verklig och konkret möjlighet. Varken det omtvistade beslutet eller handlingarna i målet innehåller några uppgifter om att det finns järnvägsföretag som har dotterbolag i andra medlemsstater som själva har ställning av järnvägsföretag och som visar prov på ett verkligt utövande av etableringsfriheten på gemenskapens järnvägsmarknad.
- 143 I det avseendet skall det understrykas att förstainstansrätten som en processledande åtgärd har uppmanat kommissionen att ange om det finns några i medlemsstaterna etablerade järnvägsföretag som har dotterbolag i andra medlemsstater med ställning av järnvägsföretag i den mening som avses i direktiv 91/440, och, om så

skulle vara fallet, att precisera vilka järnvägsföretag som har bildats efter det att direktiv 91/440 trädde i kraft. I sitt svar har kommissionen medgett att den inte känner till några andra dotterbolag som bildats av grundarna av ENS varken före eller efter det att direktiv 91/440 antogs, men har likväl upprepat påståendet att alla berörda järnvägsföretag har fått direkt etableringsrätt genom artikel 52 i fördraget.

144 Förstainstansrätten anser att kommissionens argument, att det i teorin inte finns något rättsligt hinder för att järnvägsföretagen skall kunna etablera sig i en annan medlemsstat än den där de har sitt huvudkontor, inte beaktar det ekonomiska sammanhanget och den relevanta marknadens karaktär, såsom den framgår av handlingarna i målet. Detta argument räcker inte i sig för att fastställa att det föreligger begränsningar av den nuvarande konkurrensen mellan grundarna och mellan grundarna och ENS.

145 Med hänsyn till nyheten med och de särskilda aspekterna av de nattliga järnvägs-transporttjänsterna i fråga, som sökandena har redogjort ingående för i sina inlagor, är det orealistiskt att tänka sig att grundarna skulle bilda andra dotterbolag i andra medlemsstater som har ställning av järnvägsföretag endast i avsikt att bilda ett nytt samriskföretag för att konkurrera med ENS. De oöverkomliga kostnaderna för de investeringar som krävs för denna typ av tjänster genom att använda tunneln under Engelska kanalen och avsaknaden av stordriftsfördelar som följer av att endast en järnvägslinje drivs, i motsats till de fyra linjer som gemensamt drivs av ENS, visar att det inte är realistiskt att räkna med en potentiell konkurrens mellan grundarna och mellan grundarna och ENS. Dessutom framgår det av handlingarna i målet att efter offentliggörandet i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av kommissionens meddelande, där berörd tredje man uppmanades att framföra synpunkter till kommissionen rörande avtalen om ENS, som sammanfattades i meddelandet, gav inte någon sig tillkänna under det administrativa förfarandet för att inkomma med synpunkter i egenskap av potentiell konkurrent, eventuellt påverkad eller berörd av genomförandet av avtalen om ENS (se ovan punkt 17). Slutligen kan i förevarande fall existensen av både nuvarande eller potentiella konkurrenter till ENS på allvar ifrågasättas med hänsyn till att inget dotterbolag hittills har bildats i andra medlemsstater av gemenskapens järnvägsföretag, varken

före eller efter antagandet av direktiv 91/440, vilket kommissionen har medgett i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor.

- 146 Mot bakgrund av det ovan anförda anser förstainstansrätten att kommissionen inte tillräckligt har motiverat sin bedömning att avtalen om ENS märkbart kan minska den nuvarande och/eller potentiella konkurrensen mellan grundarna och mellan grundarna och ENS och/eller att denna bedömning är oriktig.
- 147 Vad gäller konkurrensbegränsningarna mellan grundarna, på grund av att vart och ett av järnvägsföretagen som är part till avtalen om ENS antingen skulle kunna bilda ett specialiserat företag med egenskap av transportföretag, eller självt skulle kunna utföra de tjänster som transportföretagen utför och konkurrera med ENS genom att av de berörda järnvägsföretagen köpa samma nödvändiga järnvägstjänster, anser förstainstansrätten att även denna bedömning av kommissionen baseras på en marknadsanalys som inte motsvarar verkligheten. Kommissionen utgår från uppfattningen att det på marknaden för passagerarbefordran med tåg finns en annan grupp av ekonomiska aktörer vid sidan av järnvägsföretagen, nämligen transportföretagen, som tillhandahåller samma tjänst som järnvägsföretagen, nämligen passagerarbefordran, genom att från järnvägsföretagen köpa eller låna de "nödvändiga järnvägstjänsterna", det vill säga lokomotiv, personal och tillgång till infrastrukturen. Enligt beslutet är bolaget ENS ett transportföretag och skulle därför kunna utsättas för konkurrens av antingen specialiserade dotterbolag i egenskap av transportföretag, som bildats av järnvägsföretagen, eller av järnvägsföretagen, som är verksamma direkt på marknaden i egenskap av transportföretag, så att bildandet av ENS skulle medföra en begränsning av parternas frihet att vara verksamma som enskilda transportföretag på marknaden i fråga.
- 148 För granskningen av kommissionens bedömning är det av avgörande betydelse huruvida internationell passagerarbefordran även tillhandahålls av transportföretag utanför de internationella sammanslutningar som föreskrivs i direktiv 91/440.

Denna fråga har i huvudsak väckts av sökandena inom ramen för den andra grunden och skall därför granskas i samband med denna (se ovan punkt 161—189).

— Konkurrensbegränsningar i förhållande till tredje man

- 149 I det omtvistade beslutet betonas att tredje mans tillträde till marknaderna i fråga riskerar att hindras av två olika skäl. Hinder kan för det första uppstå på grund av den privilegierade relationen mellan ENS och moderbolagen, som medför att tredje man hamnar i en konkurrensmässigt ofördelaktig situation vad beträffar anskaffandet av nödvändiga järnvägstjänster som tillhandahålls av moderbolagen. För det andra kan hinder uppstå på grund av överenskommelsen om användning av tunneln under Engelska kanalen mellan BR, SNCF och Eurotunnel, enligt vilken BR och SNCF får behålla en betydande andel, nämligen 75 procent, av de genomfarter som finns tillgängliga för internationella tåg.
- 150 Vad beträffar ENS privilegierade relationer med de berörda järnvägsföretagen, skall det noteras att kommissionens bedömning utgår från antagandet att marknaden för passagerarbefordran med tåg är uppdelad i två marknader, nämligen en marknad i det tidigare tjänsteledet för tillhandahållandet av "nödvändiga järnvägstjänster" (genomfarter, speciallokomotiv och personal) och en marknad i det senare tjänsteledet för passagerarbefordran, där transportföretag såsom ENS är verksamma vid sidan av järnvägsföretagen. Enligt beslutet skulle moderbolagen kunna missbruka sin dominerande ställning på marknaden i det tidigare tjänsteledet genom att vägra att tillhandahålla de nödvändiga järnvägstjänsterna till tredje man, konkurrenter till ENS, som är verksamma på marknaden i det senare tjänsteledet.
- 151 För granskningen av denna aspekt av kommissionens bedömning är det också av betydelse huruvida det förutom de internationella sammanslutningarna finns transportföretag som även är verksamma på marknaderna i fråga. Denna fråga kommer att granskas inom ramen för den andra grunden. Även frågan huruvida de tjänster som grundarna av ENS tillhandahåller kan kvalificeras som "oumbärliga eller nödvändiga tjänster eller resurser" är relevant vid denna granskning. Eftersom den hör

till den tredje grunden skall den granskas inom ramen för denna grund (se nedan punkt 190—221).

- 152 Vad beträffar den begränsande inverkan som påstås följa av överenskommelsen om användning av tunneln under Engelska kanalen, erinrar förstainstansrätten om att det kommissionsbeslut där denna överenskommelse beviljades ett undantag från förbudet i artikel 85.1 i fördraget (nedan kallat Eurotunnel-beslutet), ogiltigförklarades genom förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1996 i mål T-79/95 och T-80/95, SNCF och British Railways mot kommissionen (REG 1996, s. II-1491), med motiveringen att kommissionen hade gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna vid tolkningen av bestämmelserna i denna överenskommelse angående tilldelning av genomfarter per timme genom tunneln mellan SNCF och BR å ena sidan och Eurotunnel å andra sidan.
- 153 Som en processledande åtgärd har förstainstansrätten uppmanat parterna att ta ställning till huruvida förstainstansrättens ovannämnda dom är relevant i förevarande mål. Kommissionen har i sitt svar på denna fråga gjort gällande att denna dom inte har någon relevans för bedömningen av huruvida det omtvistade beslutet är lagenligt, och att det följer av punkt 47 i detta beslut att, även om BR och SNCF inte förfogar över alla genomfarter per timme som finns tillgängliga för internationella tåg, förfogar de över en betydande andel. Sökandena har meddelat att förstainstansrättens dom bekräftar att det går att få tillgång till tunneln och att kommissionen inte har gjort en korrekt bedömning av den begränsande inverkan som överenskommelsen om användning av tunneln har på tredje man.
- 154 Förstainstansrätten anser att eftersom kommissionen har baserat sig på just "Eurotunnel-överenskommelsen" för att i det omtvistade beslutet visa att SNCF:s och BR:s påstått privilegierade tillgång till genomfarter i tunneln medför att de företag som är konkurrenter till ENS hamnar i en konkurrensmässigt ofördelaktig situation, och eftersom Eurotunnel-beslutet har ogiltigförklarats av förstainstansrätten på grund av en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna vid tolkningen av bestämmelserna i ovannämnda överenskommelse angående tilldelning av genomfarter, kan kommissionen inte hämta något giltigt argument från detta beslut till stöd för bedömningen av avtalen om ENS.

— Förstärkning av den konkurrensbegränsande inverkan till följd av förekomsten av ett nätverk av samriskföretag

- 155 Vad slutligen beträffar den påstådda förstärkningen av konkurrensbegränsningarna till följd av förekomsten av nätverk av samriskföretag (punkt 49—53 i beslutet), påpekar förstainstansrätten inledningsvis att enligt kommissionens meddelande från år 1993 om bedömning av kooperativa samriskföretag skall förekomsten av nätverk av samriskföretag bedömas särskilt vare sig de bildas av samma grundare, av en av grundarna tillsammans med andra parter eller av flera grundare parallellt (punkt 17 i meddelandet). Nätverk av samriskföretag kan särskilt begränsa konkurrensen då de konkurrerande grundarna bildar flera samriskföretag för kompletterande produkter som är avsedda att förädlas av dem själva, eller för icke-kompletterande produkter som de även marknadsför själva, vilket ökar konkurrensbegränsningens omfattning och intensitet. Dessa överväganden gäller även för tjänstesektorn (punkt 29 i meddelandet).
- 156 I det omtvistade beslutet har kommissionen ansett att så var fallet i förevarande mål, eftersom BR/EPS, SNCF, DB och NS i olika stor utsträckning deltar i ett nätverk av samriskföretag inte bara vad gäller driften av godstransporttjänster utan även för driften av tjänster för passagerarbefordran genom tunneln under Engelska kanalen. I det avseendet har kommissionen hänvisat till samriskföretaget ACI, som bildades av BR och SNCF gemensamt och som är ett företag för kombinerad godstransport (kommissionens beslut 94/594/EG av den 27 juli 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende IV/34.518 — ACI) (EGT L 224, s. 28, nedan kallat ACI-beslutet)), och Autocare Europe, i vilket BR och SNCB har en andel, och som tillhandahåller järnvägstransport av personbilar. I sina inlagor har kommissionen för första gången hänvisat till samriskföretaget Intercontainer som bildats av 29 järnvägsföretag, bland andra BR och SNCF, och som även är verksamt på marknaden för kombinerad godstransport.

- 157 I det omtvistade beslutet klargörs dock inte vilka samriskföretag som grundarna bildat för att bedriva passagerarbefordran. Som en processledande åtgärd har förstainstansrätten uppmanat kommissionen att klargöra vilka samriskföretag som är verksamma på marknaden för passagerarbefordran och som grundarna av ENS deltar i enligt punkt 51 i det omtvistade beslutet. I sina svar har kommissionen angett att den inte har kännedom om att grundarna av ENS har några andra samriskföretag för passagerarbefordran. Kommissionen har dock uppgett att "SNCF, SNCB, och BR (och efter privatiseringen av BR, London & Continental Railways Ltd) gemensamt deltar i Eurostar för passagerarbefordran mellan Förenade kungariket och kontinenten", utan att hävda att det i punkt 51 i beslutet underförstått hänvisades till företaget Eurostar. Förstainstansrätten anser därför att det omtvistade beslutet saknar motivering vad beträffar den påstådda förekomsten av ett nätverk av samriskföretag för passagerarbefordran som bildats av grundarna.
- 158 Vad beträffar grundarnas deltagande i samriskföretag för kombinerad godstransport, framgår det av punkt 29 i kommissionens meddelande från år 1993 att när grundarna bildar samriskföretag för "icke-kompletterande" tjänster, kan konkurrensen begränsas när dessa "icke-kompletterande" tjänster marknadsförs av grundarna själva.
- 159 Förstainstansrätten konstaterar att inget i det omtvistade beslutet tyder på att grundarna själva marknadsför de tjänster som tillhandahålls av ACI, Intercontainer och Autocare. Som en processledande åtgärd har förstainstansrätten uppmanat sökandena att klargöra om det är de eller ett utomstående företag som marknadsför de transporttjänster som de tre ovannämnda företagen tillhandahåller. Av deras svar framgår det att ingen av grundarna sköter marknadsföringen eller försäljningen av de tjänster som ACI, Intercontainer eller Autocare tillhandahåller. Även om det skulle antas att så var fallet, anser förstainstansrätten att det i det omtvistade beslutet i vilket fall som helst inte har angetts några skäl för att deltagandet, av vissa eller alla grundare i ett nätverk av samriskföretag som är verksamma på andra marknader än ENS, skulle medföra att konkurrensen mellan dessa

begränsas genom bildandet av ENS. Härav följer att kommissionens bedömning att konkurrensbegränsningarna förstärks till följd av att det föreligger ett nätverk av samriskföretag inte är tillräckligt motiverad.

- 160 Av det ovan anförda följer att det omtvistade beslutet saknar motivering eller har en otillräcklig motivering vad beträffar bedömningen av de konkurrensbegränsningar som följer av avtalen om ENS.

2. Den andra grunden: Åsidosättande av förordning nr 1017/68 och av tillämpliga bestämmelser i direktiv 91/440

Parternas argument

- 161 Sökandena har hävdad att kommissionen har använt sin behörighet enligt artikel 5 i förordning nr 1017/68 på ett sätt som är oförenligt med bestämmelserna i direktiv 91/440 genom att föreskriva villkoret i artikel 2 i det omtvistade beslutet.
- 162 Kommissionen skall ha utvidgat tillämpningsområdet för direktivet, eftersom enligt artikel 10.1 rätt till tillgång till järnvägsinfrastrukturen endast beviljas internationella sammanslutningar av järnvägsföretag, såsom dessa definieras i direktivet, och inte till varje transportföretag som vill driva järnvägstrafik. Sökandena har tillagt att då kommissionen utövar sin behörighet enligt förordning nr 1017/68 har den skyldighet att beakta de grundläggande riktlinjerna för den gemensamma transportpolitiken som har definierats av rådet. Domstolsprövningen av kommissionens bedömning av avtalen om ENS genom tillämpning av artikel 85 i fördraget skall ske inom ramen för den gemenskapslagstiftning som rör järnvägstransportsektorn, som utgör de tillämpliga rättsliga reglerna enligt vilka konkurrensen inom denna sektor förväntas fungera.

- 163 De grundläggande delarna av gemenskapens gemensamma transportpolitik inom järnvägssektorn är för närvarande införda i direktiv 91/440. Genom detta direktiv skall för första gången en viss konkurrens ha införts mellan de olika transportformerna, som syftar till att förverkliga det huvudsakliga ändamålet med järnvägstransportpolitiken, nämligen att förbättra järnvägstransportens effektivitet och konkurrenskraft i jämförelse med andra transportsätt. Med stöd av direktivet tilldelas endast företag som har ställning av järnvägsföretag och internationella sammanslutningar av järnvägsföretag rätt till tillgång till infrastrukturen och till transit. Dessutom gäller direktivet endast rätt till tillgång till infrastrukturen och ger ingen rätt till tillhandahållande av järnvägstransporttjänster, såsom tillhandahållande av dragkraft (lokomotiv och personal för transit). Direktivet innehåller inte heller några regler som skiljer förvaltningen av lokomotiven och tågpersonalen från driften av andra järnvägstjänster, eller några regler rörande tilldelning av tjänster för dragkraft och betalning för dessa tjänster, vilket skulle vara förenligt med direktivets ändamål, som är att möjliggöra för järnvägsföretagen att organisera sig på affärs-mässiga villkor och anpassa sig till marknadens krav, särskilt genom att skapa nya tjänster.
- 164 Sökandena anser av de skäl som anförts ovan att den åtskillnad som kommissionen har gjort mellan järnvägsföretag och transportföretag är konstlad, därför att endast järnvägsföretagen tillåts att inregistrera järnvägsvagnar och transportera passagerare på järnvägsinfrastrukturen, på grund av säkerhetsskäl och på grund av ansvaret för de risker som är förknippade med transport. Förutom järnvägsföretagen och de internationella sammanslutningar som dessa bildar kan ingen annan erbjuda allmänheten tjänster för passagerarbefordran. Detta utesluter inte möjligheten att ett järnvägsföretag kan ställa ett helt tåg till exempelvis en hotellkedjas förfogande, eller hyra ut järnvägsvagnar, men även i det fallet förblir järnvägsföretaget det transportföretag som bär ansvaret för alla de risker som är förenade med transporttjänsterna. I exemplet ovan skulle hotellkedjan begränsa sig till att sälja sitt- eller liggplatser på tågen till allmänheten. Enligt sökandena är järnvägsföretagens huvudsakliga verksamhet inte att tillhandahålla en grundläggande tjänst som består av att lokomotiven körs på järnvägsnäten på transportföretagens begäran, och på så sätt möjliggöra för dessa att koppla järnvägsvagnar till ett lokomotiv som tillhör ett järnvägsföretag och köra dem på en viss linje. Järnvägsföretagens huvudsakliga verksamhet är i stället att direkt tillhandahålla allmänheten integrerade tjänster för passagerarbefordran.

- 165 Fastän ENS är ett samriskföretag som har bildats av fyra järnvägsföretag, utgör det enligt sökandena i själva verket en internationell sammanslutning av järnvägsföretag i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 91/440 och inte ett "transportföretag". Det framgår av artikel 5.3 i direktiv 91/440 att järnvägsföretagen har frihet att bilda en internationell sammanslutning tillsammans med "ett eller flera" andra järnvägsföretag utan att det föreskrivs någon särskild rättslig form för en sådan samverkan. Kommissionen har inte heller av de driftsavtal som slutits mellan ENS och SNCB kunnat dra slutsatsen att ENS utgör ett transportföretag. Det var på frivillig basis som SNCB, före det att linjen Bryssel—Glasgow/Plymouth slutgiltigt lades ned, beslutade att tillhandahålla ENS de "nödvändiga järnvägstjänsterna", och inte på grund av någon skyldighet som följer av direktiv 91/440 eller av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna.
- 166 Av detta följer enligt sökandena att ENS inte är ett transportföretag, som är verksamt på en marknad i ett senare tjänsteled, skild från den marknad där grundarna är verksamma, utan ENS utgör genom sin ställning av internationell sammanslutning av järnvägsföretag ett redskap för grundarna för att erbjuda allmänheten järnvägstransporttjänster. Den åtskillnad som kommissionen har gjort på den allmänna marknaden för järnvägstransport mellan en marknad i ett senare tjänsteled och en marknad i ett tidigare tjänsteled, för att visa att ENS är ett transportföretag, är ännu mer konstlad vad beträffar passagerarbefordran, eftersom flera transporttjänster tillhandahålls av "tåg med integrerad motorvagn" där lokomotivet utgör en oskiljaktig del av resten av tåget, så att det även ur en rent teknisk synvinkel skulle vara omöjligt att göra en åtskillnad mellan dessa två marknader.
- 167 Den omständigheten att ENS måste skaffa dragkraft hos järnvägsföretag för att kunna erbjuda sina tjänster berövar enligt sökandena inte ENS dess ställning som internationell sammanslutning i den mening som avses i artikel 3 i direktivet, eftersom det räcker att ENS härrör från dessa järnvägsföretag, vilka definitionsmässigt kan ombesörja dragkraft. Det är denna typ av sammanslutning som har reserverats rätt till tillgång till järnvägsinfrastrukturen i medlemsstaterna där grundarna är etablerade. Om kommissionens påstående godtas skulle tvärtom varje företag tillåtas att erbjuda internationell passagerarbefordran, även om företaget inte härrör från järnvägsföretag och alltså inte kan erhålla dragkraft genom dem.

- 168 Sökandena har tillagt att bildandet av denna nya grupp av transportföretag, i kombination med den omständigheten att de nödvändiga järnvägstjänsterna anses utgöra "oumbärliga resurser", skulle få till resultat att direktiv 91/440 blir innehållslöst. Ett järnvägsföretag skulle nämligen i sin påstådda egenskap av transportföretag kunna kräva tillgång till järnvägsnäten i medlemsstaterna utan att uppfylla de villkor som uppställs i direktivet, det vill säga vara etablerat i en av medlemsstaterna eller ha bildat en sammanslutning tillsammans med ett järnvägsföretag som är etablerat i en av medlemsstaterna.
- 169 Sökandena har dessutom hävdad att kommissionen, genom att ålägga järnvägsföretagen att tillhandahålla lokomotiv och personal till transportföretag på tekniska och ekonomiska villkor som är identiska med dem som deras sammanslutning har beviljats, har förbisett att rätten till tillgång till infrastrukturen är underkastad villkoret att dragkraft kan ombesörjas, och att företaget alltså har ställning av järnvägsföretag eller sammanslutning av järnvägsföretag. Ett sådant villkor skulle dessutom vara oförenligt med det ändamål som direktivet syftar till, nämligen att garantera att järnvägsföretagen får en status som oberoende operatörer som handlar på ett marknadsorienterat sätt och anpassar sig till marknadens behov (tredje övervägandet), och för det ändamålet garantera dem friheten att "styra tillgången och marknadsföringen av tjänster och bestämma priserna för tjänsterna" (artikel 5.3 i direktiv 91/440).
- 170 Slutligen har UIC och NS hävdad att det omtvistade beslutet leder till att rätten att bilda internationella sammanslutningar äventyras, eftersom kommissionen har tolkat artikel 85.1 i fördraget på ett sådant sätt att bildandet av varje internationell sammanslutning utgör en överträdelse av denna artikel. Även om bildandet av en internationell sammanslutning skulle kunna undantas från förbudet i artikel 85.1 i fördraget i enlighet med artikel 85.3, medför icke desto mindre de villkor som kommissionen har förenat undantaget med i det här fallet, nämligen en begränsad giltighetstid på sju år och skyldigheten att tillhandahålla nödvändiga järnvägstjänster till alla transportföretag på samma villkor som till ENS, att tillämpningen av direktiv 91/440 blir skenbar, enligt sökandena. De villkor som kommissionen har föreskrivit tvingar indirekt deltagarna i internationella sammanslutningar att tillhandahålla den egna sammanslutningen de "nödvändiga järnvägstjänsterna" på

oförmånliga villkor, vilket medför att de fräntas friheten att bestämma de affärs-mässiga villkoren för att tillhandahålla sina tjänster till tredje man. Parterna till en sammanslutning skulle på så sätt kunna se sig tvungna att dela de fördelar som följer av samarbetet med vilken tredje man som helst, fastän tredje man inte delar vare sig kostnaderna för genomförandet av ett nydanande projekt eller de affärs-mässiga risker som följer av detta.

- 171 Kommissionen har hävdat att argumentet att konkurrensreglerna i EG-fördraget inte är tillämpliga på järnvägstransport strider mot den rättspraxis som finns på området och därför inte skall godtas (se domstolens dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike, REG 1974, s. 359, svensk specialutgåva, volym 2, s. 195, och av den 30 april 1986 i förenade målen 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 och 213/84, Asjes m. fl., REG 1986, s. 1425, svensk specialutgåva, volym 8).
- 172 Kommissionen har betonat att deltagandet av samtliga fyra järnvägsföretag inte är nödvändigt i detta fall för att driva de linjer som avtalen om ENS avser. Kommissionen anser att varje linje som ENS är verksam på skulle kunna drivas av en internationell sammanslutning bestående av två järnvägsföretag som är etablerade i den medlemsstat där avresan sker respektive i den medlemsstat där den slutliga destinationen ligger. Linjen London—Frankfurt/Dortmund skulle kunna trafikerars av en sammanslutning bestående av BR och DB, som har rätt till tillgång till infrastrukturen i respektive medlemsstat där de är etablerade samt rätt till transit i Belgien, Frankrike och genom tunneln under Engelska kanalen. På samma sätt skulle tjänsten mellan London och Amsterdam kunna drivas av en sammanslutning bestående av BR och NS, som har rätt till tillgång i Förenade kungariket och Nederländerna samt rätt till transit i Belgien, Frankrike och genom tunneln under Engelska kanalen.
- 173 Enligt kommissionen bekräftas denna bedömning av tre saker. För det första är ENS inte ett järnvägsföretag i den mening som avses i direktivet, utan ett transportföretag, som för att tillhandahålla ifrågavarande nattliga järnvägstjänster köper de nödvändiga järnvägstjänsterna av järnvägsföretag. Kommissionen har tillbakavissat sökandenas påstående att ENS endast utgör ett redskap för grundarna för att erbjuda internationella järnvägstransporttjänster till allmänheten enligt de tillämpliga reglerna i direktiv 91/440. ENS utövar inte själv den rätt som i direktivet ges till internationella sammanslutningar av järnvägsföretag, det vill säga rätt att

använda egna tåg och tillhandahålla egen järnvägsdragkraft, eftersom ENS är tvungen att köpa dessa tjänster från grundarna och från SNCB. Följaktligen omfattas ENS inte av direktivet, eftersom ENS i verkligheten utgör endast en variant på det traditionella samarbets sättet mellan järnvägsföretag, och i motsats till vad sökandena påstår, är ENS och de berörda järnvägsföretagen inte verksamma på samma marknad. Följaktligen är argumentet att beslutet skulle stå i strid med direktivet och att det skulle utvidga den grupp av företag som har getts befogenhet att få tillgång till järnvägsinfrastrukturen utan relevans. Till stöd för argumentet att ENS och grundarna är verksamma på två olika marknader har kommissionen åberopat rättspraxis, enligt vilken det i vissa fall skall göras åtskillnad mellan två marknader, som trots att de hänger samman ändå är skilda (domstolens dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, REG 1974, s. 223, svensk specialutgåva, volym 2, s. 229, av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin mot kommissionen, REG 1979, s. 1869, av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM, REG 1985, s. 3261; förstainstansrättens dom av den 10 juli 1991 i mål T-69/89, RTE mot kommissionen, REG 1991, s. II-485, och av den 10 juli 1991 i mål T-70/89, BBC mot kommissionen, REG 1991, s. II-535).

- 174 Vad beträffar sökandenas argument att en åtskillnad mellan marknaden för transporttjänster och marknaden för nödvändiga järnvägstjänster är desto mer ogrundad eftersom ett stort antal transporttjänster inom sektorn för passagerarbefordran tillhandahålls av "tåg med integrerad motorvagn" där lokomotivet utgör en oskiljaktig del av tåget, har kommissionen angett att ENS själv endast erhåller lokomotivet från grundarna och erhåller järnvägsvagnarna separat.
- 175 För det andra har linjen Bryssel—Glasgow/Plymouth drivits av ENS trots att SNCB inte är part till avtalen, vilket enligt kommissionen visar att deltagandet av vart och ett av de fyra järnvägsföretagen som är etablerade i medlemsstaterna i fråga inte är en nödvändig förutsättning för driften av tjänsten i fråga.

- 176 För det tredje har BR, SNCF och Intercontainer bildat ett samriskföretag som kallas ACI och som är specialiserat på kombinerad godstransport mellan Förenade kungariket och kontinenten, vilket enligt kommissionen inte heller utgör ett järnvägsföretag i den mening som avses i direktivet, utan ett transportföretag med endast två järnvägsföretag bland aktieägarna. Detta samriskföretag är verksamt på motsvarande sätt som ENS, det vill säga genom att köpa de nödvändiga järnvägstjänsterna av järnvägsföretag för att tillhandahålla transporttjänster.
- 177 Kommissionen har dessutom gjort gällande att de transportföretag som inte själva har ställning av järnvägsföretag, och som alltså inte har rätt till tillgång till järnvägsinfrastrukturen, ändå skulle kunna erbjuda tågtransporttjänster genom att köpa tjänster för dragkraft och rätt till tillgång till infrastrukturen av järnvägsföretag, i likhet med ENS och ACI. Av detta följer att rätten att erbjuda tjänster för passagerarbefordran på järnväg inte kan reserveras åt ENS. För övrigt skall ordföranden i ENS, i ett brev av den 13 april 1994 adresserat till kommissionen (bilaga 6 till inlagan), ha bekräftat järnvägsföretagens överenskommelse att tillhandahålla konkurrenterna på samma linje de nödvändiga tjänsterna. Enligt kommissionen skall ENS även före ovannämnda brev genom brev av den 4 juni 1992 ha informerat om parternas beslut att "villkorslöst" tillhandahålla dragkraft och övriga nödvändiga tjänster till de konkurrenter till ENS som är verksamma på de linjer som ENS trafikerar.
- 178 Kommissionen anser dessutom att järnvägsföretagens oberoende inte på något sätt har minskat genom det föreskrivna villkoret. Som alla företag inom gemenskapen är dessa företag underkastade skyldigheten att beakta icke-diskrimineringsprincipen och de konkurrensrättsliga reglerna, såsom framgår av domstolens dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike och i det ovannämnda målet Asjes m. fl.
- 179 Slutligen har kommissionen förkastat sökandenas invändning att kommissionen skulle anse att varje internationell sammanslutning omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget och att kommissionen har ålagt de anmälade parterna avskräckande villkor som äventyrar ändamålet med direktiv 91/440 och

bildandet av andra internationella sammanslutningar. Att bildandet av sammanslutningar uppmuntras medför inte att alla internationella sammanslutningar av järnvägsföretag automatiskt skall anses vara förenliga med de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna.

Förstainstansrättens bedömning

- 180 Enligt det omtvistade beslutet är de berörda järnvägsföretagen verksamma på två marknader: en marknad i det tidigare tjänsteledet, nämligen marknaden för tillhandahållandet av nödvändiga järnvägstjänster, och en marknad i det senare tjänsteledet, nämligen marknaden för tillhandahållandet av tjänster för passagerarbefordran. På den sistnämnda marknaden påstås inte bara järnvägsföretag vara verksamma, utan även en annan grupp av företag, transportföretagen, som för att vara verksamma på denna marknad dock är tvungna att på förhand köpa de nödvändiga järnvägstjänster som tillhandahålls av järnvägsföretagen på marknaden i det tidigare tjänsteledet. Enligt kommissionen utgör ENS ett konkret exempel på denna grupp av transportföretag, så att varje privilegierad behandling som ENS får av de anmälade företagen även skall ges tredje man under samma tekniska och ekonomiska villkor, vare sig det rör sig om internationella sammanslutningar eller transportföretag. Enligt artikel 2 i det omtvistade beslutet omfattar de nödvändiga tjänsterna i fråga tillhandahållandet av lokomotiv, personal och genomfarter på varje nationellt järnvägsnät samt genom tunneln under Engelska kanalen.
- 181 Följaktligen skall det undersökas om kommissionen, genom att ålägga grundarna villkoret att de nödvändiga järnvägstjänsterna inte bara skall tillhandahållas internationella sammanslutningar utan även transportföretag såsom ENS, har tillämpat konkurrensreglerna i strid med de tillämpliga bestämmelserna i direktiv 91/440, vilket sökandena har hävdats, så att antingen det omtvistade beslutet utgör en form av maktmissbruk eller behörighet saknats för att fatta beslutet i fråga. En sådan granskning förutsätter att det först klargörs huruvida ENS utgör ett transportföretag, vilket kommissionen har hävdats, eller om det tvärtom utgör en internationell sammanslutning i den mening som avses i direktiv 91/440, vilket sökandena har

hävdad. Det är på grundval av svaret på denna fråga som det skall undersökas om det var berättigat av kommissionen att i sin bedömning av de konkurrensbegränsningar mellan grundarna som följer av att varje järnvägsföretag som är part i avtalen om ENS skulle kunna antingen bilda ett särskilt företag i egenskap av transportföretag eller själv utföra de uppgifter som ett transportföretag utför och konkurrera med ENS, genom att av de berörda järnvägsföretagen köpa samma nödvändiga järnvägstjänster (se ovan punkterna 147 och 148).

- 182 I artikel 3 i direktiv 91/440 definieras en internationell sammanslutning som "varje sammanslutning av minst 2 järnvägsföretag i olika medlemsländer med ändamål att utföra internationella transporter mellan medlemsstaterna". I denna bestämmelse definieras inte vilken särskild form ett sådant företag skall anta. Det viktigaste rekvisitet enligt denna definition är att det skall röra sig om en slags sammanslutning som gör det möjligt att tillhandahålla internationella transporttjänster, oavsett vilken samarbetsform som valts för det ändamålet. Förstainstansrätten anser, i motsats till kommissionens påstående, att i avsaknad av en uttrycklig exakt definition i direktiv 91/440 kan begreppet "internationell sammanslutning" inte anses omfatta endast "kooperativa" former av sammanslutningar ("traditionella avtal om gemensam drift") och utesluta alla andra associationsformer, såsom ett samriskföretag av kooperativ karaktär, eller till och med av koncentrativ karaktär.
- 183 Denna slutsats motsägs inte av argumentet att direktiv 91/440 enligt artikel 2 i direktivet endast är tillämpligt på järnvägsföretag, det vill säga endast företag vars huvudsakliga verksamhet är gods- och/eller passagerarbefordran på järnväg och som själva säkerställer dragkraft (artikel 3 i direktiv 91/440), vilket skulle innebära att ENS inte skulle kunna åberopa bestämmelserna i direktivet och ställningen av internationell sammanslutning, eftersom ENS köper dragkraft av de anmälade parterna. Som kommissionen själv har betonat i sina skriftliga yttranden, klargjordes det vid antagandet av direktiv 91/440 i ett gemensamt uttalande tillsammans med rådet att begreppet dragkraft inte nödvändigtvis förutsätter ägandet av sådan. Även om dessa uttalanden saknar rättslig betydelse, har kommissionen icke desto mindre redan gjort det ovannämnda uttalandet till sitt eget i sin beslutspraxis på området, såsom framgår av punkt 6 i kommissionens beslut 93/174/EG av den

24 februari 1993 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/34.494 — Tariffstrukturer för kombinerad godstransport) (EGT L 73, s. 38). Enligt detta beslut "skall med järnvägsföretag avses alla företag som är etablerade eller som kommer att etablera sig i en medlemsstat och som förfogar över järnvägsdragkraft. Begreppet dragkraft förutsätter inte nödvändigtvis ägande av materiel för dragkraft eller användandet av egen personal."

184 Eftersom en internationell sammanslutning, som nyss konstaterades, kan anta formen av ett kooperativt samriskföretag såsom ENS, följer det, för det andra, av själva karaktären hos en sådan bolagsform att grundarna, i egenskap av järnvägsföretag som utövar de rättigheter som direktivet ger dem, istället för att direkt förse samriskföretaget med den materiel och den personal som krävs för att den skall kunna utöva sin verksamhet på marknaden, kan tillhandahålla detta till samriskföretaget på grundval av samarbetsavtal som slutits med detta, utan att detta val av organisation av samriskföretagets verksamhet kan påverka dess rättsliga kvalificering som internationell sammanslutning i den mening som avses i direktiv 91/440. Som sökandena har förklarat i sitt skriftliga svar på förstainstansrättens frågor och vid förhandlingen, utan att bli motsagda av kommissionen, berodde valet att tillhandahålla ENS lokomotiv och besättning genom driftsavtal endast på skattemässiga överväganden och inte på att ENS förväntades vara verksamt på marknaden i egenskap av transportföretag. Den omständigheten att ENS inte är inregistrerat i Förenade kungariket som ett järnvägsföretag, vilket sökandena har angett i svaren på förstainstansrättens skriftliga frågor, påverkar inte ENS rättsliga kvalificering som internationell sammanslutning, eftersom det är tillräckligt att grundarna har järnvägstillstånd för att ENS tåg skall få trafikera linjerna i fråga, något som kommissionen själv förklarade vid förhandlingen.

185 För det tredje framgår det av handlingarna i målet att, såsom sökandena har gjort gällande, finns det inte några transportföretag som bedriver verksamhet för passagerarbefordran på järnväg inom järnvägssektorn. Varken i det omtvistade beslutet eller i kommissionens inlagor har det getts något exempel på en sådan grupp av företag i fråga om passagerarbefordran på järnväg. Kommissionens hänvisning till företaget ACI är inte relevant i det här avseendet. En sådan hänvisning bortser från

den specifika karaktären av marknaden för passagerarbefordran på järnväg, som tydligt skiljer sig från marknaden för kombinerad godstransport där ACI är verksamt som transportföretag. På marknaden för kombinerad godstransport säljer järnvägsföretagen inte transporttjänster direkt till befraktarna utom i sällsynta undantagsfall vid viktiga försändelser. På denna marknad tas kombinerade transporttjänster fram och säljs till befraktarna av företag som har specialiserat sig på kombinerade transporter, vilka eventuellt är dotterbolag till järnvägsföretag. Dessa aktörer utgör transportföretag som förfogar över särskild materiel, nämligen verktyg och hjälpmedel för godshantering och särskilda järnvägsvagnar. För att utföra sina tjänster måste de köpa tjänster avseende järnvägsdragkraft och tillgång till järnvägsinfrastrukturen av järnvägsföretagen, som är de enda som kan tillhandahålla detta (se punkt 6—8 i det ovannämnda ACI-beslutet, samt kommissionens beslut 94/210/EG av den 29 mars 1994 om ett förfarande för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (EGT L 104, s. 34, punkt 10—12)).

- 186 Även om marknaden för kombinerad godstransport på järnväg vid den aktuella tidpunkten kännetecknades av att den i viss mån var öppen, i den mening att inte bara järnvägsföretagen var verksamma där, var det inte likadant på marknaden för passagerarbefordran, där endast järnvägsföretag och i viss mån internationella samslutningar som dessa tillhör var verksamma.
- 187 Av detta följer att kommissionen inte på ett giltigt sätt kunde hänvisa till förhållandena på en separat och särskild marknad, nämligen marknaden för kombinerad godstransport, för att motivera att ENS kvalificerades som ett transportföretag.
- 188 Denna slutsats motsägs inte heller av den omständigheten att ENS till en början trafikerade linjen Bryssel—Glasgow/Plymouth, trots att SNCB, som ENS hade erhållit rätten till tillgång till den belgiska infrastrukturen ifrån, inte utgjorde en av grundarna. Som sökandena har gjort gällande rörde det sig i förevarande mål om ett traditionellt samarbetsavtal mellan olika järnvägsnät. Möjligheten för ENS att

som internationell sammanslutning i den mening som avses i direktiv 91/440 underteckna denna typ av avtal med utomstående järnvägsföretag för att genom avtal erhålla tillgång berörs inte av detta direktiv.

- 189 Förstainstansrätten anser att det framgår av det ovan anförda att kommissionens bedömning, att ENS rättsligt skall kvalificeras som transportföretag, är baserad på felaktiga antaganden. Det är således inte nödvändigt att undersöka om kommissionen har gjort sig skyldig till maktmissbruk eller om den saknade behörighet för att fatta det omtvistade beslutet. Eftersom, såsom nyss konstaterats, inga transportföretag bedriver verksamhet på den nuvarande marknaden för passagerarbefordran på järnväg, baseras kommissionens bedömning av konkurrensbegränsningarna mellan grundarna, som hör samman med att var och en av dessa skulle kunna vara verksam som transportföretag på marknaden i fråga i konkurrens med ENS och de övriga grundarna (se ovan punkt 147), på samma felaktiga antaganden och kan inte heller godtas (se ovan punkt 148).

3. *Den tredje grunden: Huruvida det villkor som föreskrivs i artikel 2 i det omtvistade beslutet är oproportionerligt och inte nödvändigt*

Parternas argument

- 190 EPS, ENS och SNCF har hävdad att kommissionen har tillämpat teorin om "oumbärliga resurser" på ett felaktigt sätt genom att ålägga de anmälande parterna skyldigheten att tillhandahålla andra internationella sammanslutningar och transportföretag samma nödvändiga järnvägstjänster som de tillhandahåller ENS, eftersom ingen av de tjänster som tillhandahålls ENS uppfyller villkoren för tillämpning av denna teori, fränsett tillhandahållandet av genomfarter som under vissa villkor föreskrivs i direktiv 91/440. NS har i det avseendet tillagt att en sådan skyldighet inte bara skulle leda till att de ansträngningar som järnvägsföretagen har gjort för att bilda internationella sammanslutningar äventyras, utan även skulle tvinga dem att dela resultatet av detta samarbete med tredje man, utan att tredje man har

behövt bära de affärsmässiga risker som tagits. Enligt NS skulle de ekonomiska effekterna av en skyldighet för järnvägsföretagen att tillhandahålla transportföretag nödvändiga tjänster på villkor som de inte får fastställa fritt motsvara expropriation.

- 191 Sökandena har gjort gällande att teorin om oundgängliga resurser endast är tillämplig vid tillämpning av artikel 86 i fördraget, då ett företag vägrar att ge konkurrenter tillgång till anläggningar eller tjänster, som är oundgängliga såväl för konkurrentens konkurrenskraft som för förekomsten av konkurrens.
- 192 I förevarande mål har kommissionen enligt sökandena inte gjort någon åtskillnad mellan de anläggningar eller de tjänster som endast utgör en fördel för konkurrenterna och de som är oundgängliga för att bevara konkurrensen. Det sistnämnda villkoret har inte undersökts, eftersom även om ägandet av eller kontrollen över infrastrukturen kan anses utgöra en "oundgänglig anläggning eller tjänst", har tillgången till dessa dock förbehållits internationella sammanslutningar genom direktiv 91/440, och eftersom det omtvistade beslutet inte innehåller något bevis för att järnvägsföretagen ensamma har rätt till tillgång till de lokomotiv som används för de nattliga tjänsterna genom tunneln under Engelska kanalen och personal för körning eller drift, eller att alla nuvarande eller potentiella konkurrenter skulle ha svårighet att erhålla sådan tillgång. I det avseendet har ENS och EPS gjort gällande att lokomotiv som är särskilt utformade för genomfart genom tunneln under Engelska kanalen eller som kan köras där kan köpas hos tillverkare eller hyras av andra som tillhandahåller järnvägstjänster på den fria marknaden. Kommissionen har inte heller undersökt tillgängligheten av lokomotiv eller tågpersonal, och kommissionen har inte visat att det råder brist på kvalificerad järnvägspersonal. Det föreskrivna villkoret ålägger dessutom järnvägsföretagen att tillhandahålla internationella sammanslutningar och transportföretag på sina järnvägsnät de nödvändiga järnvägstjänsterna, det vill säga utöver och vid sidan av de berörda linjerna.

- 193 Sökandena anser även att det föreskrivna villkoret inte är nödvändigt. För det första står det inte i proportion till den första konkurrensbegränsningen som angavs i beslutet, det vill säga den konkurrensbegränsning som finns mellan parterna på grund av bildandet av samriskföretaget. För det andra saknar villkoret motivering vad beträffar konkurrensbegränsningen i förhållande till tredje man, som följer av den dominerande ställning som ENS moderbolag har vad beträffar tillhandahållandet av järnvägstjänster i de medlemsstater där de har sitt ursprung. För det första har inget av järnvägsföretagen upprättat en exklusiv relation med ENS, utan de är fria att låta andra företag använda deras lokomotiv, personal och de järnvägsspår som de har rätt till. Eftersom marknaden för affärsresor och marknaden för turistresor på de berörda linjerna även omfattar transport med flyg, buss och personbil, innehar ENS inte en dominerande ställning. Vägran att tillhandahålla tredje man de tjänster som avses i beslutet har därför ingen inverkan på konkurrensen på dessa marknader i det senare tjänsteledet. Härav följer att det inte är nödvändigt att ett framtida tjänsteföretag för passagerarbefordran erhåller järnvägstjänsterna i fråga för att vara verksam på marknaden, enligt den definition som har getts i beslutet. I vilket fall som helst har kommissionen inte tillhandahållit något bevis som härrör från tredje man, särskilt nuvarande eller potentiellt konkurrerande tjänsteföretag, till stöd för påståendet att samriskföretaget riskerar att försätta övriga företag i en ogynnsam ställning. Kommissionens farhågor är således rent hypotetiska.
- 194 Inledningsvis har kommissionen erinrat om att ett liknande villkor föreskrevs i ACI-beslutet. ACI är ett samriskföretag till BR, SNCF och Intercontainer för godstransport mellan Förenade kungariket och kontinenten. Kommissionen har åberopat den omständigheten att detta beslut inte har överklagats av grundarna.
- 195 Kommissionen har även klargjort att enligt det föreskrivna villkoret krävs inte att grundarna av ENS tillhandahåller tredje man alla de tjänster som dessa tillhandahåller det gemensamma dotterbolaget (städning, marknadsföring). I synnerhet har ingen skyldighet ålagts grundarna av ENS vad beträffar järnvägsvagnarna, vars inköpskostnad utgör det främsta hindret för inträde på marknaden enligt grundarna själva.

- 196 Kommissionen har gjort gällande att tillgången till järnvägsinfrastrukturen för närvarande i de flesta fall kontrolleras av järnvägsföretagen i egenskap av förvaltare av infrastrukturen och att tillgången till infrastrukturen utgör ett betydande hinder för inträde på järnvägsdelen av den relevanta marknaden. I den mån som förvaltarna av infrastrukturen och järnvägsföretagen är skilda företag, har den skyldighet som följer för dessa företag av det föreskrivna villkoret ingen inverkan.
- 197 Vad beträffar speciallokomotiven och personalen på dessa, har kommissionen angett att det i verkligheten endast är de järnvägsföretag som grundade ENS som innehar sådana, även om de teoretiskt sett kan tillhöra andra än de järnvägsföretag som grundade ENS och i förekommande fall kan köpas eller hyras av transportföretag. Det är därför faktiskt och praktiskt omöjligt för transportföretagen att hitta ett alternativ. Under dessa omständigheter är det enligt kommissionen ostridigt att järnvägsföretag har en dominerande ställning på marknaden för oundgängliga tjänster, vilket enligt domstolens och förstainstansrättens praxis (dom i det ovannämnda målet Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, i det ovannämnda målet CBEM, i det ovannämnda målet RTE mot kommissionen, samt i det ovannämnda målet BBC mot kommissionen) motiverar det villkor som föreskrivits.
- 198 Vad beträffar invändningen att det föreskrivna villkoret är oproportionerligt har kommissionen gjort gällande att rätt till tillgång till infrastrukturen, som enligt direktivet har reserverats åt järnvägsföretagen och internationella sammanslutningar av dessa företag, inte innebär att andra transportföretag inte kan tillhandahålla tjänster som motsvarar dem som ENS erbjuder. Eftersom endast järnvägsföretagen har tillgång till infrastrukturen och nya aktörer inte har getts befogenhet genom direktivet att själva kräva att få genomfarter av de berörda förvaltarna av infrastrukturen, skall järnvägsföretagen tillhandahålla genomfarter till aktörerna för att ge dem tillträde till marknaden. I det föreskrivna villkoret avses dessutom endast de järnvägstjänster som är nödvändiga för inträde på järnvägsdelen av de relevanta marknaderna. Villkoret är därför inte oproportionerligt, utan säkerställer närvaron av flera järnvägstransportföretag för att öka konkurrensen med övriga transportformer.

- 199 Kommissionen har bestridit tolkningen att det föreskrivna villkoret tvingar de berörda järnvägsföretagen att tillhandahålla de nödvändiga järnvägstjänsterna på alla järnvägsnät, det vill säga inte bara på de linjer som berörs. Skyldigheten i fråga rör endast tillträdet till de marknader som har identifierats i det omtvistade beslutet.
- 200 Slutligen har kommissionen hävdat att det saknar relevans att avtalet mellan järnvägsföretagen och ENS inte är av exklusiv karaktär. Eftersom järnvägsföretagen enligt avtalet delar ENS vinster och förluster, är det enligt kommissionen osannolikt att dessa företag skulle vilja tillhandahålla potentiella konkurrenter några tjänster.
- 201 Intervenienten Förenade kungariket har hävdat att det föreskrivna villkoret inte kan anses vara nödvändigt, eftersom kommissionen redan i punkt 65 i beslutet ansåg att konkurrensbegränsningarna var nödvändiga i det här fallet. Den motivering som har åberopats, angående nödvändigheten av att säkerställa att det finns järnvägstransportföretag på marknaden som är konkurrenter till ENS, är olämplig eftersom det inte finns några sådana konkurrenter. På grund av detta har kommissionen snedvridit konkurrensvillkoren genom att på ett konstlat sätt uppmuntra aktörer att tränga in på marknaden, vilket kommissionen inte var behörig att göra med stöd av artikel 13 i förordning nr 1017/68.
- 202 Enligt Förenade kungariket saknar dessutom det omtvistade beslutet motivering, eftersom det inte på ett lämpligt och tillräckligt sätt redogör för skälen för att kommissionen har tillämpat teorin om "oumbärliga resurser". I vilket fall som helst är de villkor som uppställs för tillämpningen av denna teori inte uppfyllda. Om järnvägsföretagen inte hade en dominerande ställning på de marknader som kommissionen har identifierat i sitt beslut, skulle järnvägstjänsterna i fråga inte kvalificeras som oumbärliga för konkurrenternas inträde på dessa marknader. Motiveringen till det föreskrivna villkoret, som baseras på uppdelningen av marknaderna i fråga, visar för övrigt bristen i kommissionens resonemang som i detta

avseende strider mot den bedömning av marknaden som angetts i beslutet. Eftersom kommissionen i sitt beslut har angett att parterna till avtalen om ENS skall tillhandahålla nya aktörer de "nödvändiga järnvägstjänsterna", om dessa inte själva kan tillhandahålla dessa tjänster, har kommissionen underförstått medgett att järnvägsföretagen inte är ensamma om att kontrollera de anläggningar och tjänster vars tillgång anses vara oundgänglig, vilket medför att det föreskrivna villkoret är ogrundat.

- 203 Som svar på Förenade kungarikets påståenden har kommissionen angett att ett konstaterande att ett avtal varigenom ett samriskföretag bildas medför konkurrensbegränsningar som anses som nödvändiga, innebär inte att alla typer av begränsningar är nödvändiga. Det föreskrivna villkoret var avsett att just hindra konkurrensbegränsningar som överskrider vad som är nödvändigt. Det föreskrivna villkoret speglar hänsyn som inte rör teorin om "oundgängliga resurser", och som i förevarande fall syftar till att möjliggöra att de villkor för undantag som uppställs i artikel 85.3 i fördraget och artikel 5 i förordning nr 1017/68 skall anses uppfyllda.
- 204 Slutligen har kommissionen gjort gällande att på en sådan heterogen marknad som den som har definierats i beslutet är det inte nödvändigt att det införs hinder för tillträde på varje del av marknaden. Om ett sådant synsätt intogs skulle konsekvensen bli att när en transportform dominerar på en multimodal marknad skulle endast hindren för tredje mans tillträde till denna transportform omfattas av artikel 85 i fördraget, medan övriga transportformer skulle undgå tillämpning av konkurrensrätten.

Förstainstansrättens bedömning

- 205 Enligt punkt 79 i det omtvistade beslutet har villkoret som avses i artikel 2 i beslutet föreskrivits för att "undvika att konkurrensbegränsningarna överskrider vad som är nödvändigt".

- 206 Det framgår av förstainstansrättens bedömning av den första och den andra grunden att kommissionen i det omtvistade beslutet inte kan anses ha bedömt det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalen om ENS ingår i på ett riktigt och tillräckligt sätt. Följaktligen har det inte visats att avtalen om ENS begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och följaktligen inte heller att det krävs ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Under dessa omständigheter och i avsaknad av relevanta bedömningsgrunder i det omtvistade beslutet rörande strukturen av och villkoren på den marknad som ENS är verksam på samt graden av konkurrens på denna marknad och följaktligen karaktären av och omfattningen av de påstådda konkurrensbegränsningarna, kunde kommissionen inte bedöma om det villkor som föreskrevs i artikel 2 i det omtvistade beslutet var nödvändigt eller ej för beviljande av ett eventuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget.
- 207 Även för det fall att kommissionen hade gjort en tillräcklig och korrekt bedömning av konkurrensbegränsningarna i fråga, skall det undersökas huruvida kommissionen har tillämpat artikel 85.3 i fördraget på ett korrekt sätt genom att ålägga de anmälade parterna villkoret att genomfarter, lokomotiv och personal skall tillhandahållas tredje man på samma villkor som för ENS, på grund av att de är nödvändiga eller utgör oundgängliga resurser, vilket har diskuterats i parternas inlagor och vid förhandlingen.
- 208 I det avseendet följer det av rättspraxis angående tillämpningen av artikel 86 att en produkt eller tjänst endast anses vara oundgänglig eller nödvändig om det inte finns någon faktisk eller potentiell ersättning för den (domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743, punkterna 53 och 54, samt förstainstansrättens dom av den 12 juni 1997 i mål T-504/93, Tiercé Ladbroke mot kommissionen, REG 1997, s. II-923, punkt 131).
- 209 Följaktligen anser förstainstansrätten att då det som i förevarande mål rör sig om ett avtal om bildandet av ett samriskföretag som omfattas av artikel 85.1 i fördraget skall moderbolagen och/eller det samriskföretag som därigenom bildats anses inneha infrastruktur, produkter eller tjänster som är "nödvändiga" eller "oundgängliga" för tillträde till den relevanta marknaden endast såvida infrastrukturen,

produkterna eller tjänsterna inte är "utbytbara", och det på grund av deras särskilda kännetecken och särskilt det oöverkomliga priset för att framställa dessa och/eller den tid som rimligen krävs för det ändamålet inte finns några genomförbara alternativ för potentiella konkurrenter till samriskföretaget, som på grund av detta är utestängda från marknaden.

210 Det är mot bakgrund av de överväganden som anförts ovan och i analogi med ovannämnda rättspraxis (se ovan punkt 208) som det skall undersökas, för det första, om kommissionen i förevarande mål på ett giltigt sätt kunde kvalificera grundarnas tillhandahållande av a) genomfarter, b) lokomotiv, och c) personal till ENS som oundgängliga eller nödvändiga tjänster och, för det andra, huruvida kommissionen har lämnat en tillräcklig motivering av sitt beslut. Slutligen skall det på grundval av denna bedömning även kontrolleras om kommissionens bedömning av de påstådda konkurrensbegränsningarna i förhållande till tredje man, som följde av den privilegierade relationen mellan grundarna och ENS, var berättigad (se ovan punkt 151).

211 Vad först beträffar genomfarterna skall det konstateras att även om det i artikel 2 i det omtvistade beslutet föreskrivs att de anmälade företagen "vid behov skall tillhandahålla varje internationell sammanslutning av järnvägsföretag genomfarter", skall enligt rättspraxis de bindande delarna i ett beslut ses mot bakgrund av den motivering som stödjer det, nämligen punkt 81 i det omtvistade beslutet i förevarande mål. Det följer av punkt 81 att de anmälade företagen "inte är skyldiga att tillhandahålla en genomfart, om begäran görs av en sammanslutning av järnvägsföretag i den mening som avses i artikel 10 i direktiv 91/440/EEG, som själv kan begära en genomfart hos berörda förvaltare av infrastrukturen". Följaktligen föreskrivs en sådan skyldighet i det omtvistade beslutet endast för de fall när tredje man inte är en internationell sammanslutning utan, som kommissionen har hävdad, ett transportföretag, såsom ENS. Som nyss konstaterades är dock ENS inte ett transportföretag, utan en internationell sammanslutning i den mening som avses i direktiv 91/440. Begreppet transportföretag är ett okänt begrepp på den aktuella järnvägsmarknaden för passagerarbefordran. Följaktligen är villkoret som är under prövning baserat på felaktiga förutsättningar, eftersom det syftar till att tvinga

grundarna som redan har genomfarter att tillhandahålla dessa till tredje man som är verksam som transportföretag. Villkoret är därför ogrundat.

- 212 Vad för det andra beträffar tillhandahållandet av lokomotiv skall det, som nyss har understrukits, noteras att för att lokomotiven skall anses utgöra oundgängliga eller nödvändiga resurser, krävs det att de utgör oundgängliga resurser för ENS konkurrenter, i den mening att om konkurrenterna inte förfogar över dessa skulle de inte kunna tränga in på marknaden eller fortsätta att vara verksamma på denna. Eftersom marknaden i fråga i det omtvistade beslutet har definierats som en intermodal transportmarknad för affärsresenärer och som en intermodal transportmarknad för fritidsresenärer, och eftersom ENS marknadsandel på de två intermodala marknaderna inte överstiger 7 respektive 8 procent enligt kommissionen, eller rent av 5 procent enligt parternas anmälan, kan det inte anses att de anmälade parternas eventuella vägran att tillhandahålla speciallokomotiv för genomfarten genom tunneln under Engelska kanalen till konkurrenter till ENS skulle leda till att dessa utestängs från marknaden i fråga, såsom den har definierats i det omtvistade beslutet. Det har inte visats att ett företag med en så liten marknadsandel kan vara i stånd att utöva något inflytande över ifrågasvarande marknads villkor eller struktur.
- 213 Det är endast på en helt annan marknad, nämligen den intramodala marknaden för järnvägstransport av affärsresenärer och turister, där järnvägsföretagen vid den aktuella tidpunkten hade en dominerande ställning, som en vägran att tillhandahålla lokomotiv eventuellt skulle kunna ha en inverkan på konkurrensen. Det skall dock betonas att det inte är den intramodala marknaden som kommissionen har ansett utgöra den relevanta marknaden, utan den intermodala marknaden (se punkt 17—27 i det omtvistade beslutet). Det var först vid det skriftliga förfarandet som kommissionen för första gången hänvisade till den intramodala marknaden för järnvägstjänster, som en del av den intermodala transportmarknaden för affärsresenärer och turister, för att motivera den skyldighet som ålagts de anmälade företagen att tillhandahålla lokomotiv till ENS konkurrenter. Även om det inte kan uteslutas att bedömningen av effekterna av ett avtal kan göras såväl på en huvudsaklig marknad som på en del av marknaden, kvarstår dock att såväl åtskillnaden mellan den huvudsakliga marknaden och delen (delarna) av denna marknad som de

skäl som motiverar en sådan åtskillnad på ett klart och entydigt sätt skall framgå av ett beslut om tillämpning av artikel 85.1 i fördraget, vilket inte är fallet i förevarande mål.

- 214 Även om det skulle antas att de förklaringar som kommissionen har gett i det avseendet vid det skriftliga förfarandet inte utgör en omdefiniering av den relevanta marknaden, såsom den har definierats i punkt 17—27 i det omtvistade beslutet, utan snarare syftar till att ytterligare klargöra denna definition, saknar kommissionens bedömning i förevarande mål en motivering.
- 215 Som sökandena har gjort gällande, innehåller det omtvistade beslutet inga bedömningsgrunder som visar att lokomotiven i fråga är oundgängliga eller nödvändiga. I synnerhet framgår det inte av det omtvistade beslutet att tredje man inte kan få tag på sådana lokomotiv antingen direkt hos tillverkarna eller indirekt genom att köpa eller hyra lokomotiv av utomstående företag. Handlingarna i målet innehåller inte heller någon brevväxling mellan kommissionen och tredje man, där det framgår att tredje man inte kan erhålla lokomotiven i fråga på marknaden. Som sökandena har understrukit, kan varje företag som vill driva samma järnvägstjänster som ENS genom att använda tunneln under Engelska kanalen fritt köpa eller hyra lokomotiven i fråga på marknaden. Dessutom framgår det av handlingarna i målet att de avtal om tillhandahållande av lokomotiv, som slutits mellan de anmälade företagen och ENS, inte innehåller någon ensamrätt för ENS. Vart och ett av de anmälade företagen har följaktligen frihet att tillhandahålla samma lokomotiv till tredje man och inte bara till ENS.
- 216 Det skall i det avseendet noteras att kommissionen inte har bestridit att tredje man fritt kan köpa eller hyra lokomotiven i fråga på marknaden, utan kommissionen har begränsat sig till att anse att det i själva verket rör sig om en rent teoretisk möjlighet och att endast de anmälade företagen verkligen innehar dessa lokomo-

tiv. Detta argument från kommissionen kan emellertid inte godtas. Det faktum att de anmälade parterna var först med att skaffa sig lokomotiven i fråga innebär inte att de är de enda som kan skaffa sig dessa.

- 217 Härav följer att kommissionens bedömning av den oundgängliga eller nödvändiga karaktären av speciallokomotiven för genomfarten genom tunneln under Engelska kanalen och, följaktligen, skyldigheten att tillhandahålla sådana lokomotiv till tredje man som ålagts grundarna, saknar motivering eller åtminstone har en otillräcklig motivering.
- 218 Av samma skäl som angetts ovan är den skyldighet som ålagts grundarna att även tillhandahålla tredje man personal till speciallokomotiven för genomfarten genom tunneln under Engelska kanalen behäftat med samma fel, nämligen brist på motivering eller otillräcklig motivering.
- 219 Härav följer att det omtvistade beslutet saknar eller åtminstone har en otillräcklig motivering, till den del som sökandena i det omtvistade beslutet åläggs en skyldighet att tillhandahålla tredje man, konkurrenter till ENS, samma "nödvändiga tjänster" som de tillhandahåller ENS.
- 220 Det följer även av det ovan anförda att kommissionens bedömning av de konkurrensbegränsningar i förhållande till tredje man, som följer av den privilegierade relationen mellan grundarna och ENS, är ogrundad (se ovan punkterna 150 och 151). Eftersom ENS inte är ett transportföretag, vilket har visats ovan, kan järnvägsmarknaden endast delas upp i två olika tjänstemarknader, nämligen en integrerad marknad för tillhandahållandet av tjänster för passagerarbefordran, där endast järnvägsföretagen och deras internationella sammanslutningar är verksamma, samt en marknad för tillgång och förvaltning av infrastrukturen, som innehas av förvaltare av infrastrukturen i den mening som avses i direktiv 91/440 (se tillämpliga bestämmelser, ovan punkt 1—6). Det skall i det avseendet tilläggas att det argument som framfördes av kommissionen vid förhandlingen att det följer av punkt 55 i förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94,

Deutsche Bahn mot kommissionen (REG 1997, s. II-1689), att marknaden för järnvägstjänster utgör en underkategori som är åtskild från marknaden för järnvägs-transporter i allmänhet, är ogrundat, eftersom förstainstansrättens uttalande i detta mål endast avsåg marknaden för kombinerad järnvägstransport. Det är alltså på de två ovannämnda marknaderna som bedömningen av konkurrensbegränsningarna i förhållande till tredje man skall göras.

- 221 Vad först beträffar tillgången till infrastrukturen (genomfarter) står det klart, även om tillgången till denna för tredje man i princip kan hindras när det är konkurrerande företag som kontrollerar tillgången, att järnvägsföretagen, som samtidigt är förvaltare av infrastrukturen, har en skyldighet att ge tillgång till denna infrastruktur på skäliga och icke-diskriminerande villkor till internationella sammanslutningar som konkurrerar med ENS, vilket uttryckligen föreskrivs och garanteras i direktiv 91/440. Följaktligen får avtalen om ENS per definition inte hindra tredje mans tillgång till infrastrukturen. Vad beträffar tillhandahållandet till ENS av speciallokomotiv för tunneln under Engelska kanalen samt tillhandahållandet av personal på dessa, kan det faktum att bara ENS åtnjuter en sådan tjänst endast hindra tredje mans tillgång till marknaden i det senare tjänsteledet om lokomotiven och personalen på dessa kan anses utgöra oundgängliga resurser. Eftersom speciallokomotiven och personalen på dessa inte kan kvalificeras som oundgängliga resurser av de skäl som angetts ovan (se punkt 210—215), skall det inte anses medföra en konkurrensbegränsning i förhållande till tredje man att det i driftsavtalen för nattliga tåg-tjänster föreskrivs att de skall tillhandahållas ENS. Följaktligen är kommissionens bedömning av konkurrensbegränsningarna i förhållande till tredje man inte heller grundad (se ovan punkterna 150 och 151).

4. Den fjärde grunden: Huruvida undantaget beviljades för en otillräcklig giltighetstid

Parternas argument

- 222 Sökandena har betonat att avtalen om ENS avser en betydande långsiktig investering och att projektets lönsamhet är beroende av en fördelaktig finansiering genom avtal med en giltighetstid om 20 år för inköp av särskild rullande materiel, vilket

medför att det är otillräckligt att begränsa undantaget till en giltighetstid om åtta år. Den hänvisning som gjorts i beslutet till den tidsfrist som av vissa järnvägsföretag ansågs nödvändig för att säkerställa lönsamheten av ett annat avtal angående kombinerade tjänster för godstransport genom tunneln under Engelska kanalen är utan relevans, eftersom det rör ett samriskföretag som är verksamt inom en annan sektor än ENS, och ingen av de anmälade parterna tillhör det.

223 Vad beträffar den motivering som anförts i punkt 73 i beslutet att undantagets giltighetstid beror på för hur lång tid som det skäligen kan antas att villkoren på marknaden inte kommer att förändras påtagligt, har sökandena ansett att kommissionen inte har framlagt något som gör det möjligt att anta att någon sådan förändring kommer att ske under undantagets giltighetstid, medan däremot de ekonomiska riskerna kommer att öka till följd av undantagets relativt korta giltighetstid.

224 Sökandena har i det avseendet tillagt att kommissionen i sin beslutspraxis alltid har ansett att när det gäller samriskföretag som kräver betydande långsiktiga investeringar, och vars syfte är att utveckla en ny produkt, krävs en lång tid för att det investerade kapitalet skall ge avkastning. Sökandena har ansett att den synpunkt som förekom i beslutet, att gemensamt anskaffande av rullande materiel inte omfattas av den kommersiella driften av rullande materiel, är ogrundad i förevarande mål, eftersom den rullande materiel som ENS använder endast kan användas på förbindelserna mellan Förenade kungariket och kontinenten. Av dessa skäl drar sökandena slutsatsen att det omtvistade beslutet är baserat på en uppenbart oriktig bedömning och/eller saknar motivering eller har en otillräcklig motivering.

225 Kommissionen har anfört att ett undantags giltighetstid skall bestämmas i förhållande till de villkor som råder på marknaden när beslutet fattas, med beaktande av de förändringar som skäligen kan förutses kunna ske på den relevanta marknaden.

Kommissionen har ansett att giltighetstiden av det beviljade undantaget i förevarande mål, nämligen tio år från anmälan och åtta år från antagandet av beslutet, gör det möjligt att förena realistiska ekonomiska beräkningar med företagets behov av rättssäkerhet. Det följer av anmälan av avtalen att järnvägsföretagets ekonomiska planer visar att de nattliga tjänster som ENS tillhandahåller kommer att ge tillräckliga intäkter för att täcka kostnaderna efter fyra års drift (anmälan s. 35, punkt II.4. e.1.4 i bilaga 1 till svaromålet). Enligt kommissionen motiverar inte den omständigheten att avtalen om finansiering av anskaffandet av rullande materiel sträcker sig över en period om 20 år att ett undantag beviljas för en längre giltighetstid, eftersom gemensamt anskaffande av materiel inte omfattas av den kommersiella driften av denna materiel.

- 226 Kommissionen har tillagt att i vilket fall som helst kan undantaget förnyas mer än en gång enligt artikel 13.2 i förordning nr 1017/68 om omständigheterna motiverar det, och i praktiken förnyas undantaget om villkoren på marknaden inte har ändrats påtagligt. Om märkbara förändringar har skett kan kommissionen dessutom förnya beslutet och förse det med andra villkor än dem som fanns i det tidigare beslutet.
- 227 Intervenienten Förenade kungariket har hävdat att det villkor som ålagts järnvägsföretagen och undantagets giltighetstid ändrar den ekonomiska grund på vilken parterna till avtalen om ENS har förbundit sig att tillhandahålla de nya järnvägstjänsterna i fråga. Storleken av den investering som parterna samtyckt till borde, enligt Förenade kungariket, ha varit en väsentlig faktor vid fastställandet av undantagets giltighetstid. Eftersom denna faktor inte har beaktats är beslutet oförenligt med den politik som uppmuntrar den privata sektorn att delta i utvecklingen av transeuropeiska nät.
- 228 Som svar har kommissionen angett att det beviljade undantagets giltighetstid är både tillräcklig och motiverad, och den har tillagt att, i motsats till vad Förenade kungariket har påstått, är beslutet förenligt med dess politik rörande den privata sektorns roll i utvecklingen av transeuropeiska nät.

Förstainstansrättens bedömning

- 229 Det framgår av bedömningen av den första och den andra grunden att kommissionen inte kan anses ha gjort en riktig och tillräcklig bedömning av det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalen om ENS ingår i. Följaktligen har det inte visats att avtalen om ENS begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och att det därför krävs ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Kommissionen kunde följaktligen inte bedöma den lämpliga giltighetstiden för ett eventuellt undantag enligt denna artikel.
- 230 Även om det skulle antas att kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet avseende konkurrensbegränsningarna var tillräcklig och korrekt, anser förstainstansrätten att giltighetstiden av ett undantag som beviljas enligt artikel 85.3 i fördraget, eller som i förevarande mål enligt artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.3 i EES-avtalet, skall vara tillräckligt lång för att de som erhållit undantaget skall kunna förverkliga de fördelar som motiverar undantaget i fråga, nämligen i förevarande mål medverkan till ekonomiska framsteg och de fördelar för användarna som följer av införandet av nya transporttjänster av hög kvalitet, såsom anges i punkt 59—61 i det omtvistade beslutet. Eftersom dessa framsteg och fördelar inte kan uppnås utan betydande investeringar, utgör den period som krävs för att investeringarna skall bli lönsamma nödvändigtvis en väsentlig faktor vid bedömningen av undantagets giltighetstid, särskilt som det i ett fall som det förevarande är ostridigt att det rör sig om helt nya tjänster som kräver stora investeringar och som medför betydande ekonomiska risker, samt att de deltagande företagen delar med sig av sin know-how (punkterna 63, 64 och 75 i beslutet).
- 231 Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att de överväganden som anges i punkt 73 i beslutet att "undantagets giltighetstid beror på för hur lång tid

som det skäligen kan antas att villkoren på marknaden inte kommer att förändras påtagligt” inte kan anses vara en omständighet som i sig är avgörande vid fastställandet av undantagets giltighetstid, utan att även den period som krävs för att parterna skall kunna erhålla en tillfredsställande avkastning på sitt kapital skall beaktas.

- 232 Det omtvistade beslutet innehåller inte en utförlig uppskattning av den period som krävs för att investeringarna i fråga skall bli lönsamma med iakttagande av de krav som rättssäkerhetsprincipen ställer, särskilt med hänsyn till att parternas ekonomiska åtaganden för anskaffande av särskild rullande materiel har ingåtts för en giltighetstid om 20 år. I det avseendet är kommissionens påstående i punkt 76 i beslutet, att vissa järnvägsföretag har meddelat kommissionen att en period om fem år är nödvändig för att starta nya tjänster och säkerställa dess lönsamhet på området för kombinerad godstransport, utan relevans eftersom det, som nyss konstaterades (se ovan punkt 185—187), rör sig om ett samriskföretag som är verkligt på en annan marknad än ENS.
- 233 Vad beträffar kommissionens slutsats i punkt 75 i beslutet att investeringarnas storlek inte kan vara en avgörande faktor vid fastställandet av undantagets giltighetstid, eftersom gemensamt anskaffande av materiel inte omfattas av den kommersiella driften av denna materiel, skall det konstateras att beslutet inte innehåller något som förklarar varför den kommersiella driften av materielen inte ”omfattar” anskaffandet av denna, med tanke på att ifrågavarande rullande materiel har anskaffats och de ekonomiska åtaganden som hör till denna har skett inom ramen för de anmälda avtalen. I vilket fall som helst har kommissionen inte bestritt sökandenas påstående att möjligheterna att använda den rullande materielen till annat är mycket begränsade.

- 234 Härav följer att kommissionens beslut att begränsa giltighetstiden för det undantag som beviljades avtalen om ENS till åtta år i vilket fall som helst saknar motivering.
- 235 Med hänsyn till det ovan anförda kan sökandenas talan vinna bifall på den fjärde grunden.
- 236 Av det ovan anförda följer att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras. Det är inte nödvändigt att förstainstansrätten uttalar sig om den grund som SNCF har anført i mål T-384/94 avseende åsidosättande av artikel 3 i förordning nr 1017/68.

Rättegångskostnader

- 237 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökandena har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet skall sökandenas yrkande bifallas, även vad gäller den rättegångskostnad som SNCF, som är intervenient i målen T-374/94 och T-384/94, har lidit.
- 238 Förenade kungariket skall i enlighet med artikel 87.4 i förstainstansrättens rättegångsregler bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) Kommissionens beslut 94/663/EG av den 21 september 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/34.600 — Night Services) ogiltigförklaras.
- 2) Kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.
- 3) Intervenienten Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland skall bära sin rättegångskostnad.

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 september 1998.

H. Jung

A. Kalogeropoulos

Justitisekreterare

Ordförande