RETTENS DOM (Tredje Udvidede Afdeling)
22. oktober 1996 *

I de forenede sager T-79/95 og T-80/95,

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

sagsøger i sag T-79/95,

og

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

sagsøger i sag T-80/95,

støttet af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved Lindsey Nicoll og Stephanie Ridley, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtigede, bistået af Barrister K. P. E. Lasok, Gray's Inn, og Barrister Kenneth Parker, QC, og med valgt adresse i Luxembourg på Det Forenede Kongeriges Ambassade, 14, boulevard Roosevelt,

* Processprog: engelsk og fransk.

og

Channel Tunnel Group Ltd, London,

France Manche SA, Paris,

som tilsammen har dannet holdingselskabet

Eurotunnel, London,

ved advokaterne Christine Héron Schwaighofer og Christian Roth, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Aloyse May, 31, Grand-rue,

idet **British Railways Board** tillige er støttet af

European Passenger Services Ltd, London, ved Thomas Sharpe, QC, Bar of England and Wales, for Solicitor Alexandre R. M. Nourry, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jean Hoss, 15, Côte d'Eich

intervenienter,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Francisco Enrique González Díaz og Carmel O'Reilly, begge Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Guy Charrier, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

hvori der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 94/894/EF af 13. december 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/32.490 — Eurotunnel) (EFT L 354, s. 66), subsidiært om annullation af betingelserne i beslutningens artikel 2, afsnit A,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Tredje Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C. P. Briët, og dommerne B. Vesterdorf, P. Lindh, A. Potocki og J. D. Cooke,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 25. juni 1996,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Den Franske Republik og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (herefter »Det Forenede Kongerige«) undertegnede den 12. februar 1986 en traktat, hvorved de forpligtede sig til at give tilladelse til, at private koncessionshavere anlagde og drev en jernbaneforbindelse under Kanalen (herefter benævnt »den faste forbindelse« eller »tunnelen«) mellem Fréthun i Pas-de-Calais og Cheriton i Kent.

2 I medfør af en aftale, der blev indgået den 14. marts 1986 med Det Forenede Kongeriges transportminister og den franske minister for byplanlægning, bolig og transport, opnåede Channel Tunnel Group og France Manche koncessionen til anlæg og drift af Kanaltunnelen. Med henblik herpå oprettede de et holdingselskab med navnet »Eurotunnel«. Koncessionens varighed, der oprindeligt var fastsat til 55 år, blev i 1994 forlænget til 65 år.

3 I bilag I til koncessionsaftalen fastsættes betingelserne for drift af pendultogtrafikken mellem Fréthun og Cheriton (herefter »pendultrafikken«). Det påhviler Channel Tunnel Group og France Manche (herefter »Eurotunnel«) som koncessionshavere at sørge for, at der er det minimum af afgange med pendultogene, som er fastsat i kontrakten (koncessionsaftalens artikel A. I.32). Det fremgår endvidere af bestemmelserne i bilag I til koncessionsaftalen, at tunnelen ligeledes skal anvendes til trafik med tog, der tilhører andre jernbaneselskaber end Eurotunnel, mellem lokaliteter i Det Forenede Kongerige og lokaliteter på kontinentet (herefter »international togtrafik«).

4 Den 29. juli 1987 indgik Eurotunnel og sagsøgerne en aftale om brug af den faste forbindelse (herefter »aftalen«). Aftalen blev indgået i forbindelse med og for varigheden af den koncession, Eurotunnel havde opnået.

5 I aftalens artikel 6.2 bestemmes det, at sagsøgerne »på ethvert tidspunkt i aftalens gyldighedsperiode har ret til halvtreds procent (50%) af den faste forbindelses timekapacitet i begge retninger ..., medmindre de har indvilliget i at give afkald på en del af deres ret, idet det dog ikke må nægtes at indgå aftale herom uden begrundelse«. Den resterende tunnelkapacitet, målt i standardankomster og -afgange pr. time, står derefter til rådighed for Eurotunnel som forvalter af infrastrukturen. For brugen af den faste forbindelse skal sagsøgerne betale Eurotunnel en afgift, bestående af et fast element og et variabelt element på grundlag af den faktiske trafik, idet denne del af afgiften er degressiv. I de første tolv år kan denne afgift ikke være lavere end et bestemt beløb. I overensstemmelse med aftalens artikel 10 skal sagsøgerne endvidere godtgøre Eurotunnel en del af de driftsudgifter ved den faste

forbindelse, som er beskrevet i bilag V. De forpligter sig endvidere til at foretage betydelige investeringer for at udbygge hver deres jernbaneinfrastruktur i det omfang, det er nødvendigt for at bruge tunnelen, og til at råde over materiel, der er særligt tilpasset denne brug.

6 Den 2. november 1987 anmeldte Eurotunnel efter aftale med sagsøgerne aftalen til Kommissionen for at opnå en erklæring om, at forbuddet i artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 1017/68 af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295, herefter benævnt »forordning nr. 1017/68«) var uanvendelig på aftalen. Kommissionen offentliggjorde hovedindholdet af anmeldelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 16. november 1988 (EFT C 292, s. 2) i overensstemmelse med artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 1017/68. Kommissionen konkluderede, at der ikke forelå betydelig tvivl med hensyn til anvendeligheden af forordningens artikel 5 inden for 90-dagesfristen i medfør af forordningens artikel 12, stk. 3, og meddelte derved fritagelse i tre år fra dagen for offentliggørelsen af hovedindholdet af anmeldelsen i EF-Tidende.

7 Ved skrivelse af 25. januar 1989 anmodede Eurotunnel Kommissionen om en formel afgørelse om fritagelse i aftalens løbetid. Kommissionen offentliggjorde hovedindholdet af denne anmodning i EF-Tidende den 17. juli 1990 (EFT C 176, s. 2) i overensstemmelse med artikel 26, stk. 3, i forordning nr. 1017/68.

8 Den 20. september 1991 fremsendte Eurotunnel en meddelelse til Kommissionen, hvori det nærmere blev forklaret, at aftalens bestemmelser var forenelige med artikel 2 i forordning nr. 1017/68.

9 Ved skrivelse af 28. februar 1994 anmodede Kommissionen Société nationale des chemins de fer français (herefter »SNCF«) om at meddele Kommissionen sin »prognose for passager- og godstrafik mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet

i tunnelens første tolv driftsår« og »antallet af ankomster og afgange pr. time i døgnet, som [sagsøgerne påtænkte] at bruge til denne trafik«. Ved skrivelse af 29. marts 1994 svarede SNCF:

»Inden for en tolvårsperiode udgør den nødvendige kapacitet til hele denne trafik — med den usikkerhed, der naturligvis er forbundet med en sådan prognose — gennemsnitligt ca. 75% af den kapacitet, der er forbeholdt [sagsøgerne] i henhold til brugsaftalen indgået med Eurotunnel. Ved denne opgørelse er der taget hensyn til de forskellige hastigheder for de forskellige typer trafik i tunnelen. Gennemsnitssatsen på 75% kan endvidere variere op- eller nedad afhængig af tidspunktet på døgnet, men på nuværende tidspunkt er det på grund af uvisheden ved den forventede efterspørgsel ikke muligt at angive det mere præcist.«

10 Ved skrivelse af 2. maj 1994 tilsendte Kommissionen sagsøgerne et udkast til en ny meddelelse om eventuel fritagelse af aftalen, som den ville offentliggøre i EF-Tidende. SNCF fremsatte sine bemærkninger til udkastet ved skrivelser af 19. maj og 13. juni 1994. Det samme gjorde British Railways Board (herefter »BR«) ved skrivelse af 14. juni 1994.

11 I EF-Tidende af 30. juli 1994 (EFT C 210, s. 15) offentliggjorde Kommissionen en meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter »forordning nr. 17«), og artikel 26, stk. 3, i forordning nr. 1017/68. I meddelelsen (punkt 19) anførte Kommissionen, at betingelserne for jernbanedrift er blevet radikalt ændret med vedtagelsen af Rådets direktiv 91/440/EØF af 29. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT L 237, s. 25, herefter »direktiv 91/440«). I meddelelsen understreges det derefter (punkt 21), at aftalen har to forskellige aspekter: en deling af kapaciteten af infrastrukturen, som falder ind under forordning nr. 17, og en deling af transportmarkedet, der

falder ind under forordning nr. 1017/68. Kommissionen anfører (i punkt 24), at den procentvise andel af ankomster og afgange pr. time, som sagsøgerne har fået tillagt, skal nedsættes med 20%, for at aftalen kan fritages i medfør af EF-traktatens artikel 85, stk. 3.

12 Direktiv 91/440, hvortil der henvises i Kommissionens meddelelse af 30. juli 1994, indeholder to nyskabelser til at gøre jernbanetransporten i Fællesskabet mere effektiv og konkurrencedygtig. Dels bestemmes det, at der skal ske en regnskabsmæssig adskillelse mellem transportvirksomhedens drift og forvaltningen af infrastrukturen (artikel 6). Dels tilsigter direktivet i et vist omfang at fremme den frie udveksling af tjenesteydelser inden for jernbanedriften. Ved direktivets artikel 10 får udenforstående jernbanevirksomheder således fra den 1. januar 1993 under visse betingelser en ret til adgang til jernbaneinfrastrukturen i Fællesskabet. Senere vedtog Rådet direktiv 95/19/EF af 19. juni 1995 om tildeling af jerbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af infrastrukturafgifter (EFT L 143, s. 75, herefter direktiv »95/19«).

13 Ved skrivelser af 11. og 14. oktober 1994 meddelte Kommissionen SNCF og BR, at den havde til hensigt at nedsætte den kapacitet, der var tildelt sagsøgerne, med 25% i stedet for 20% som følge af de bemærkninger, Kommissionen havde modtaget fra berørte tredjemænd. Sagsøgerne fremsatte bemærkninger til den af Kommissionen påtænkte handlemåde ved skrivelser af 19. oktober 1994.

Den omtvistede beslutning

14 Kommissionen vedtog den omtvistede beslutning den 13. december 1994. Beslutningen har (jf. punkt 49) hjemmel i forordning nr. 1017/68, for så vidt aftalen angår transportydelser, og i forordning nr. 17, for så vidt aftalen angår tilrådighedsstillelse af infrastrukturkapacitet.

15 I beslutningen sondres der mellem de forskellige relevante markeder (punkt 51-67):

— dels markedet for levering af ankomst- og afgangstider for jernbanetransport i tunnelen under hensyn til, at Kanaltunnelen udgør en væsentlig facilitet for de jernbanevirksomheder, der ønsker at levere transportydelser mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet, idet dette markeds geografiske udstrækning er begrænset til tunnelen og dens adgangsområder

— dels en række markeder for ydelser inden for international passager- og godstransport mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet.

16 Kommissionen gennemgår derefter (i punkt 69-84) følgende to konkurrencebegrænsninger, som den mener, aftalen indebærer.

17 På transportmarkederne fastsætter aftalen en opdeling af markederne mellem på den ene side Eurotunnel, der skal koncentrere sig om at drive pendultrafik, og på den anden side sagsøgerne, der skal udføre international passager- og godstransportvirksomhed med tog. Eftersom begge parter i henhold til aftalen juridisk set ville have mulighed for at udføre de ydelser, som er forbeholdt den anden part, begrænser denne opdeling af markedet efter Kommissionens opfattelse konkurrencen mellem Eurotunnel og sagsøgerne.

18 På markedet for levering af ankomst- og afgangstider til jernbanetransport i Kanaltunnelen giver aftalen sagsøgerne mulighed for til enhver tid at råde over 50% af tunnelkapaciteten. Eftersom den ene halvdel af tunnelkapaciteten i medfør af aftalen er forbeholdt pendultrafik, og den anden halvdel er forbeholdt international passager- og godstransport, har sagsøgerne efter Kommissionens opfattelse i realiteten 100% af de ankomst- og afgangstider, der er til rådighed for sidstnævnte

transportkategori. Andre jernbanevirksomheder har følgelig ikke mulighed for at købe de nødvendige ankomst- og afgangstider af infrastrukturforvalteren med henblik på udførelse af international passager- og godstransport med tog i konkurrence med sagsøgerne.

19 Ved beslutningen erklæres bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, i EF-traktaten, artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 1, i EØS-aftalen i en 30-årig periode uanvendelige på aftalen fra den 16. november 1991. Da Kommissionen var af den opfattelse, at det ikke var nødvendigt, at samtlige disponible ankomst- og afgangstider for international togtransport blev forbeholdt sagsøgerne, for at de kunne levere deres transportydelser og bidrage til projektets succes (punkt 102 i den omtvistede afgørelse), har den knyttet betingelser og påbud til sin fritagelse.

20 Betingelserne (herefter »de omtvistede betingelser«) står opført i artikel 2, afsnit A, i den omtvistede beslutning.

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

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

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

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

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

f) Sådanne justeringer må dog ikke være til hinder for BR's og SNCF's ret til om fornødent i samme periode at udnytte op til 75% af de afgangs- og ankomsttider, der er forbeholdt internationale tog, eller for andre jernbanevirksomheders ret til at udnytte op til 25% af denne kapacitet.

g) Kommissionen tager spørgsmålet om fastsættelse af den andel af ankomst- og afgangstider, der forbeholdes BR og SNCF, op til revision inden den 31. december 2006.«

Retsforhandlinger og parternes påstande

21 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 7. og den 8. marts 1995 har SNCF og BR anlagt nærværende sager.

22 Begge sagsøgerne har tillige fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutnings artikel 2. afsnit A, i medfør af traktatens artikel 185 og 186. Ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 12. maj 1995 (sagerne T-79/95 R og T-80/95 R, SNCF og British Railways mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433) blev begæringerne om foreløbige forholdsregler ikke taget til følge, og afgørelsen om sagens omkostninger blev udsat.

23 Ved begæringer indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 31. juli 1995 og den 18. august 1995 har Det Forenede Kongerige og Eurotunnel anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgernes påstande i de to sager. Ved begæring indleveret den 18. august 1995 har European Passenger Services Ltd (herefter »EPS«) anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for de af sagsøgeren i sag T-80/95 nedlagte påstande. Sagsøgerne har anmodet om fortrolig behandling af visse oplysninger i stævningen i forhold til Eurotunnel. Retten (Tredje Udvidede Afdeling) har ved kendelser af 18. december 1995 taget interventionsbegæringerne til følge og efterkommet anmodningerne om fortrolig behandling.

24 Sagsøgerne samt Det Forenede Kongerige og EPS har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning annulleres.

— Subsidiært, beslutningen annulleres, for så vidt som der er knyttet betingelser dertil (artikel 2, afsnit A).

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Eurotunnel har nedlagt påstand om, at Kommissionens beslutning af 13. december 1994 om Eurotunnel (IV/32.490) annulleres.

26 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27 Retten (Tredje Udvidede Afdeling) har på grundlag af den refererende dommers rapport besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Den har dog anmodet parterne om at besvare en række skriftlige spørgsmål inden retsmødet, hvilket er sket inden for fristen.

28 Parterne har afgivet indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten under retsmødet den 25. juni 1996.

29 Efter at have hørt parterne herom under retsmødet har Retten (Tredje Udvidede Afdeling) besluttet at forene de to sager med henblik på domsafsigelsen.

Realiteten

Indledende bemærkninger

30 Sagsøgerne har fremført seks anbringender til støtte for påstanden såvel om annullation af beslutningen som, subsidiært, af de omtvistede betingelser. Det første anbringende er, at anvendelsesområdet for forordning nr. 1017/68 er misforstået, det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, i traktaten, artikel 2 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen, det tredje anbringende tilsidesættelse af artikel 85, stk. 3, i traktaten, artikel 5 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen, det fjerde anbringende kompeten-

ceoverskridelse, det femte anbringende tilsidesættelse af retten til kontradiktion og det sjette anbringende tilsidesættelse af traktatens artikel 190. SNCF har tillige påberåbt sig, at der er sket tilsidesættelse af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 og artikel 13, stk. 3, i forordning nr. 1017/68 med hensyn til tilbagekaldelse af en fritagelse. Endelig har Eurotunnel i sit indlæg rejst tvivl om, hvorvidt Kommissionen har kompetence til at vedtage den omtvistede beslutning.

31 Det konstateres, at sagsøgerne i forbindelse med deres andet og tredje anbringende først har gjort gældende, at Kommissionens juridiske argumentation bygger på en faktisk vildfarelse, hvorved ikke alene bedømmelsen af aftalens konkurrencebegrænsende virkninger, men også undersøgelsen af aftalen i medfør af artikel 85, stk. 3, i traktaten, artikel 5 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen er blevet fejlagtig.

32 Det findes hensigtsmæssigt først at tage stilling til det andet og tredje anbringende for så vidt de angår rigtigheden af de faktiske forhold.

Den påståede faktiske vildfarelse

Sammenfatning af parternes argumenter

33 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens vurdering i den omtvistede beslutnings punkt 84, hvorefter aftalen »har til formål og følge at begrænse konkurrencen på markedet for levering af ankomst- og afgangstider for jernbanetransport i tunnelen samt på transportmarkederne«, bygger på den antagelse, at »den

ene halvdel af tunnelkapaciteten er forbeholdt pendultrafik, og at den anden halvdel er forbeholdt international passager- og godstogstransport« (punkt 81), og at sagsøgerne således råder over 100% af de ankomst- og afgangstider, der er til rådighed for den sidstnævnte transportkategori (punkt 82). Sagsøgerne gør gældende, at aftalen ikke indeholder nogen bestemmelse om, at halvdelen af tunnelkapaciteten er forbeholdt Eurotunnel til pendultrafik og resten sagsøgerne til international passager- og godstogstransport, og sagsøgerne støttes herved af samtlige intervenienter.

34 Kommissionen er ifølge sagsøgerne næsten udelukkende gået ud fra en isoleret bemærkning i anmeldelsen (punkt III.1.c (ii)), da den konkluderede, at det var umuligt for andre jernbanevirksomheder at få ankomst- og afgangstider i tunnelen til brug for international togtransport. Endvidere har Kommissionen i tavshed forbigået de senere bemærkninger, som Eurotunnel er fremkommet med i meddelelsen af 20. september 1991 (jf. ovenfor, præmis 8) imod Kommissionens fortolkning af aftalen. Sagsøgerne har hertil anført, at der i meddelelsens punkt 3.1.3 erklæres følgende:

»Eurotunnel har ingen interesse i at begunstige det ene transportmiddel frem for det andet, for de opfylder forskellige behov. I realiteten vil fordelingen af kapaciteten i fremtiden blive bestemt af brugernes efterspørgsel.«

35 Sagsøgerne bemærker, at Eurotunnel kunne åbne tunnelen for andre jernbanevirksomheder ved at stille en del af den kapacitet, Eurotunnel råder over, til rådighed. Det påhviler Eurotunnel som infrastrukturforvalter at tillade andre jernbanevirksomheder, der anmoder herom, at få adgang til tunnelen. Da der ikke påhviler Eurotunnel nogen forpligtelse til at benytte de 50% af kapaciteten, som Eurotunnel råder over, til pendultrafik, er det i fuld overensstemmelse med aftalens ordning, at andre virksomheder kan anmode om at få adgang til tunnelen.

36 I sit indlæg (punkt 4 og punkt 80-86) samt under retsmødet har Eurotunnel ligeledes fremført, at det intetsteds i aftalen er bestemt, at de 50% af kapaciteten, der ikke er tildelt sagsøgerne, skal forbeholdes pendultrafikken. Aftalen er derfor ikke

til hinder for, at Eurotunnel kan stille en del af sin egen kapacitet til rådighed for tredjemænd til brug for international togtransport. Faktisk er der gennemsnitligt tilstrækkelig disponibel tid i tunnelen til at imødekomme eventuelle anmodninger fra tredjemænd. Juridisk har andre virksomheder under alle omstændigheder i medfør af direktiv 91/440 og 95/19 ret til adgang til andre medlemsstaters infrastruktur.

37 Sagsøgerne er af den opfattelse, at den faktiske vildfarelse om, at sagsøgerne råder over 100% af de ankomst- og afgangstider, der er til rådighed for international togtransport, og at andre virksomheder derfor ikke har nogen mulighed for at opnå de nødvendige ankomst- og afgangstider til denne transportkategori, har været årsag til, at Kommissionen har knyttet betingelser til beslutningen om fritagelse, som af sagsøgerne betegnes som overflødige og uforholdsmæssige.

38 Kommissionen har til imødegåelse af sagsøgernes og intervenienternes argumentation henvist til en række dokumenter, hvoraf visse skulle bevise, at sagsøgerne og Eurotunnel har delt markedet imellem sig — et spørgsmål, som ikke behandles i forbindelse med nærværende anbringende — og andre skulle godtgøre, at der var sket en deling af tunnelkapaciteten i to lige store dele mellem pendultrafikken og den internationale togtransport. Med hensyn til den påståede deling af tunnelkapaciteten har Kommissionen særligt henvist til punkt III.1.c (ii) i anmeldelsen.

39 Kommissionen har tillige henvist til punkt 3.1.1 og 3.1.2 i meddelelsen af 20. september 1991 (jf. ovenfor, punkt 8), som har følgende ordlyd:

»3.1.1 Eftersom tunnelkapaciteten nødvendigvis er begrænset, måtte kapaciteten deles mellem de to transportformer. Efter den aktuelle deling kan hverken tog eller pendultrafik benytte mere end 50%.

3.1.2 Der er ikke foretaget en endelig deling i forholdet 50/50. Hvis erfaringen viser, at der er større efterspørgsel efter den ene af transportformerne, kan dennes andel af kapaciteten forhøjes, jf. aftalens artikel 6.2(i).«

40 På baggrund af disse oplysninger mener Kommissionen, at efter aftalen skal de 50% af tunnelkapaciteten, som ikke er blevet tildelt sagsøgerne, benyttes til pendultrafik. Eftersom de øvrige 50% skal anvendes til brug for international togtransport, og al kapacitet til international togtransport er forbeholdt sagsøgerne, vil andre virksomheder, der ønsker at drive international togtransport gennem tunnelen, ikke være i stand til at opnå de nødvendige ankomst- og afgangstider.

41 Kommissionen har endvidere anført, at selv hvis det antages, at der ved aftalen ikke er foretaget en sådan opdeling af transportmarkedet, og andre jernbaneselskaber derfor stadig har en mulighed for at købe Eurotunnel's ankomst- og afgangstider til brug for international togtransport, begrænser den bestemmelse, hvorved 50% af tunnelkapaciteten forbeholdes sagsøgerne i 65 år, under alle omstændigheder konkurrencen.

Rettens bemærkninger

42 I den omtvistede beslutning (punkt 73-79) konstaterede Kommissionen først, at der forelå en opdeling af markedet mellem Eurotunnel og sagsøgerne, hvorefter parterne havde forpligtet sig til at koncentrere sig om henholdsvis pendultrafikmarkedet og det internationale togtransportmarked. Kommissionen fandt (punkt 86-103), at disse konkurrencebegrænsninger på transportmarkedet opfyldte de fire nødvendige betingelser for, at der kunne ydes fritagelse medfør af traktatens artikel 85, stk. 3.

43 Derefter (punkt 80-84 samt punkt 101, 102 og 103) fastslog Kommissionen, at der forelå konkurrencebegrænsninger på det påståede marked for levering af ankomst- og afgangstider for jernbanetransport i tunnelen, som ikke var af en sådan art, at de kunne fritages i medfør af artikel 85, stk. 3, i traktaten, artikel 5 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen.

44 Kommissionens argumentation, som er lagt til grund for vurderingen af de konkurrencebegrænsende virkninger på markedet af, at 50% af kapaciteten forbeholdes sagsøgerne, er gengivet i punkt 81, 82 og 83 i den omtvistede beslutning på følgende måde:

»81) Det fremgår ... af aftalens bestemmelser, at den ene halvdel af tunnelkapaciteten er forbeholdt pendultrafik, og at den anden halvdel er forbeholdt international passager- og godstogstransport.

82) BR og SNCF har i øvrigt til enhver tid ret til 50% af tunnelkapaciteten med henblik på udførelse af international togtransport, hvilket rent faktisk vil sige 100% af de ankomst- og afgangstider, der er til rådighed for denne transportkategori, medmindre de afstår en del af deres ret. I henhold til aftalens bestemmelser er BR og SNCF ikke forpligtet til at købe 50% af tunnelkapaciteten, men infrastrukturforvalteren forpligter sig til, i det omfang der er behov for det, at sælge denne kapacitetsandel.

83) Følgelig har andre jernbanevirksomheder ikke mulighed for at købe de nødvendige ankomst- og afgangstider af infrastrukturforvalteren med henblik på udførelse af international passager- og godstransport i konkurrence med BR og SNCF.«

45 Det er ubestridt, at sagsøgerne i medfør af aftalens artikel 6.2(i) har ret til 50% af tunnelkapaciteten i aftalens løbetid.

46 Sagsøgerne og Eurotunnel har imidlertid bestridt de faktiske forudsætninger for beslutningens punkt 81 og 82, som ligger til grund for den vurdering, Kommissionen har anlagt af mulighederne for, at andre jernbanevirksomheder kan få adgang til tunnelen.

47 Alle aftalens parter har således gjort gældende over for Retten, at det, i modsætning til det i den omtvistede beslutnings punkt 81 anførte, intetsteds i aftalen er bestemt, at halvdelen af tunnelkapaciteten er forbeholdt pendultrafik. Konklusionen i beslutningens punkt 82, nemlig, at sagsøgerne råder over samtlige ankomst- og afgangstider til international togtransport, er efter deres opfattelse ligeledes urigtig. Eurotunnel har både i sit indlæg og under retsmødet udtrykkeligt hævdet, at der ikke er nogen bestemmelse i aftalen, der forhindrer Eurotunnel i at stille kapacitet til rådighed for andre jernbanevirksomheder, der ønsker at udføre international togtransport, ved at udtage de nødvendige ankomst- og afgangstider hertil af sin egen kapacitet.

48 For det første fremgår det således af det af alle aftalens parter oplyste, at Kommissionen har begået en fejl ved fortolkningen af aftalen. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at den af sagsøgerne og Eurotunnel foreslåede fortolkning i realiteten udgør en ændring af aftalen, som er foretaget efter vedtagelsen af den omtvistede beslutning, og som eventuelt kunne give anledning til, at Kommissionen tilbagekalder sin beslutning, men ikke kan medføre, at Retten annullerer den. Eftersom lovligheden af en beslutning skal vurderes i forhold til tidspunktet for beslutningens vedtagelse (jf. bl.a. Domstolens dom af 7.2.1973, sag 40/72, Schroeder, Sml. s. 125, præmis 14, og af 5.10.1994, forenede sager C-133/93, C-300/93 og C-362/93, Crispoltoni m.fl., Sml. I, s. 4863, præmis 43), skal det undersøges, om Kommissionen ved vedtagelsen af den omtvistede beslutning handlede ud fra en faktisk vildfarelse, da den konstaterede, at der var sket en deling af tunnelkapaciteten i forholdet 50/50 mellem pendultrafikken og den internationale togtransport, således at den kapacitet, der var tillagt Eurotunnel, udelukkende var forbeholdt pendultrafikken, og sagsøgernes kapacitet udelukkende den internationale togtransport.

49 Det må fastslås, at der ikke er nogen bestemmelse i aftalen, der udtrykkeligt eller indirekte forbeholder den ene halvdel af tunnelkapaciteten for pendultrafikken og den anden halvdel for international passager- og godstogstransport, selv om det er anført i punkt 81 i den omtvistede beslutning, at en sådan opdeling »fremgår af aftalens bestemmelser«.

50 Kommissionen har gjort gældende, at dens fortolkning af aftalen bygger på ordlyden af anmeldelsen og visse afsnit af Eurotunnel's meddelelse af 20. september 1991 (jf. ovenfor, præmis 8). Ifølge Kommissionen giver anmeldelsen parterne i en aftale mulighed for at meddele Kommissionen deres fortolkning af aftalens art og indhold. Kommissionen mener derfor, at hvis sagsøgerne var af den opfattelse, at den anmeldelse, der var indgivet af Eurotunnel, indeholdt en urigtig fortolkning af aftalen, ville de ikke havde godkendt indholdet af anmeldelsen.

51 Punkt III.1.c.(ii) i anmeldelsen, hvortil Kommissionen har henvist (sag T-79/95, svarskriftet, punkt 107, sag T-80/95, duplikken, punkt 36) har følgende ordlyd:

»Aftalen har til formål at foretage en rimelig og praktisk fordeling af den nye infrastruktur, som den faste forbindelse er, mellem på den ene side markedet for passager- og godstransport med jernbane og på den anden side markedet for transport med biltog i pendulfart.«

52 Selv om der i dette afsnit omtales »en rimelig og praktisk fordeling« af tunnelen, må det fastslås, at dette ikke understøtter Kommissionens synspunkt om, at der i aftalen træffes bestemmelse om en ligedeling mellem pendultrafikken og den internationale togtransport.

53 Ordlyden af meddelelsen af 20. september 1991 er ikke ganske utvetydig. Det konstateres, at både Kommissionen og sagsøgerne henviser til afsnit af meddelelsen af 20. september 1991 med henblik på hver især at godtgøre, at deres fortolkning er den rigtige. Selv om det af Kommissionen citerede uddrag (jf. ovenfor, præmis 39) synes at understøtte Kommissionens fortolkning, viser uddraget også, at »der ... ikke [er] foretaget en endelig deling i forholdet 50/50«, og at delingen kan ændres i takt med efterspørgslen.

54 Det bemærkes endvidere, at sagsøgerne under den administrative procedure udtrykkeligt har henledt Kommissionens opmærksomhed på, at aftalen ikke indeholdt nogen bestemmelse om, at halvdelen af tunnelkapaciteten var forbeholdt pendultrafik og den anden halvdel den internationale togtransport, således at andre jernbanevirksomheder vil kunne benytte Eurotunnel's ankomst- og afgangstider til international togtransport.

55 I en skrivelse fra BR til Kommissionen af 19. oktober 1994 (stævningen i sag T-80/95, bilag 16) anføres der således følgende:

»... It is a fundamental misconception to consider for the purposes of directive 91/440 and competition policy, that the capacity of the tunnel available for the passage of through trains is limited to the capacity reserved by the contract that BR and SNCF made with Eurotunnel. It is the case ... that the contract puts us under obligations to pass the trains of other railway operators. But the contract in no way prevents Eurotunnel from making other capacity available to other railways operators and the contract does not give to BR and SNCF any right to oppose that course of action. For Eurotunnel to refuse to do so would no doubt be abusive«.

[»... Det er en grundlæggende fejltagelse inden for rammerne af direktiv 91/440 og konkurrencepolitikken at antage, at tunnelkapaciteten til gennemgående tog ikke er større end den kapacitet, der er forbeholdt i medfør af den aftale, som BR og SNCF har indgået med Eurotunnel. Det forholder sig således ... at der i medfør af aftalen påhviler os en forpligtelse til at lade tog fra andre jernbanevirksomheder rejse igennem. I henhold til kontrakten er der imidlertid intet til hinder for, at Eurotunnel kan stille anden kapacitet til rådighed for andre jernbanevirksomheder, og kontrakten giver ikke BR og SNCF mulighed for at modsætte sig dette. Hvis Eurotunnel nægtede at gøre dette, ville det uden tvivl udgøre misbrug af stillingen«.]

56 I en skrivelse fra BR til Kommissionen af 25. oktober 1994 (sag T-80/95, stævningen, bilag 16) har sagsøgeren i nævnte sag gjort følgende gældende: »... There is a profound misunderstanding about the nature of the usage contract ... The usage contract does not in any way prevent third parties from entering the same market [as BR and SNCF]. It provides for BR and SNCF to pass the trains of other

railways through the tunnel, as we are keen to do. But as well as that, there is nothing in the contract to stop Eurotunnel from giving access to third parties. The contract that Eurotunnel made with BR and SNCF secures us entitlement to only half the capacity ...«

[»... Der foreligger en alvorlig misforståelse af brugsaftalen ... Brugsaftalen er på ingen måde til hinder for, at tredjemand kan komme ind på det samme marked [som BR og SNCF]. Det er deri bestemt, at BR og SNCF skal lade tog fra andre jernbaner rejse gennem tunnelen, hvilket vi meget gerne vil. Samtidig er der intet i aftalen, der hindrer Eurotunnel i at give tredjemand adgang. Den aftale, som Eurotunnel har indgået med BR og SNCF, giver os kun ret til halvdelen af kapaciteten ...«]

57 Skrivelsen af 19. oktober 1994 fra SNCF til Kommissionen taler også imod den antagelse, at sagsøgerne skulle råde over samtlige ankomst- og afgangstider til international togtransport (sag T-79/95, stævningen, bilag 8):

»... Da Eurotunnel ... råder over de resterende 50% af tunnelkapaciteten, kan Eurotunnel benytte den enten til at drive pendultrafik eller til at varetage sin opgave som infrastrukturforvalter af tunnelen ... nemlig ved at efterkomme anmodninger om adgang fra andre jernbanevirksomheder. Eurotunnel er ikke i forhold til den franske og britiske regering forpligtet til at benytte en bestemt procentdel af den pågældende infrastrukturkapacitet til pendultrafik. De pendultog, som Eurotunnel potentielt råder over, lægger på ingen måde beslag på alle de 50%, som er Eurotunnel's andel i medfør af brugsaftalen«.

58 Det følger heraf, at de forklaringer, som alle aftalens parter er fremkommet med under sagen for Retten, om at punkt 81 og 82 indeholder urigtige oplysninger (jf. ovenfor, præmis 47), ikke alene bygger på en fortolkning af aftalen, der er forenelig med selve dens ordlyd, men også er i overensstemmelse med de nærmere oplysninger, som sagsøgerne har afgivet under det sidste stadium af den administrative

procedure i Kommissionen. Under disse omstændigheder kan den fortolkning, som sagsøgerne og Eurotunnel har anlagt af deres aftale, ikke anses for at være en ændring af aftalen, som er foretaget efter vedtagelsen af den omtvistede beslutning.

59 Det følger heraf, at Kommissionen var i en faktisk vildfarelse, da den i punkt 81 og 82 i den omtvistede beslutning konstaterede, dels at halvdelen af tunnelkapaciteten var forbeholdt pendultrafik og den anden halvdel international togtransport, dels at sagsøgerne rådede over hele den del af kapaciteten, der var forbeholdt international togtransport.

60 Det konstateres, at den bedømmelse af de konkurrencebegrænsende virkninger af aftalen, som Kommissionen derefter foretog i den omtvistede beslutning, bygger på denne faktiske vildfarelse (beslutningens punkt 83 og 84). Da Kommissionen vurderede aftalens begrænsende virkninger i forhold til andre jernbanevirksomheder, tog den således ikke i betragtning, at Eurotunnel stadig kunne overdrage en del af sin egen kapacitet til andre virksomheder, der ønskede at drive international togtransport gennem tunnelen.

61 Det er endvidere en realistisk mulighed, at andre jernbanevirksomheder vil kunne købe ankomst- og afgangstider fra Eurotunnel's kapacitet. Den drift af pendultrafikken, som Eurotunnel som minimum i henhold til koncessionsaftalen er forpligtet til at udføre (jf. ovenfor, præmis 3), svarer kun til 40% af Eurotunnel's egen kapacitet (Eurotunnel's indlæg i sag T-79//95, punkt 113, og Eurotunnel's indlæg i sag T-80/95, punkt 112). Endvidere blev det udtrykkeligt oplyst under retsmødet, at Eurotunnel aktuelt kun benytter 66% af sin kapacitet.

62 Med hensyn til Kommissionens argument om, at det under alle omstændigheder udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, at 50% af kapaciteten er forbeholdt BR og SNCF i 65 år, bemærkes, at selv hvis dette udgjorde en konkurrencebegrænsning, har Kommissionen i den omtvistede beslutning ikke vurderet aftalens konkurrencebegrænsende virkninger korrekt i forhold til andre jernbanevirksomheder.

63 Kommissionens faktiske vildfarelse har endvidere haft indflydelse på den bedømmelse, den har anlagt af aftalen i medfør af artikel 85, stk. 3, i traktaten, artikel 5 i forordning nr. 1017/68 og artikel 53, stk. 3, i EØS-aftalen. Det fremgår af den omtvistede beslutning, at det »[ikke] forekommer ... nødvendigt, at BR og SNCF får ret til samtlige disponible ankomst- og afgangstider for international togtrafik, for at de kan levere deres transportydelser og bidrage til projektets succes« (punkt 102), og at det risikerer at udelukke konkurrencen (punkt 103). For at skabe mulighed for at fritage aftalen, mente Kommissionen, at det var nødvendigt at fastsætte betingelser (beslutningens punkt 102 og 103) for at sikre, at andre jernbanevirksomheder kunne få adgang til ankomst- og afgangstider med henblik på udførelse af international togtransport. I henhold til disse betingelser, der er opført i den omtvistede beslutnings artikel 2, afsnit A, kan sagsøgerne forpligtes til at afgive op til 25% af den kapacitet, som var blevet forbeholdt dem efter aftalens artikel 6.2(i).

64 Det findes ikke at kunne udelukkes, at Kommissionen ikke ville have fundet det nødvendigt at fastsætte betingelser over for sagsøgerne, hvis den havde anlagt en korrekt vurdering af de muligheder, som udenforstående jernbanevirksomheder havde for at købe de nødvendige ankomst- og afgangstider til udførelse af international togtransport gennem tunnelen. Som alternativ ville Kommissionen have kunnet pålægge både sagsøgerne og Eurotunnel betingelser, hvilket kunne have bevirket, at sagsøgerne blev pålagt mindre byrdefulde vilkår end de foreliggende. Da det imidlertid ikke tilkommer Retten i forbindelse med et annullationssøgsmål at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens (jf. bl.a. Rettens dom af

24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 113, og af 18.9.1995, sag T-548/93, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 2565, præmis 54), må beslutningens artikel 2, afsnit A, hvorved sagsøgerne pålægges til omtvistede betingelser, annulleres.

65 Det må fastslås, at de omtvistede betingelser udgør en så væsentlig del af den omtvistede beslutning, at de ikke kan udskilles fra beslutningens øvrige bestemmelser. Sagsøgerne må derfor gives medhold i den principale påstand, og beslutningen må annulleres i sin helhed, idet det er ufornødent at tage stilling til de øvrige anbringender til støtte for annullationspåstanden.

Sagens omkostninger

66 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgerne har nedlagt påstand om, at sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger, skal Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

67 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det Forenede Kongerige skal derfor bære sine egne omkostninger. Med hensyn til de øvrige intervenienter konstateres det, at Eurotunnel ikke har nedlagt påstand vedrørende sagsomkostningerne. Eurotunnel skal derfor bære sine egne omkostninger. De omkostninger, der er afholdt af EPS, som har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, pålægges det Kommissionen at betale.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling)

1) Sagerne T-79/95 og T-80/95 forenes med henblik på domsafsigelsen.

2) Kommissionens beslutning 94/894/EF af 13. december 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (IV/32.490 — Eurotunnel) annulleres.

3) Kommissionen betaler sine egne og de af sagsøgerne afholdte omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler. Kommissionen betaler endvidere omkostningerne afholdt af intervenienten European Passenger Services Ltd.

4) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, Channel Tunnel Group Ltd og France Manche SA (Eurotunnel) bærer deres egne omkostninger.

Briët Vesterdorf Lindh

Potocki Cooke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. oktober 1996.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Afdelingsformand