II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 21 september 1994

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst

(IV/34.600 — Night Services)

(Slechts de teksten in de Duitse, de Engelse, de Franse en de Nederlandse taal zijn authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(94/663/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren [1], gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Griekenland, en met name op artikel 5,

Gelet op het op 29 januari 1993 ingediende verzoek tot vrijstelling op grond van artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 voor de overeenkomsten inzake het vervoer per spoor van reizigers via de Kanaaltunnel,

Gezien de bekendmaking [2], overeenkomstig artikel 12, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 1017/68, van het essentiële gedeelte van de betreffende overeenkomst,

Gezien het besluit van de Commissie van 23 augustus 1993 bezwaar te maken in de zin van artikel 12, lid 3, van Verordening (EEG) nr. 1017/68,

Gezien de mededeling [3] waarin belanghebbende derden worden uitgenodigd te reageren op het voornemen van de Commissie een ontheffing voor de overeenkomst te verlenen,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op het gebied van vervoer,

Overwegende hetgeen volgt :

I. DE FEITEN

A. De aanmelding

(1) Op 29 januari 1993 heeft de Commissie een verzoek ontvangen van „European Night Services Limited", hierna „ENS" genoemd, „British Rail", hierna „BR" genoemd, „Deutsche Bundesbahn", hierna „DB" genoemd, „NV Nederlandse Spoorwegen", hierna „NS" genoemd, „Société nationale des chemins de fer français", hierna „SNCF" genoemd, en de „Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen", hierna „NMBS" genoemd, om voor overeenkomsten inzake het vervoer per spoor van reizigers via de Kanaaltunnel artikel 2 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 buiten toepassing te verklaren, subsidiair om een vrijstelling voor die overeenkomsten op grond van artikel 5 van genoemde verordening.

[1] PB nr. L 175 van 23. 7. 1968, blz. 1.
[2] PB nr. C 149 van 29. 5. 1993, blz. 10.
[3] PB nr. C 153 van 4. 6. 1994, blz. 15.

B. Partijen

(2) BR, EPS, NS, SNCF en NMBS zijn spoorwegondernemingen in de zin van artikel 3 van Richtlijn 91/440/EEG van de Raad [1].

(3) „European Passenger Services", hierna „EPS" genoemd, was op het tijdstip van aanmelding een volledige dochteronderneming van BR. Sinds 10 mei 1994 is zij een spoorwegonderneming waarin de Britse overheid zeggenschap heeft. EPS heeft de plaats ingenomen van BR bij de exploitatie van internationale diensten op het gebied van het reizigersvervoer. Terzelfdertijd is de deelneming van BR in ENS aan EPS overgedragen.

(4) „German Rail UK Limited", hierna „GR UK" genoemd, is een volledige dochteronderneming van DB.

(5) „Transmanche Night Travel Limited", hierna „TNT" genoemd, is een volledige dochteronderneming van „France Rail", zelf een volledige dochteronderneming van SNCF.

(6) ENS is een gemeenschappelijke onderneming van BR, thans EPS geworden, DB, NS en SNCF.

C. De markten

(7) De betrokken markten zijn die voor het vervoer van zakenlui en van vakantiegangers tussen de volgende bestemmingen :

— Londen-Amsterdam,
— Londen-Frankfurt/Dortmund,
— Parijs-Glasgow/Swansea,
— Brussel-Glasgow/Plymouth.

D. De overeenkomsten

(8) De eerste overeenkomst betreft de oprichting van ENS, een „private company limited by shares" in het Verenigd Koninkrijk, met als aandeelhouders :

— EPS :	61,5 %
— TNT (SNCF) :	11,5 %
— GR UK (DB) :	13,5 %
— NS :	13,5 %.

(9) ENS gaat zich bezighouden met het aanbieden en exploiteren van het vervoer van passagiers per nachttrein tussen Groot-Brittannië en het vasteland van Europa via de Kanaaltunnel.

Het ligt in de bedoeling met ingang van 1995/1996 op de onderstaande trajecten elke nacht in beide richtingen een treindienst aan te bieden :

— Londen-Amsterdam,
— Londen-Frankfurt/Dortmund,
— Parijs-Glasgow/Swansea,
— Brussel-Glasgow/Plymouth.

(10) Met de nachtdiensten wordt beoogd te voldoen aan de vraag van drie categorieën reizigers :

— zakenlui, die comfortabele overnachtingsvoorzieningen, maximale privacy, kwaliteit en dienstverlening van hoog niveau, alsmede op hun werkzaamheden afgestemde vertrek- en aankomsttijden verwachten ;
— vakantiegangers die hetzelfde of een vergelijkbaar niveau van comfort verwachten als zakenlui ;
— vakantiegangers met een kleiner budget die genoegen nemen met comfortabele verstelbare stoelen die geschikt zijn voor nachtreizen.

(11) De tweede categorie overeenkomsten betreft de exploitatie-overeenkomsten die ENS op 30 juni 1992 met de spoorwegondernemingen die partij zijn bij de ENS-overeenkomst, alsmede met de NMBS heeft gesloten.

(12) Ingevolge deze overeenkomsten wordt ENS verantwoordelijk voor de uitgifte, onder eigen naam, van vervoerbewijzen voor de verschillende trajecten en verbindt elke spoorwegonderneming zich ertoe haar de volgende diensten te verlenen :

— tractiediensten via hun spoorwegnetten : terbeschikkingstelling van de locomotief en het bedieningspersoneel ervan en opname in de dienstregeling ;
— reinigingsdiensten : schoonmaken van het gebruikte rollend materieel, verzorging van de ligwagens, onderhoudswerkzaamheden op de eindstations en wagonpersoneel ;
— dagelijkse werkzaamheden : onderhoud, veiligheidscontroles, noodreparaties aan rollend materieel dat op een eindstation aankomt ;
— afwikkeling van het reizigersverkeer voor de nachtdiensten met haltes op stations van het net van de spoorwegonderneming, veiligheid van de passagiers op stations of in de treinen, gebruik van reserveringssystemen, distributie van reserveringssystemen aan verkooppunten ;
— marketingdiensten in samenwerking met ENS, met uitzondering van de distributie van vervoerbewijzen.

(13) Naast bovengenoemde diensten komen EPS en SNCF overeen vervoerdiensten via de Kanaaltunnel te verzorgen. Dit omvat de terbeschikkingstelling van geschikte locomotieven en bedieningspersoneel ervan en opname in de dienstregeling.

(14) Voor deze dienstverlening is speciaal rollend materieel nodig dat geschikt is voor verschillende spoorwegsystemen en aan de veiligheidseisen voor gebruik van de Kanaaltunnel beantwoordt.

[1] PB nr. L 237 van 24. 8. 1991, blz. 25.

(15) Voor de aanschaf van dit rollend materieel zijn de deelnemende spoorwegondernemingen (BR, DB, NS, SNCF) via ENS een verkoop- en huurovereenkomst aangegaan waarbij de verhuurders zich ertoe hebben verbonden het rollend materieel voor een eerste periode van 20 jaar aan ENS te verhuren.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Het toepasselijke recht

(16) De ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst, hebben om een vrijstelling alleen op grond van artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 verzocht. Daar de bewuste overeenkomst echter gevolgen kan hebben op het grondgebied van de Europese Economische Ruimte, dient de rechtmatigheid daarvan eveneens te worden beoordeeld uit het oogpunt van artikel 53 van de EER-Overeenkomst. Voorts bestrijkt de navolgende beoordeling in het licht van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag tevens de overeenkomstige bepalingen van de EER-Overeenkomst.

B. De betrokken markt

a) *De dienstenmarkt*

(17) Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de „term „betrokken markt" inhoudt dat het, tussen de van die markt deel uitmakende produkten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle produkten die deel van een zelfde markt uitmaken, elkander voor een zelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren" ([1]).

(18) Dat verschillende wijzen van reizigersvervoer technisch substitueerbaar zijn, zou derhalve op zich onvoldoende zijn om te stellen dat zij tot een enkele markt behoren.

(19) Beoordeeld dient te worden in hoeverre de reizigers de verschillende wijzen van vervoer substitueerbaar achten.

(20) De door ENS aangeboden diensten zijn hoofdzakelijk gericht op twee soorten klanten : zakenreizigers en zij die bij hun vrije-tijdsbesteding reizen.

(21) De eerste categorie wenst snel en met veel comfort te reizen, waarbij frequenties en dienstregelingen bij hun zakelijke verplichtingen moeten aansluiten. De prijs is niet bepalend voor de keuze van de wijze van vervoer.

(22) Vakantiegangers die hun vakantie zelf betalen, kennen daarentegen een groter belang toe aan de prijs van de wijze van vervoer. Snelheid, comfort en frequenties zijn niet doorslaggevend.

(23) Op dit verschil in gedrag wordt door het „Institut du transport aérien" gewezen in zijn onderzoek naar de complementariteit van trein en vliegtuig in Europa ([2]).

(24) In dit onderzoek wordt ook bewezen dat de hogesnelheidstrein en het vliegtuig hoofdzakelijk met elkaar concurreren in het vervoer over afstanden begrepen tussen 350 en 1 000 km.

(25) Er is hier derhalve sprake van twee dienstenmarkten.

(26) Enerzijds is er een markt voor het vervoer van zakenmensen voor wie lijnvluchten en reizen met de hogesnelheidstrein substitueerbaar zijn.

De door ENS geëxploiteerde nachtdiensten vormen eveneens een substitueerbare mogelijkheid, daar zij een hoge mate van comfort bieden en de dienstregeling ervan in het bijzonder op zakenreizen is afgestemd.

(27) Anderzijds is er een markt voor het vervoer van hen die bij hun vrije-tijdsbesteding reizen, voor wie het vervoer per vliegtuig in de toeristenklasse, per trein, bus en eventueel per eigen auto substitueerbare mogelijkheden bieden.

b) *De geografische markt*

(28) Het Hof van Justitie oordeelde in zaak Ahmed Saeed Flugreisen ([3]), dat er geen sprake is van één enkele markt voor het vervoer van reizigers.

Het Hof verklaarde : „Bepalend is, of de bijzondere kenmerken van de lijnvlucht op een bepaalde lijn ten opzichte van de alternatieve vervoermogelijkheden zo typisch zijn, dat vervanging door die alternatieve mogelijkheden slechts in beperkte mate mogelijk en de concurrentie ervan nauwelijks merkbaar is.".

(29) De Commissie is dientengevolge van mening dat de betrokken geografische markt niet het gehele grondgebied van het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Duitsland en de Benelux-landen omvat, maar moet worden beperkt tot de trajecten waarop ENS daadwerkelijk treindiensten aanbiedt, namelijk de trajecten :

— Londen-Amsterdam,

— Londen-Frankfurt/Dortmund,

— Parijs-Glasgow/Swansea,

— Brussel-Glasgow/Plymouth.

([1]) Arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, Zaak 85/76, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 28.

([2]) ITA/Parijs, december 1991.

([3]) Arrest van 11 april 1989, Zaak 66/86, Jurispr. 1989, blz. 803, r.o. 40.

C. De overeenkomsten

(30) ENS is een vennootschap naar Brits recht met een kapitaal van 100 000 pond sterling, dat als volgt verdeeld is :

EPS :	61,5 %
TNT (SNCF) :	11,5 %
GR UK (DB) :	13,5 %
NS :	13,5 %.

Hoewel EPS een meerderheidsbelang bezit, wordt elke spoorwegonderneming door een lid in de Raad van Bestuur van ENS vertegenwoordigd en dient het merendeel van de belangrijkste besluiten met instemming van alle leden te worden genomen.

(31) ENS staat dus onder gezamenlijk beheer van vier ondernemingen die of wel dochter van een spoorwegonderneming of wel zelf spoorwegonderneming zijn. ENS is derhalve een gemeenschappelijke onderneming in de zin van de Mededeling van de Commissie betreffende gemeenschappelijke ondernemingen (1).

(32) ENS zal haar activiteiten op een duurzame wijze ontwikkelen en alle taken van een zelfstandige economische eenheid op zich nemen.

(33) Eveneens zij erop gewezen dat de ondernemingen die ENS hebben opgericht, zich niet definitief uit de betrokken markt terugtrekken. Zij beschikken over ruim voldoende technische en financiële middelen om een internationaal samenwerkingsverband in de zin van artikel 3 van Richtlijn 91/440/EEG te stichten en om personenvervoerdiensten per nachttrein aan te bieden.

(34) Voorts behouden EPS, SNCF, DB en NS hun hoofdactiviteit op een markt die zich hoger in de bedrijfskolom bevindt dan ENS, namelijk die van de noodzakelijke spoorwegdiensten die de spoorwegondernemingen aan vervoerbedrijven, met name ENS, verkopen.

(35) De Commissie is derhalve van oordeel dat de gemeenschappelijke onderneming ENS de onderlinge afstemming van het concurrentiegedrag van onafhankelijk blijvende ondernemingen ten doel en tot gevolg heeft.

(36) ENS is derhalve een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband die binnen het toepassingsgebied van artikel 85 van het Verdrag valt.

(37) De exploitatieovereenkomsten die tussen ENS enerzijds en elk van de spoorwegondernemingen EPS, NS, DB, SNCF en NMBS anderzijds zijn gesloten, vormen overeenkomsten in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

(1) PB nr. C 43 van 16. 2. 1993, blz. 2.

D. Beperkingen van de mededinging

a-1) *Beperkingen van de mededinging tussen de oprichtende ondernemingen en gevolgen voor derden*

(38) Om de huidige en potentiële beperkingen van de mededinging te beoordelen, is het dienstig te herinneren aan het juridische raamwerk waarbinnen de spoorwegondernemingen hun diensten verlenen.

(39) Krachtens artikel 10 van Richtlijn 91/440/EEG hebben internationale samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen op het gebied van het reizigersvervoer recht op toegang tot de infrastructuur van de Lid-Staten waar zij zijn gevestigd en op de doortocht over de infrastructuur in de andere Lid-Staten voor het verrichten van internationale vervoerdiensten.

(40) Deze mogelijkheden gelden voor zowel bestaande als nieuwe spoorwegondernemingen, waaronder dochterondernemingen van bestaande ondernemingen.

(41) Deze richtlijn biedt de Lid-Staten de mogelijkheid zich in hun nationale wetgeving liberaler op te stellen ten aanzien van de toegang tot de infrastructuur.

(42) Derhalve wordt aan DB en NS de mogelijkheid geboden een internationaal samenwerkingsverband op te richten met een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde spoorwegonderneming en om via de Kanaaltunnel internationale vervoerdiensten te exploiteren tegen betaling aan Eurotunnel, zijnde de beheerder van de infrastructuur.

(43) Evenzo mag een spoorwegonderneming die partij is bij de overeenkomst een gespecialiseerde dochtermaatschappij oprichten in de hoedanigheid van vervoerbedrijf om internationale vervoerdiensten te exploiteren waarbij noodzakelijke spoorwegdiensten van de betrokken spoorwegondernemingen worden gekocht.

(44) Ten slotte kan een spoorwegonderneming ook zelf als vervoerbedrijf internationale diensten exploiteren, waarbij de noodzakelijke spoorwegdiensten bij de betrokken ondernemingen worden betrokken.

(45) Door de exploitatie en verkoop van deze diensten aan ENS toe te vertrouwen worden deze concurrentiemogelijkheden door EPS, SNCF, DB en NS teniet gedaan of aanzienlijk beperkt.

(46) Bovendien behouden de moedermaatschappijen van ENS een machtspositie voor de levering van spoorwegdiensten in hun Lid-Staat van oorsprong, met name wat de speciale locomotieven voor de Kanaaltunnel betreft, en krijgt ENS op grond van de exploitatieovereenkomsten met EPS, SNCF, DB, NS en NMBS rechtstreeks toegang tot deze diensten. Door de bevoorrechte betrekkingen tussen de

moedermaatschappijen en ENS dreigen de andere bedrijven bij de aankoop van noodzakelijke spoorwegdiensten in een minder gunstige concurrentiepositie te geraken.

(47) Evenzo dient rekening te worden gehouden met de overeenkomst tussen Eurotunnel en BR/SNCF (convention d'utilisation). Hoewel BR en SNCF volgens het Gemeenschapsrecht niet over het geheel van de voor internationale treinen beschikbare uurroosters zouden mogen beschikken, zullen zij wel over een belangrijk gedeelte daarvan beschikken om internationale treindiensten te exploiteren en om hun verplichtingen ten aanzien van Eurotunnel na te komen.

(48) Gezien de economische macht van de oprichtende maatschappijen dreigt derhalve de oprichting van ENS de toegang tot de markt voor mogelijke concurrenten van ENS te belemmeren.

a-2) *Grotere beperkingen als gevolg van netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen*

(49) In het algemeen vormen netwerken van gemeenschappelijke ondernemingen een bedreiging voor de mededinging, omdat zij de effecten van de vorming van afzonderlijke gemeenschappelijke ondernemingen op het handelsbeleid van de oprichtende ondernemingen en op de positie van derden op de markt versterken.

(50) Elke nieuwe gemeenschappelijke onderneming leidt tot een hechtere band tussen de oprichters daardoor tot een verdere verzwakking van hun onderlinge concurrentie. Dit is het geval wanneer de oprichters verscheidene gemeenschappelijke ondernemingen voor complementaire of niet-complementaire diensten in het leven roepen.

(51) De Commissie is van oordeel dat dit in deze zaak het geval is. BR/EPS, SNCF, DB en NS nemen in verschillende mate deel aan een netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen voor de exploitatie van diensten op het gebied van het goederen- en reizigersvervoer, met name via de Kanaaltunnel. BR en SNCF participeren tevens in de oprichting van „Allied Continental Intermodal" voor het gecombineerde goederenvervoer en BR neemt met NMBS deel aan de oprichting „Autocare Europe" voor het vervoer van motorvoertuigen per spoor.

(52) ENS behoort tot dit netwerk van gemeenschappelijke ondernemingen en haar oprichting betekent een verdere beperking van de mededinging tussen de partijen.

(53) Dientengevolge blijkt uit de punten 38 tot en met 52 dat de ENS-overeenkomsten tot doel en tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt en zij betekenen derhalve een schending van de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

E. Invloed op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten

(54) ENS gaat vervoerdiensten exploiteren tussen bepaalde plaatsen in het Verenigd Koninkrijk en bepaalde plaatsen op het Europese vasteland. Deze overeenkomst is dus van invloed op het handelsverkeer tussen Lid-Staten.

F. Artikel 3 van Verordening (EEG) nr. 1017/68

(55) Dit artikel is van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend tot doel en ten gevolge hebben :

— de toepassing van technische verbeteringen

of

— de technische samenwerking,

waarbij de ondernemingen beschikken over de in de punten a) tot en met g) van dit artikel genoemde middelen om deze doelstellingen te verwezenlijken.

(56) Uit de door de betrokken ondernemingen ingediende aanmelding blijkt dat het voornaamste doel van de gemeenschappelijke onderneming de levering van diensten in het reizigersvervoer tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland is.

(57) Bovendien zal de onderneming zich op commercieel gebied vooral toeleggen op :

— de exploitatie van de commerciële mogelijkheden voor het reizigersvervoer als gevolg van de openstelling van de Kanaaltunnel ;

— het bieden van de mogelijkheid aan EPS en aan SNCF via de Kanaaltunnel internationale treinen te exploiteren overeenkomstig hun verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst (convention d'utilisation) die zij met Eurotunnel hebben getekend ;

— het delen van de financiële risico's die sedert de openstelling van de Kanaaltunnel aan de exploitatie van regelmatige treinen zijn verbonden.

(58) De Commissie is derhalve van oordeel dat de ENS-overeenkomst niet uitsluitend de toepassing van technische verbeteringen of de technische samenwerking tot doel en tot gevolg heeft en dat niet aan de voorwaarden van artikel 3 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 wordt voldaan.

G. Artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68

a) *Bijdrage tot de economische vooruitgang*

(59) In de context van de openstelling van de Kanaaltunnel draagt de oprichting van ENS bij tot het aanbieden van nieuwe vervoerdiensten van hoge kwaliteit.

ENS biedt zakenreizigers een nieuwe dienst aan die substitueerbaar is voor het vervoer per vliegtuig.

In bepaalde omstandigheden kunnen de door ENS aangeboden diensten dus de mededinging tussen vervoerwijzen vergroten.

(60) Bovendien draagt de betreffende overeenkomst bij tot het succes van de Kanaaltunnel door de ontwikkeling van het verkeer tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland te waarborgen.

In het algemeen kan dus de oprichting van ENS de economische vooruitgang bevorderen.

b) *Voordelen voor de gebruikers*

(61) De gebruikers hebben rechtstreeks baat bij de oprichting van ENS, omdat hen hierdoor nieuwe vervoerdiensten van hoge kwaliteit worden geboden. Voorts zal de mededinging tussen deze nieuwe diensten en de luchtvervoerdiensten in het voordeel van de gebruikers werken.

c) *Onmisbaarheid van de beperkingen*

(62) De juridische voorwaarden van de werking van de markt stellen de spoorwegondernemingen in staat de betrokken diensten eventueel op verschillende wijzen te verrichten.

(63) Er dient echter rekening gehouden te worden met het specifieke karakter van deze zaak, in het bijzonder met het feit dat het hier geheel nieuwe diensten betreft die alleen doelmatig zullen zijn indien onmiddellijk op een aantal trajecten voor een regelmatige treinenloop wordt zorggedragen waarmee derhalve belangrijke financiële risico's gemoeid zijn die een onderneming moeilijk alleen kan dragen.

(64) Bovendien is de bundeling van de „know-how" van de spoorwegondernemingen een belangrijke factor voor het slagen van het project.

(65) De Commissie is derhalve van oordeel dat de beperkingen van de mededinging die uit de oprichting van ENS voortvloeien, ten minste voor een overgangsperiode en gelet op de specifieke situatie van de betrokken markt, onvermijdelijk zijn.

(66) Het is echter raadzaam dat de Commissie een voorwaarde oplegt om ervoor zorg te dragen dat de verstoring van de mededinging tot het hoog nodige beperkt blijft en om op de markt de aanwezigheid van concurrenten van ENS te garanderen.

d) *Geen uitschakeling van de mededinging*

(67) Op de markt van het vervoer van zakenreizigers bieden luchtvaartmaatschappijen substitueerbare diensten aan.

(68) Zij die bij hun vrije-tijdsbesteding reizen kunnen voor vervoer per vliegtuig, per bus of over zee kiezen.

(69) Bovendien moeten andere, aan ENS gelijkaardige vervoerbedrijven concurrerende diensten kunnen leveren door bij de spoorwegondernemingen de onontbeerlijke spoorwegdiensten te kopen.

(70) In deze omstandigheden leidt de oprichting van ENS niet tot uitschakeling van alle mededinging op de betrokken markt.

H. Voorwaarden van de vrijstelling

(71) Overeenkomstig artikel 13 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 moet in een vrijstellingsbeschikking de duur ervan worden vastgesteld en kunnen daaraan voorwaarden en verplichtingen worden verbonden.

(72) Bij het verlenen van een vrijstelling dient de Commissie de overeenkomst te beoordelen binnen de economische context waarin deze van kracht zal zijn.

(73) De duur van de vrijstelling hangt dus met name af van de periode waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de voorwaarden van de werking van de markt niet ingrijpend zullen worden gewijzigd.

(74) Een dergelijke beoordeling is in dit geval vooral moeilijk omdat het een nieuwe dienst betreft en de voorwaarden van de werking van de sector spoorvervoer als gevolg van Richtlijn 91/440/EEG ingrijpend zijn gewijzigd.

(75) Bovendien dient tevens in aanmerking te worden genomen dat de betrokken ondernemingen belangrijke investeringen hebben toegezegd die eerst na een aantal jaren rendement zullen opleveren, zonder dat de hoogte van de investeringen evenwel bepalend is voor de vaststelling van de vrijstellingsduur. De gezamenlijke aankoop van materieel staat in feite los van de voorwaarden voor de commerciële exploitatie ervan.

(76) In dit verband zij opgemerkt dat de spoorwegondernemingen de Commissie hebben medegedeeld dat op het gebied van het gecombineerde goederenvervoer, dat ook speciaal, kostbaar materieel vergt, een periode van vijf jaar nodig is om de nieuwe diensten op te zetten en levensvatbaar te maken.

(77) Het commerciële risico wordt in dit geval vooral groter geacht, omdat het om een dienst gaat die kwalitatief gezien geheel nieuw is.

(78) De Commissie is dientengevolge van oordeel dat de duur van de vrijstelling op acht jaar kan worden gesteld, dit wil zeggen tot en met 31 december 2002. De geldigheidsduur van deze beschikking begint echter te lopen vanaf de datum van aanmelding van de overeenkomsten, namelijk 29 januari 1993.

(79) Aan de vrijstelling zijn evenwel bepaalde voorwaarden verbonden om te vermijden dat de mededinging meer dan noodzakelijk wordt beperkt.

(80) Te dien einde moet aan de nieuwe deelnemers aan de markt, samenwerkingsverbanden van spoorwegondernemingen of vervoerbedrijven, die niet in staat zijn zelf de onontbeerlijke spoorwegdiensten of een gedeelte daarvan te verlenen, de gelegenheid worden geboden bij de aan de ENS-overeenkomst deelnemende spoorwegondernemingen dezelfde onontbeerlijke spoorwegdiensten te betrekken als die waartoe deze spoorwegondernemingen zich verbonden hebben om aan hun dochtermaatschappij te verkopen.

(81) Deze diensten betreffen de terbeschikkingstelling van de locomotief en het bedieningspersoneel ervan en opname in de dienstregeling van de respectieve nationale netten en in die van de Kanaaltunnel. De spoorwegondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst zijn echter niet verplicht een verzoek tot opneming in de dienstregeling te honoreren indien de verzoeker als samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen in de zin van artikel 10 van Richtlijn 91/440/EEG optreedt en deze dus de beheerders van de betrokken infrastructuur zelf om die opneming kan verzoeken.

(82) De spoorwegondernemingen moeten deze diensten op hun netten volgens dezelfde technische en financiële voorwaarden leveren als die welke voor ENS gelden.

(83) De spoorwegondernemingen zijn niet verplicht deze diensten te verlenen indien de onderneming die nieuw de markt betreedt, deze diensten zelf kan verschaffen of indien zij niet over de nodige tractiemiddelen beschikken.

(84) Deze verplichtingen gelden onafhankelijk van de uit artikel 86 van het Verdrag voortvloeiende algemene verplichtingen voor spoorwegondernemingen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN :

Artikel 1

Overeenkomstig artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 1017/68 en artikel 53, lid 3, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte worden de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag en van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst buiten toepassing verklaard voor de overeenkomsten betreffende „European Night Services Limited", hierna „ENS" genoemd. Deze vrijstelling vangt aan op 29 januari 1993 en eindigt op 31 december 2002.

Artikel 2

Aan de in artikel 1 bedoelde vrijstelling wordt de voorwaarde verbonden dat de spoorwegondernemingen die partij zijn bij de ENS-overreenkomst, zo nodig aan elk internationaal samenwerkingsverband van spoorweg- of vervoerondernemingen die nachttreinen voor passagiersvervoer via de Kanaaltunnel willen exploiteren, de onontbeerlijke spoorwegdiensten dienen aan te bieden, waartoe zij zich hebben verplicht deze aan ENS te leveren. Deze diensten dienen de terbeschikkingstelling van de locomotief en het bedieningspersoneel daarvan en opname in de dienstregeling van de respectieve nationale netten en van de Kanaaltunnel te omvatten. De spoorwegondernemingen dienen deze diensten op hun netten volgens dezelfde technische en financiële voorwaarden te leveren als die welke voor ENS gelden.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen :

— European Passenger Services
EPS House
Waterloo Station
GB-London SE1 8SE,

— SNCF
88, rue Saint Lazare
F-75009 Paris,

— Deutsche Bahn AG
Friedrich-Ebert-Anlage 43-45
D-60327 Frankfurt am Main,

— NV Nederlandse Spoorwegen
Hoofddirectie
Moreelsepark
Postbus 2025
NL-3500 HA Utrecht,

— European Night Services Limited
Mercury House
117 Waterloo Road
GB-London SE1 8UL.

Gedaan te Brussel, 21 september 1994.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie