FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(tredje avdelningen i utökad sammansättning)
den 22 oktober 1996 *

I de förenade målen T-79/95 och T-80/95,

Société nationale des chemins de fer français, offentligt företag bildat enligt fransk rätt, Paris, företrätt av advokaterna Barbara Rapp-Jung och Nathalie Flandin, Bryssel, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Victor Elvinger, 31, rue d'Eich,

sökande i mål T-79/95,

och

British Railways Board, bolag bildat enligt engelsk rätt, London, företrätt av Thomas Sharpe, QC, England och Wales, befullmäktigad av Alexandre R. M. Nourry, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

sökande i mål T-80/95,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av Lindsey Nicoll och Stephanie Ridley, Treasury Solicitor's Department, i egenskap av ombud, biträdda av K. P. E. Lasok, barrister of Gray's Inn, och Kenneth Parker, QC, med delgivningsadress i Luxemburg hos Förenade kungarikets ambassad, 14, boulevard Roosevelt,

* Rättegångsspråk: engelska och franska.

och

Channel Tunnel Group Ltd, bolag bildat enligt engelsk rätt, London, samt

France Manche SA, bolag bildat enligt fransk rätt, Paris,

vilka tillsammans har bildat

Eurotunnel, enkelt bolag, London,

företrädda av advokaterna Christine Héron Schwaighofer och Christian Roth, Paris, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Aloyse May, 31, Grand-rue,

British Railways Board, även med stöd av

European Passenger Services Ltd, bolag bildat enligt engelsk rätt, London, företrätt av Thomas Sharpe, QC, England och Wales, befullmäktigad av Alexandre R. M. Nourry, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

intervenienter,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Francisco Enrique González Díaz och Carmel O'Reilly vid rättstjänsten och Guy Charrier, nationell tjänsteman avdelad till kommissionen, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/894/EG av den 13 december 1994 om tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/32.490 — Eurotunnel) (EGT nr L 354, s. 66) [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå] och i andra hand ogiltigförklaring av de villkor som uppställts i artikel 2 A i detta beslut,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(tredje avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden C.P. Briët samt domarna B. Vesterdorf, P. Lindh, A. Potocki och J.D. Cooke,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 25 juni 1996,

följande

Dom

Faktiska omständigheter bakom tvisten

1 Genom ett fördrag som undertecknades den 12 februari 1986 av Republiken Frankrike och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (nedan kallat Förenade kungariket) åtog sig dessa att ge privata koncessionsinnehavare tillstånd till konstruktion och tillhandahållande av en järnvägsförbindelse under Engelska kanalen (nedan kallad den fasta förbindelsen eller tunneln) mellan Fréthun i Pas-de-Calais och Cheriton i Kent.

2 Enligt det fördrag som undertecknades den 14 mars 1986 av Förenade kungarikets statssekreterare vid transportministeriet och den franske ministern för infrastruktur, bostäder och transporter erhöll bolagen Channel Tunnel Group och France Manche koncession för konstruktion och drift av en tunnel under Engelska kanalen. De bildade i detta syfte ett enkelt bolag [öppet bolag] med namnet Eurotunnel. Koncessionens giltighetstid, som ursprungligen hade slagits fast till 55 år, förlängdes år 1994 till 65 år.

3 I bilaga I till koncessionsavtalet föreskrivs villkoren för tillhandahållandet av en pendelförbindelse mellan Fréthun och Cheriton (nedan kallad pendelförbindelse). Channel Tunnel Group Ltd och France Manche SA (nedan kallade Eurotunnel) skall som koncessionsinnehavare säkra ett minimiantal pendelförbindelser som anges i avtalet (artikel A. I.32 i koncessionsavtalet). Det framgår för övrigt av bestämmelserna i bilaga 1 till koncessionsavtalet att tunneln även skall användas för att säkra genomfarten av internationella tåg som tillhör andra järnvägsbolag än Eurotunnel och som förbinder orter i Förenade kungariket med orter på kontinenten (nedan kallade internationella tåg).

4 Den 29 juli 1987 slöts mellan å ena sidan Eurotunnel och å andra sidan sökandena en överenskommelse avseende nyttjandet av en fast förbindelse (nedan kallad överenskommelsen). Överenskommelsen slöts inom ramen för och för giltighetstiden av Eurotunnels koncession.

5 Enligt artikel 6.2 i överenskommelsen "skall [sökandena] under överenskommelsens hela giltighetstid ha rätt till 50 procent (50 %) av den fasta förbindelsens kapacitet i båda riktningarna per timme ... försåvitt de inte samtycker till att avstå från en del av sin rätt vilket emellertid inte får vägras utan grund". Tunnelns kvarvarande kapacitet som mäts i genomfarter per timme tillkommer Eurotunnel som förvaltar förbindelsen. Som ersättning för nyttjandet av den fasta förbindelsen skall sökandena betala avgifter till Eurotunnel vilka omfattar en fast del och en del som varierar på grundval av den faktiskt förekommande trafiken och fastställs enligt en glidande skala. Under de tolv första åren får dessa avgifter inte understiga ett visst gränsvärde. Enligt artikel 10 i överenskommelsen skall sökandena även betala Eurotunnel ersättning för en del av nyttjandekostnaderna för den fasta förbindel-

sen vilka anges i bilaga 5. Sökandena har dessutom förbundit sig att göra stora investeringar för att anpassa sina respektive järnvägsinfrastrukturer i den utsträckning som är nödvändig för nyttjandet av tunneln samt att förfoga över utrustning som är särskilt anpassad till detta nyttjande.

6 Eurotunnel anmälde den 2 november 1987 i samförstånd med sökandena överenskommelsen till kommissionen för att erhålla ett icke-ingripande besked beträffande förbudet i 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 nr L 175, s. 1, nedan kallad förordning nr 1017/68). Kommissionen offentliggjorde i enlighet med artikel 12.2 i förordning nr 1017/68 ansökan i sammandrag i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 16 november 1988 (EGT nr C 292, s. 2). Kommissionen lät den i artikel 12.3 i nämnda förordning föreskrivna fristen på 90 dagar löpa ut utan att meddela att det fanns allvarliga tvivel och beviljade således ett undantag för tre år från dagen för offentliggörande av ansökan i sammandrag i officiella tidningen.

7 Genom en skrivelse av den 25 januari 1989 begärde Eurotunnel att kommissionen skulle utfärda ett icke-ingripande besked för överenskommelsens giltighetstid. Kommissionen offentliggjorde i enlighet med artikel 26.3 i förordning nr 1017/68 denna begäran i sammandrag i officiella tidningen av den 17 juli 1990 (EGT nr C 176, s. 2).

8 Eurotunnel tillsände den 20 september 1991 kommissionen en promemoria där det förklarades att bestämmelserna i överenskommelsen var förenliga med artikel 2 i förordning nr 1017/68.

9 Kommissionen begärde genom en skrivelse av den 28 februari 1994 att Société nationale des chemins de fer français (nedan kallat SNCF) skulle meddela kommissionen vad det fanns för "prognoser för passagerar-och godstrafiken mellan Före-

nade kungariket och kontinenten under de tolv första åren av tunnelns nyttjande" samt "antalet genomfarter per timme under dygnets olika timmar som [sökandena hade för avsikt] att utnyttja för att genomföra denna trafik".

Genom en skrivelse av den 29 mars 1994 svarade SNCF att "[den] kapacitet som på 12 års sikt och inom de ramar som naturligtvis följer av sådana prognoser är nödvändig för att säkra all denna trafik utgör i medeltal ungefär 75 procent av den kapacitet som har förbehållits för [sökandena] i den nyttjanderättsöverenskommelse som har slutits med Eurotunnel. I denna siffra beaktas de olika hastigheterna beroende på det slag av trafik som pågår i tunneln. Medeltalet på 75 procent kan således variera kring detta värde beroende på vilken tid av dygnet det är fråga om utan att det för tillfället är möjligt att vara mer exakt med beaktande av osäkerheten vad gäller efterfrågans struktur."

10 Genom en skrivelse av den 2 maj 1994 delgav kommissionen sökandena utkastet till det nya meddelande som den avsåg att offentliggöra i officiella tidningen beträffande det möjliga undantaget för överenskommelsen. SNCF framförde synpunkter beträffande detta utkast i skrivelserna av den 19 maj och den 13 juni 1994. British Railways Board (nedan kallat BR) gjorde likadant genom en skrivelse av den 14 juni 1994.

11 Kommissionen offentliggjorde i officiella tidningen av den 30 juli 1994 (EGT nr C 210, s. 15) ett meddelande i enlighet med artikel 19.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, 1962, s. 204, nedan kallad förordning nr 17) och artikel 26.3 i förordning nr 1017/68. I detta meddelande (punkt 19) påpekade kommissionen att antagandet av rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT nr L 237, s. 25, nedan kallat direktiv 91/440) har medfört en avsevärd förändring av driftsvillkoren inom sektorn för järnvägstransporter. Vidare betonas i meddelandet (punkt 21) att överenskommelsen omfattar två olika aspekter: tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet som

omfattas av förordning nr 17 och uppdelning av transportmarknaden som omfattas av förordning nr 1017/68. I meddelandet (punkt 24) förutsätts en minskning med 20 procent av de genomfarter per timme som tilldelats sökandena för att det skall vara möjligt att undanta överenskommelsen i enlighet med artikel 85.3 i EG-fördraget.

12 Med direktiv 91/440, till vilket det hänvisas i kommissionens meddelande av den 30 juli 1994, infördes två nyheter för att förbättra effektiviteten och konkurrensen inom gemenskapens järnvägsnät. För det första föreskrivs där att bokföringen för tillhandahållandet av transporttjänster och järnvägens infrastruktur skall hållas åtskilda (artikel 6). För det andra är avsikten med direktivet i viss mån att främja friheten att tillhandahålla tjänster inom järnvägssektorn. Således föreskrivs i artikel 10 att järnvägsföretagen från och med den 1 januari 1993 på vissa villkor har tillgång till järnvägsinfrastrukturerna inom gemenskapen. Senare har rådet antagit direktiv 95/19/EG av den 19 juni 1995 om tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet och uttag av infrastrukturavgifter (EGT nr L 143, s. 75, nedan kallat direktiv 95/19).

13 Genom skrivelser av den 11 och den 14 oktober 1994 har kommissionen informerat SNCF och BR att den avsåg att sänka den till sökandena tilldelade kapaciteten med 25 procent i stället för 20 procent till följd av de anmärkningar som den hade erhållit från tio utomstående som berörs av frågan. Sökandena framförde genom skrivelser av den 19 oktober 1994 synpunkter på kommissionens avsikt.

Det tvistiga beslutet

14 Kommissionen antog det tvistiga beslutet den 13 december 1994. Beslutet (punkt 49) grundas på förordning nr 1017/68 till den del överenskommelsen rör transporttjänster och på förordning nr 17 till den del överenskommelsen rör tillgången till infrastrukturkapaciteten.

15 I beslutet görs en åtskillnad mellan de olika marknaderna i fråga (punkt 51—67):

— Å ena sidan marknaden för tillhandahållande av genomfarter per timme för järnvägstransport genom tunneln med beaktande av att tunneln under Engelska kanalen utgör ett väsentligt medel för de järnvägsföretag som vill erbjuda transporttjänster mellan Förenade kungariket och kontinenten i och med att denna marknads geografiska omfattning är begränsad till tunneln och dess infartszoner.

— Å andra sidan flera marknader för internationella tjänster för transport av passagerare och gods mellan Förenade kungariket och kontinenten.

16 I beslutet görs sedan (punkt 69—84) följande två konkurrensbegränsningar som överenskommelsen medför gällande.

17 På transportmarknaderna medför överenskommelsen en uppdelning av marknaderna mellan å ena sidan Eurotunnel, som koncentrerar sig på tillhandahållandet av pendeltåg, och å andra sidan sökandena, som driver internationella tåg för passagerar-och godstransporter. Med beaktande av att parterna i överenskommelsen ur rättslig synvinkel har möjlighet att dra fördel av de tjänster som har förbehållits för en av de andra parterna begränsar denna överenskommelse konkurrensen mellan Eurotunnel och sökandena.

18 På marknaden för tillhandahållande av genomfarter per timme till järnvägstransporten genom tunneln under Engelska kanalen har sökandena enligt konventionen rätt att konstant förfoga över 50 procent av tunnelns kapacitet. Med beaktande av att hälften av tunnelns kapacitet enligt överenskommelsen är förbehållen för pendelförbindelser och att resten är förbehållen för internationella passagerar-och godståg förfogar sökandena rent faktiskt över 100 procent av de genomfarter per

timme som är tillgängliga för den sistnämnda transportkategorin. Andra järnvägsföretag kan således inte av infrastrukturens förvaltare erhålla de genomfarter per timme som är nödvändiga för att konkurrera med sökandena i fråga om tillhandahållande av internationella passagerar-eller godståg.

19 I beslutet förklaras att bestämmelserna artikel 85.1 i fördraget, artikel 2 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.1 i EES-fördraget inte är tillämpliga på överenskommelsen under en period av 30 år från och med den 16 november 1991. Eftersom kommissionen ansåg att det inte var nödvändigt att ge sökandena ensamrätt till alla genomfarter per timme som var tillgängliga för internationella tåg för att dessa skulle kunna erbjuda sina transporttjänster och medverka till att projektet kan genomföras, försåg den undantaget med villkor och åligganden.

20 Villkoren (nedan kallade de tvistiga villkoren) ställs upp i artikel 2 A i det tvistiga beslutet:

"a) I enlighet med artikel 6.2 i överenskommelsen kan BR och SNCF inte motsätta sig att den som förvaltar den ifrågavarande infrastrukturen säljer de genomfarter per timme som behövs för att upprätthålla en internationell person-och godstransport till andra järnvägsföretag.

b) BR och SNCF måste i varje fall kunna förfoga över de genomfarter per timme som behövs för att kunna bibehålla ett godtagbart antal turer under den tidsperiod som varar fram till den 31 december år 2006 — vilket innebär upp till 75 procent av tunnelns kapacitet per timme åt båda hållen är förbehållen för internationella tåg för transport av passagerare och gods — för att driva sin egen och sina dotterbolags verksamhet.

c) Under den tidsperiod som avses i b) skall andra järnvägsföretag och sammanslutningar av järnvägsföretag kunna förfoga över minst 25 procent av tunnelns kapacitet åt båda hållen per timme för att driva internationella person-och godståg.

d) De villkor som avses i b) och c) utgör inte hinder för att BR och SNCF använder mer än 75 procent av kapaciteten per timme under den tidsperiod som avses i b) om de andra järnvägsföretagen inte använder de resterande 25 procenten av kapaciteten.

e) De villkor som avses i b) och c) utgör inte heller något hinder för att de andra järnvägsföretagen använder mer än 25 procent av kapaciteten per timme under den tidsperiod som avses i b) om BR och SNCF inte använder de 75 procent som har avsatts för deras räkning.

f) Dessa anpassningar skall inte begränsa BR: s och SNCF: s rätt att under den tidsperiod i mån av behov nyttja upp till 75 procent av de genomfarter per timme som är avsatta för internationella tåg som avses i b) och inte heller andra järnvägsföretags rätt att nyttja upp till 25 procent av denna kapacitet.

g) Förhållandet mellan antalet genomfarter per timme som avsatts för BR respektiv SNCF kommer att återprövas av kommissionen före den 31 december 2006."

Förfarande och parternas yrkanden

21 Genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 respektive den 8 mars 1995 har SNCF och BR väckt förevarande två talan.

22 Båda sökandena begärde även uppskov med verkställigheten av artikel 2 A i det ifrågasatta beslutet i enlighet med artiklarna 185 och 186 i fördraget. Genom ett beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 12 maj 1995 (SNCF och British Railways mot kommissionen, T-79/95 R och T-80/95 R, REG s. II-1433), ogillades begäran om uppskov och meddelades att frågan om rättegångskostnaderna skulle avgöras i samband med målet i huvudsak.

23 Genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 31 juli 1995 respektive den 18 augusti 1995 begärde Förenade kungariket och Eurotunnel att få intervenera till stöd för sökandenas yrkanden i de två målen. Genom en ansökan som inkom den 18 augusti 1995 begärde European Passenger Services Ltd (nedan kallat EPS) att få intervenera till stöd för sökandens yrkanden i mål T-80/95. Sökandena begärde om konfidentiell behandling av vissa omständigheter i ansökan i förhållande till Eurotunnel. Samtliga begäran om intervention och konfidentiell behandling gillades genom förstainstansrättens (tredje avdelningen i utökad sammansättning) beslut av den 18 december 1995.

24 Sökandena samt Förenade kungariket och EPS har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara kommissionens beslut,

— i andra hand ogiltigförklara beslutet till den del det innehåller villkor (artikel 2 A), samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

25 Eurotunnel har yrkat att förstainstansrätten skall ogiltigförklara kommissionens beslut av den 13 december 1994 avseende Eurotunnel (IV/32.490).

26 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, samt

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

27 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta föregående åtgärder för bevisupptagning. Den anmodade emellertid parterna att före förhandlingen besvara vissa skriftliga frågor, vilket skedde inom den föreskrivna fristen.

28 Parternas framställningar och svar på förstainstansrättens muntliga frågor hördes vid förhandlingen den 25 juni 1996.

29 Efter att vid förhandlingen ha hört parterna beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att förena de två målen med avseende på domen.

Sakfrågan

Inledande anmärkningar

30 Sökandena har anfört sex likadana grunder för ogiltigförklaring av beslutet eller, i andra hand, de tvistiga villkoren. Den första grunden avser oriktig bedömning av räckvidden av förordning nr 1017/68, den andra en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget, artikel 2 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.1 i EES-avtalet, den tredje en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget, artikel 5 i förordning nr 1017/68

och artikel 53.3 i EES-avtalet, den fjärde maktmissbruk, den femte åsidosättande av rätten till försvar och den sjätte en överträdelse av artikel 190 i fördraget. SNCF har även anfört en grund som avser en överträdelse av artikel 8.3 i förordning nr 17 och artikel 13.3 i förordning nr 1017/68 avseende återkallelse av ett undantag. Eurotunnel har i sin interventionsinlaga avslutningsvis ifrågasatt kommissionens behörighet att anta det tvistiga beslutet.

31 Förstainstansrätten konstaterar att sökandena med den andra och den tredje grunden inledningsvis gör gällande att kommissionens rättsliga resonemang har grundats på ett faktiskt fel vilket innebär att både bedömningen av överenskommelsens konkurrensbegränsande verkan och prövningen av denna överenskommelse mot bakgrund av artikel 85.3 i fördraget, artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.3 i EES-avtalet är ogiltiga.

32 Förstainstansrätten anser att det är lämpligt att först pröva om de grenar av den andra och den tredje grunden som avser ett faktiskt fel är befogade.

Det påstådda faktiska felet

Sammanfattning av parternas argument

33 Sökandena har gjort gällande att kommissionens bedömning i punkt 84 i det tvistiga beslutet enligt vilken överenskommelsen "har till syfte och resultat att begränsa konkurrensen på marknaden för tillhandahållande av genomfarter per timme för järnvägstransport genom tunneln samt på transportmarknaderna" grundas på åsikten att "hälften av tunnelns kapacitet är förbehållen för pendelförbindelser och att resten är förbehållen för internationella passagerar-och godståg" (punkt 81) och att sökandena följaktligen förfogar över 100 procent att de genomfarter per timme som är tillgängliga för den sistnämnda transportkategorin

(punkt 82). Med stöd av alla intervenienter har de hävdat att överenskommelsen inte innehåller någon bestämmelse varigenom hälften av tunnelns kapacitet förbehålls för Eurotunnel för tillhandahållande av pendelförbindelser och återstoden för sökandena för tillhandahållande av internationella passagerar-och godståg.

34 Kommissionen har nästan uteslutande utgått ifrån en enskild förklaring som återfinns i ansökan (punkt III.1. c ii i ansökan) när den har kommit fram till påståendet att det är omöjligt för utomstående järnvägsföretag att erhålla genomfarter i tunneln för tillhandahållande av internationella tåg. Kommissionen har dessutom bortsett från Eurotunnels senare förklaringar i dess promemoria av den 20 september 1991 (se ovan, punkt 8) där kommissionens tolkning av överenskommelsen har bestridits. Sökandena har i detta avseende framfört att det framgår av punkt 3.1.3 i promemorian att

"Eurotunnel saknar intresse av att gynna ett transportmedel framför ett annat, eftersom transportmedlen tillfredsställer olika behov. I framtiden kommer tilldelningen av kapaciteten nämligen att avgöras på grund av användarnas efterfrågan".

35 Sökandena har påpekat att Eurotunnel kan hålla tunneln tillgänglig för andra järnvägsföretag genom att ställa en del av sin kapacitet till deras förfogande. Det ankommer på Eurotunnel i dess egenskap av infrastrukturens förvaltare att på begäran ge utomstående järnvägsföretag tillgång till tunneln. Eftersom Eurotunnel inte har någon skyldighet att använda sina 50 procent av kapaciteten fullt ut för pendelförbindelser, stämmer utomstående företags möjlighet att begära tillgång till tunneln helt överens med överenskommelsens systematik.

36 Eurotunnel har i sin interventionsinlaga (punkt 4 och punkt 80—86) samt vid förhandlingen även hävdat att överenskommelsen inte innehåller någon föreskrift om att de 50 procent av kapaciteten som inte har tilldelats sökandena skall förbehållas

för pendelförbindelser. Följaktligen hindrar överenskommelsen inte Eurotunnel från att ställa en del av sin egen kapacitet till utomståendes förfogande för tillhandahållande av internationella tåg. Rent faktiskt har tunneln i medeltal tillräcklig kapacitet för eventuella begäran från utomstående. Rättsligt har utomstående företag enligt direktiven 91/440 och 95/19 i alla händelser rätt till tillgång till medlemsstaternas infrastrukturer.

37 Enligt sökandena leder det faktiska fel som består i att anse att de förfogar över 100 procent av de genomfarter per timme som är tillgängliga för internationella tåg, vilket således leder till att utomstående företag helt saknar möjlighet att erhålla de genomfarter per timme som är nödvändiga för denna transportkategori, till att kommissionen har försett icke-ingripande beskedet med villkor som de anser överflödiga och oproportionerliga.

38 Kommissionen har tillbakavisat sökandenas och intervenienternas argumentation genom att nämna flera dokument bland vilka några visar på förekomsten av en uppdelning av marknaden mellan sökandena och Eurotunnel — som är en fråga som inte tas upp inom ramen för denna grund — medan andra syftar till att visa att tunneln faktiskt har fördelats jämnt mellan pendeltågen och de internationella tågen. Vad gäller denna påstådda tilldelning av tunnelns kapacitet har kommissionen i synnerhet hänvisat till punkt III.1. c ii i ansökan.

39 Kommissionen har även hänvisat till punkterna 3.1.1 och 3.1.2 i promemorian av den 20 september 1991 (se ovan, punkt 8) vilka har följande lydelse:

"3.1.1 Med beaktande av att tunnelns kapacitet nödvändigtvis är begränsad var det nödvändigt att fördela kapaciteten mellan de två transportsätten. Enligt den nuvarande tilldelningen kan varken tågen eller pendeltågen använda över 50 procent av kapaciteten.

3.1.2 Denna jämna fördelning är inte slutgiltig. Om erfarenheten visar att efterfrågan mer riktar sig mot ett av transportsätten, kan dess andel av kapaciteten höjas, se artikel 6.2 i i överenskommelsen".

40 Mot bakgrund av dessa olika omständigheter anser kommissionen att överenskommelsen innebär att de 50 procent av tunnelns kapacitet som inte har tilldelats sökandena skall användas för tillhandahållande av pendeltåg. Med beaktande av att återstående 50 procent skall användas för tillhandahållande av internationella tåg och att den sammanlagda kapaciteten för tillhandahållande av "internationella tåg" är förbehållen för sökandena är det inte möjligt för de utomstående företag som vill tillhandahålla internationella tåg genom att använda tunneln att erhålla de nödvändiga genomfarterna per timme.

41 Kommissionen har tillagt att även om det antas att överenskommelsen inte innebär någon sådan uppdelning av transportmarknaderna och att utomstående järnvägsbolag följaktligen fortfarande har möjlighet att utnyttja Eurotunnels genomfarter för att tillhandahålla internationella tåg, begränsas konkurrensen av villkoret att 50 procent av tunnelns kapacitet under 65 år förbehålls för sökandena.

Förstainstansrättens bedömning

42 Kommissionen har i det tvistiga beslutet (punkt 73—79) inledningsvis konstaterat förekomsten av en uppdelning av marknaden mellan Eurotunnel och sökandena som innebär att dessa parter har förbundit sig att koncentrera sig på marknaden för pendeltåg respektive marknaden för internationella tåg. Kommissionen har ansett (punkt 86—103) att dessa konkurrensbegränsningar på transportmarknaden uppfyller de fyra villkor som är nödvändiga för att de skall kunna undantas enligt artikel 85.3 i fördraget.

43 Kommissionen har vidare (punkt 80—84 och punkt 101—103) fastställt att det på den ifrågavarande marknaden för tillhandahållande av genomfarter per timme till järnvägstransporten genom tunneln förekommer konkurrensbegränsningar som inte i sig kunde undantas enligt artikel 85.3 i fördraget, artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.3 i EES-avtalet.

44 Det resonemang som har tillämpats för att bedöma vilka konkurrensbegränsningar som har följt av att sökandena har förbehållits 50 procent av kapaciteten återfinns i punkt 81—83 i det tvistiga beslutet:

"(81) ... det följer av bestämmelserna i överenskommelsen att hälften av tunnelns kapacitet är förbehållen för pendelförbindelser och återstoden för internationella passagerar-och godståg.

(82) BR och SNCF har dessutom rätt att alltid förfoga över 50 procent av tunnelns kapacitet, det vill säga 100 procent av de genomfarter per timme som är tillgängliga för den sistnämnda transportkategorin, om de inte avstår från en del av sin rätt. Enligt dessa bestämmelser har BR och SNCF inte förbundit sig att köpa 50 procent av tunnelns kapacitet utan förvaltaren förbinder sig att vid behov sälja denna kapacitet.

(83) Detta innebär att andra järnvägsföretag inte har möjlighet att av infrastrukturens förvaltare erhålla de genomfarter per timme som är nödvändiga för att konkurrera med BR och SNCF vad gäller tillhandahållande av internationella passagerar-eller godståg."

45 Det är ett faktum att sökandena enligt artikel 6.2 i i överenskommelsen under dess giltighetstid har rätt till 50 procent av tunnelns kapacitet.

46 Sökandena och Eurotunnel har likväl ifrågasatt de faktiska antaganden som har gjorts i punkterna 81 och 82 i beslutet vilka utgör underlag för kommissionens bedömning av utomstående tredje företags möjligheter till tillgång till tunneln.

47 Alla parter i överenskommelsen har följaktligen vid förstainstansrätten gjort gällande att överenskommelsen i motsats till den fastställelse som har gjorts i punkt 81 inte innehåller någon föreskrift om att hälften av tunnelns kapacitet är förbehållen för pendeltåg. Beslutet är även oriktigt vad gäller slutsatsen i punkt 82 i nämnda beslut enligt vilken sökandena förfogar över alla genomfarter för internationella tåg. Eurotunnel har i detta avseende både i sin interventionsinlaga och vid förhandlingen uttryckligen bekräftat att överenskommelsen inte innehåller någon bestämmelse som hindrar att kapacitet erbjuds till utomstående järnvägsföretag som vill tillhandahålla internationella tåg genom att de genomfarter som behövs i detta syfte dras av från dess egen kapacitet.

48 Vid en första anblick framgår det således av de påståenden som gjorts av alla parter i överenskommelsen att kommissionen har gjort en felaktig tolkning av nämnda överenskommelse. Det är likväl inte möjligt att utesluta att den tolkning som föreslagits av sökandena och Eurotunnel i själva verket utgör en ändring av överenskommelsen vilken har inträffat efter att det tvistiga beslutet har fattats. Denna ändring skulle i förekommande fall kunna ge upphov till att kommissionen skulle upphäva beslutet men inte till att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara det. Med beaktande av att ett besluts rättsenlighet bedöms med hänsyn till tidpunkten för dess antagande (se bland annat domstolens domar av den 7 februari 1973, Schroeder, 40/72, Rec. s. 125, punkt 14, och av den 5 oktober 1994, Crispoltoni m. fl., C-133/93, C-300/93 och C-362/93, Rec. s. I-4863, punkt 43) skall det kontrolleras om kommissionen vid tidpunkten för det tvistiga beslutet har gjort sig skyldig till ett faktiskt fel genom att fastställa att det förelåg en jämn fördelning av tunnelns kapacitet mellan pendeltåg och internationella tåg på så sätt att Eurotunnels kapacitet endast skulle vara förbehållen för pendeltåg och sökandenas kapacitet endast för internationella tåg.

49 Det finns anledning att konstatera att överenskommelsen inte innehåller någon bestämmelse som uttryckligen eller underförstått skulle förbehålla hälften av tunnelns kapacitet för pendelförbindelser och resten för internationella passagerar-och godståg trots att det i punkt 81 i det tvistiga beslutet hävdas att en sådan tilldelning "följer av bestämmelserna i överenskommelsen".

50 Kommissionen har gjort gällande att dess tolkning av överenskommelsen grundas på ansökans lydelse samt på vissa avsnitt av Eurotunnels promemoria av den 20 september 1991 (se ovan, punkt 8). Enligt kommissionen gör ansökan det möjligt för avtalsparterna att informera kommissionen om deras tolkning av avtalets beskaffenhet och lydelse. Kommissionen anser följaktligen att om sökandena skulle ha varit av den åsikten att Eurotunnels ansökan innehöll en oriktig tolkning av överenskommelsen, skulle de inte ha godkänt innehållet i ansökan.

51 Punkt III.1. c ii i ansökan, till vilken kommissionen har hänvisat (mål T-79/95, svarsinlagan, punkt 107, mål T-80/95, svarsinlagan, punkt 36), har följande lydelse:

"Målet med överenskommelsen är att åstadkomma en skälig och genomförbar uppdelning av den nya infrastruktur som består i det nära sambandet mellan marknaderna för passagerar-och godstransport med tåg å ena sidan och marknaden för biltransport som åtföljs av ett särskilt pendeltågsystem å andra sidan".

52 Även om det framgår av detta avsnitt att hänsyn skall tas till en "skälig och genomförbar uppdelning" av tunneln, anser förstainstansrätten likväl att avsnittet inte stöder kommissionens påstående att det i överenskommelsen föreskrivs en jämn tilldelning mellan pendelförbindelserna och de internationella tågförbindelserna.

53 Lydelsen av promemorian av den 20 september 1991 är inte entydig. Det skall nämligen konstateras att såväl kommissionen som sökandena stöder sig på några avsnitt av promemorian av den 20 september 1991 för att visa riktigheten av sina respektive tolkningar. Även om det avsnitt som kommissionen har citerat (se ovan, punkt 39) förefaller ge stöd för dess tolkning, framgår därav likväl att "den jämna tilldelningen inte är definitiv" och att den kan variera beroende på efterfrågan.

54 Det skall för övrigt konstateras att sökandena under det administrativa förfarandet vid kommissionen uttryckligen har fäst dennas uppmärksamhet vid att det i överenskommelsen inte föreskrivs att hälften av tunneln är förbehållen för pendeltåg och den andra hälften för internationella tåg vilket innebär att utomstående järnvägsföretag kan utnyttja Eurotunnels genomfarter för att tillhandahålla internationella tåg.

55 I en skrivelse av den 19 oktober 1994 från BR till kommissionen (ansökan i mål T-80/95, bilaga 16) har det gjorts gällande att: "... 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 är uppenbart oriktigt att med hänsyn till direktiv 91/440 och konkurrenspolitiken anse att den tunnelkapacitet som är tillgänglig för genomfarten av internationella tåg är begränsad till den kapacitet som har förbehållits genom den överenskommelse som BR och SNCF har slutit med Eurotunnel. Vi är nämligen ... enligt överenskommelsen skyldiga att bevilja genomfarter till andra järnvägsbolags tåg. Överenskommelsen hindrar emellertid inte på något sätt att Eurotunnel ställer en del av kapaciteten till andra järnvägsbolags förfogande, ej heller ger överenskommelsen BR och SNCF någon rätt att motsätta sig detta. Eurotunnels vägran att göra så skulle utan tvivel vara rättsstridig."

56 På samma sätt har sökanden i en skrivelse av den 25 oktober 1994 från BR till kommissionen (ansökan i mål T-80/95, bilaga 16) gjort gällande att

"... 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 och 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 ...".

"... Det råder ett stort missförstånd vad gäller nyttjanderättsöverenskommelsens beskaffenhet ... Nyttjanderättsöverenskommelsen hindar inte på något sätt utomstående från att få tillgång till samma marknad [som BR och SNCF]. Där föreskrivs att BR och SNCF skall tillåta att andra järnvägsbolags tåg kör genom tunneln och vi är måna om att följa denna bestämmelse. Överenskommelsen innehåller dessutom inte någon klausul som skulle göra det möjligt att hindra Eurotunnel från att ge utomstående tillgång till tunneln. Den överenskommelse som Eurotunnel har slutit med BR och SNCF ger oss rätt till endast hälften av kapaciteten ...".

57 Även SNCF har i sin skrivelse till kommissionen av den 19 oktober 1994 bestridit påståendet att sökandena förfogar över alla genomfarter för tillhandahållande av internationella tåg (ansökan i mål T-79/95, bilaga 8):

"... Eurotunnel ... disposant des autres 50 % de la capacité du tunnel peut les utiliser soit pour son activité d'exploitation des services de navettes, soit pour satisfaire à sa tâche de gestionnaire d'infrastructure du tunnel, ..., à savoir de satisfaire des demandes d'accès provenant d'entreprises ferroviaires tierces. En effet, Eurotunnel n'est soumise par les gouvernements français et britannique à aucune obligation d'utiliser un pourcentage déterminé de la capacité d'infrastructure en cause pour l'exploitation des services de navettes. Or, la flotte de navettes dont dispose potentiellement Eurotunnel ne requiert nullement l'intégralité des 50 % qui sont la part d'Eurotunnel en vertu de la convention d'utilisation".

"... Eurotunnel ... som förfogar över återstående 50 procent av tunnelns kapacitet kan använda denna andel antingen för sin verksamhet i samband med tillhandahållandet av pendelförbindelser eller för att uppfylla sin uppgift som förvaltare av tunnelns infrastruktur, ... nämligen för att tillfredsställa utomstående järnvägsföretags begäran om tillgång till tunneln. Den franska och brittiska regeringen har nämligen inte ålagt Eurotunnel någon skyldighet att utnyttja en viss procentuell andel av den kapacitet som infrastrukturen i fråga har för tillhandahållande av pendelförbindelser. Den pendeltågpark som Eurotunnel potentiellt har medför emellertid inte ett behov av att hela den andel på 50 procent utnyttjas som är Eurotunnels andel enligt nyttjanderättsöverenskommelsen".

58 Av det hittills anförda följer att de påståenden som har gjorts av samtliga parter i överenskommelsen under förfarandet vid förstainstansrätten, enligt vilka punkterna 81 och 82 är oriktiga vad gäller de faktiska omständigheterna (se ovan, punkt 47), inte enbart grundas på en tolkning av överenskommelsen som är förenlig med lydelsen av överenskommelsen och ansökan av den 2 november 1987 utan dess-

utom motsvarar de uppgifter som sökandena har lämnat under slutskedet av det administrativa förfarandet vid kommissionen. Under dessa omständigheter är det inte möjligt att anse att den tolkning som sökandena och Eurotunnel har gjort av överenskommelsen utgör en ändring av överenskommelsen vilken har tillkommit efter att det tvistiga beslutet har fattats.

59 Av detta följer att det som kommissionen i punkterna 81 och 82 i det tvistiga beslutet har fastställt vad gäller de faktiska omständigheterna är oriktigt, nämligen för det första att hälften av tunnelns kapacitet är förbehållen för pendeltåg och resten för internationella tåg och för det andra att sökandena förfogar över tunnelns sammanlagda kapacitet för internationella tåg.

60 Förstainstansrätten anser vidare att den bedömning av överenskommelsens konkurrensbegränsande verkan som har gjorts i det tvistiga beslutet grundas på detta faktiska fel (punkterna 83 och 84 i det tvistiga beslutet). Kommissionen har således vid bedömningen av överenskommelsens konkurrensbegränsande verkan i förhållande till utomstående järnvägsföretag inte tagit hänsyn till den omständigheten att Eurotunnel även skulle kunna överlåta en del av sin egen kapacitet till utomstående företag som vill tillhandahålla internationella tågförbindelser genom tunneln.

61 Det skall tilläggas att det är realistiskt för utomstående järnvägsföretag att erhålla genomfarter per timme som dras av från Eurotunnels kapacitet. Det minimiantal pendelförbindelser som Eurotunnel är skyldigt att tillhandahålla enligt koncessionsavtalet (se ovan, punkt 3) utgör dessutom enbart 40 procent av dess egen kapacitet (punkt 113 i Eurotunnels interventionsinlaga i mål T-79/95 och punkt 112 i Eurotunnels interventionsinlaga i mål T-80/95). Under förhandlingen har det för övrigt uttryckligen bekräftats att Eurotunnel för tillfället endast utnyttjar 66 procent av sin kapacitet.

62 Vad gäller kommissionens argument att förbehållet av 50 procent av järnvägsnätens kapacitet för 65 år i alla händelser utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget skall det konstateras att även om ett sådant förbehåll skulle utgöra en konkurrensbegränsning, är det dock så att kommissionen inte har gjort en riktig bedömning av överenskommelsens konkurrensbegränsande verkan i förhållande till utomstående järnvägsbolag.

63 Det faktiska fel som kommissionen har begått har även påverkat dess bedömning av överenskommelsen mot bakgrund av artikel 85.3 i fördraget, artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.3 i EES-avtalet. Av det tvistiga beslutet framgår nämligen att "det förhållandet att alla tillgängliga genomfarter per timme har förbehållits för BR och SNCF förefaller inte oundgängligt för att dessa skall kunna erbjuda sina transporttjänster och delta i projektets framgångsrika genomförande" (punkt 102) och att detta dessutom riskerar att leda till att all konkurrens försvinner (punkt 103). För att överenskommelsen skall kunna beviljas undantag har kommissionen ansett det nödvändigt att ställa upp villkor (punkterna 102 och 103 i det tvistiga beslutet) för att säkerställa att utomstående järnvägsbolag skall ha möjlighet att erhålla genomfarter per timme för tillhandahållande av internationella tåg. Enligt villkoren i artikel 2 A i det tvistiga beslutet kan sökandena tvingas överlåta upp till 25 procent av den kapacitet som hade förbehållits för dem genom artikel 6.2 i i överenskommelsen.

64 Förstainstansrätten anser att om kommissionen skulle ha gjort en riktig bedömning av utomstående järnvägsföretags möjligheter att erhålla de genomfarter per timme som är nödvändiga för att tillhandahålla internationella tåg som kör genom tunneln, är det inte uteslutet att den inte skulle ha ansett det nödvändigt att uppställa villkor som gäller för sökandena. Alternativt skulle kommissionen ha kunnat uppställa villkor såväl beträffande sökandena som beträffande Eurotunnel vilket skulle ha kunnat göra det möjligt att uppställa villkor för sökandena som är mindre betungande än de aktuella villkoren. Eftersom det inom ramen för en tvist som avser ogiltigförklaring av ett beslut emellertid inte ankommer på förstainstansrät-

ten att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning (se bland annat förstainstansrättens domar av den 24 mars 1994, Air France mot kommissionen, T-3/93, Rec. s. II-121, punkt 113, och av den 18 september 1995, Ladbroke Racing mot kommissionen, T-548/93, REG s. II-2565, punkt 54), skall artikel 2 A i det tvistiga beslutet, varigenom de tvistiga villkoren har uppställts som gäller för sökandena, ogiltigförklaras.

65 Förstainstansrätten anser att de tvistiga villkoren utgör en väsentlig del av det tvistiga beslutet som inte kan skiljas åt från andra bestämmelser i detta beslut. Sökandenas huvudsakliga yrkanden skall således bifallas och beslutet skall ogiltigförklaras i sin helhet utan att det föreligger något behov att ta ställning till de andra grunderna för ogiltigförklaring.

Rättegångskostnader

66 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom svaranden har tappat målet och sökandena har yrkat att denne skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, skall svaranden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som hänför sig till förfarandet för interimistiska åtgärder.

67 Enligt artikel 87.4 i rättegångsreglerna skall medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. Detta innebär att Förenade kungariket skall bära sina rättegångskostnader. Vad gäller övriga intervenienter konstaterar förstainstansrätten att Eurotunnel inte har yrkat ersättning för rättegångskostnaderna. Det skall således bära sina rättegångskostnader. De rättegångskostnader som har åsamkats EPS, som har yrkat att kommissionen skall dömas, skall bäras av kommissionen.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

1) Målen T-79/95 och T-80/95 förenas för domens avkunnande.

2) Kommissionens beslut 94/894/EG av den 13 december 1994 om tillämpningen av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/32.490 — Eurotunnel) ogiltigförklaras.

3) Kommissionen skall bära sina rättegångskostnader och skall ersätta sökandenas rättegångskostnader, inklusive de kostnader som hänför sig till förfarandet för interimistiska åtgärder. Kommissionen skall även ersätta de rättegångskostnader som har åsamkats intervenienten European Passenger Services Ltd.

4) Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland samt Channel Tunnel Group Ltd och France Manche SA (Eurotunnel) skall bära sina rättegångskostnader.

Briët Vesterdorf Lindh

Potocki Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 22 oktober 1996.

H. Jung C.P. Briët

Justitiesekreterare Ordförande