Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 19. september 2018 [1]

Sag C-388/17

Konkurrensverket
mod
SJ AB

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter i jernbanetransportsektoren – tilrådighedsstillelse eller drift af net – begrebet net – en kontrakt om rengøring af tog, der tildeles af en jernbanevirksomhed, som ejes fuldt ud af staten – ingen forudgående udbudsprocedure«

1. SJ AB (herefter »SJ«) er et aktieselskab, der udfører personbefordring med jernbane, og som ejes fuldt ud af den svenske stat. I 2012 indgik SJ to kontrakter om rengøring af tog uden forudgående udbud, hvilket efter Konkurrensverkets (Sveriges konkurrencestyrelse) opfattelse er i strid med direktiv 2004/17/EF [2].

2. Tvisten mellem den offentlige virksomhed og Konkurrensverket drejer sig om fortolkningen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17. Den forelæggende ret, som skal afgøre denne tvist, ønsker navnlig en afklaring af begreberne i denne artikel, hvis fortolkning vil sætte denne ret i stand til at afgøre, hvorvidt en offentlig virksomhed, der udfører transporttjenester med jernbane, er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

3. I denne forbindelse er der to omtvistede spørgsmål:

– dels begrebet »net« inden for transport med jernbane som omhandlet i nævnte bestemmelse

– dels betydningen af formuleringerne »tilrådighedsstillelse eller drift af net«, som anvendes i nævnte bestemmelse, med henblik på de tilfælde, hvor der findes et net.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2004/17

4. Artikel 2 bestemmer:

»1. I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »offentlig virksomhed«: enhver virksomhed, som de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte kan have bestemmende indflydelse på som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de for virksomheden gældende regler.

Bestemmende indflydelse antages at foreligge, når de ordregivende myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed:

– besidder majoriteten af virksomhedens ansvarlige kapital

[…]

2. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

[…]«

5. Artikel 5 bestemmer:

»1. Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

[…]«

6. Artikel 30 bestemmer:

»1. Kontrakter, der indgås med henblik på at muliggøre udførelse af en af de i artikel 3-7 omhandlede aktiviteter, er ikke underlagt dette direktiv, hvis den pågældende aktivitet i den medlemsstat, hvor den udøves, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri.

[…]

5. Hvis den berørte medlemsstats lovgivning giver mulighed herfor, kan ordregiverne anmode Kommissionen om at træffe afgørelse i henhold til stk. 6 om, hvorvidt stk. 1 finder anvendelse for en given aktivitet. I så fald underretter Kommissionen straks den berørte medlemsstat. […]

[…]«

2. Direktiv 2012/34/EU[3]

7. Artikel 1 bestemmer:

»1. Dette direktiv fastlægger:

a) de regler, der gælder for forvaltningen af jernbaneinfrastruktur og for jernbanetransportaktiviteter, som udøves af jernbanevirksomheder, der er etableret eller etablerer sig i en medlemsstat, som beskrevet i kapitel II

b) de kriterier, der gælder for en medlemsstats udstedelse, fornyelse og ændring af licenser til jernbanevirksomheder, som er etableret eller som vil etablere sig i Unionen, som beskrevet i kapitel III

c) de principper og procedurer, der gælder for fastsættelse og opkrævning af jernbaneinfrastrukturafgifter og tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet, som beskrevet i kapitel IV.

2. Dette direktiv finder anvendelse på infrastruktur, der anvendes til indenlandsk og international jernbanetransport.«

8. Artikel 3 foreskriver:

»I dette direktiv forstås ved:

1) »jernbanevirksomhed«: enhver offentlig eller privat virksomhed med licens i henhold til dette direktiv, hvis hovedaktivitet består i godstransport og/eller passagertransport med jernbane, og som er forpligtet til at sørge for trækkraften; udtrykket omfatter også virksomheder, der kun leverer trækkraft

2) »infrastrukturforvalter«: ethvert organ eller enhver virksomhed, der navnlig er ansvarlig for anlæg, forvaltning og vedligeholdelse af jernbaneinfrastruktur, herunder trafikstyring, togkontrol og signaler; infrastrukturforvalterens funktioner på et net eller en del af et net kan tildeles forskellige organer eller virksomheder

3) »jernbaneinfrastruktur«: elementerne i bilag I

[…]

24) »infrastrukturkapacitet«: mulighed for at planlægge efterspurgte kanaler på en bestemt del af infrastrukturen i en vis periode

25) »net«: hele den jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en infrastrukturforvalter

[…]

27) »kanal«: den infrastrukturkapacitet, der er nødvendig for, at et tog kan køre fra et punkt til et andet i en bestemt periode

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (EUT 2012, L 343, s. 32).

28) »køreplan«: de data, der fastlægger alle de af planen omfattede togs og det rullende materiels bevægelser på den relevante infrastruktur i den periode, køreplanen er i kraft

[…]«

9. Artikel 10 bestemmer:

»1. Jernbanevirksomheder tildeles ret til adgang på retfærdige, ikke-diskriminerende og gennemsigtige vilkår til alle medlemsstaters jernbaneinfrastruktur med henblik på udførelse af alle former for jernbanegodstransport. Denne ret skal omfatte adgang til infrastruktur, der forbinder søhavne og havne ved indre vandveje og andre servicefaciliteter, der er nævnt i bilag II, punkt 2, og til infrastruktur, som mere end én slutbruger benytter eller kunne benytte.

[…]«

10. Artikel 27 har følgende ordlyd:

»1. Efter høring af de berørte parter udarbejder og offentliggør infrastrukturforvalteren en netvejledning […]

2. Netvejledningen indeholder en redegørelse for karakteren af den infrastruktur, som er til rådighed for jernbanevirksomheder, og oplysninger om vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastruktur. Netvejledningen indeholder også oplysninger om vilkårene for adgang til servicefaciliteter koblet til infrastrukturforvalterens net og for levering af ydelser i disse faciliteter eller henviser til et websted, hvor oplysningerne stilles gratis til rådighed i elektronisk format. Netvejledningens indhold er fastlagt i bilag IV.

[…]«

11. Artikel 44 bestemmer:

»1. Ansøgere kan på offentlig- eller privatretligt grundlag indgive en ansøgning til infrastrukturforvalteren om en aftale, der giver ret til at benytte jernbaneinfrastruktur mod betaling af en afgift, som fastsat i kapitel IV, afdeling 2.

[…]«

12. Artikel 45 er affattet således:

»1. Infrastrukturforvalteren imødekommer i videst muligt omfang alle ansøgninger om infrastrukturkapacitet, […]

2. Infrastrukturforvalteren kan give bestemte transportydelser fortrinsstilling ved planlægningsprocessen og samordningen, jf. dog artikel 47 og 49.

3. Infrastrukturforvalteren hører alle berørte parter om udkastet til køreplan og giver dem mindst en måned til at fremsætte deres synspunkter. Berørte parter omfatter alle, som har ansøgt om infrastrukturkapacitet, samt andre parter, som har bemærkninger til, hvordan køreplanen kan indvirke på deres mulighed for at levere jernbanetransportydelser i køreplansperioden.

[…]«

13. Artikel 46 foreskriver:

»1. Hvis der opstår konflikter mellem forskellige ansøgninger under den planlægningsproces, der er omhandlet i artikel 45, forsøger infrastrukturforvalteren, gennem en samordning af ansøgningerne, at imødekomme alle ansøgninger i videst muligt omfang.

2. Hvis der opstår en situation, der kræver samordning, har infrastrukturforvalteren ret til inden for rimelige grænser at tilbyde infrastrukturkapacitet, der adskiller sig fra den, hvorom der er ansøgt.

[…]«

B. National ret

1. Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster[4]

14. I henhold til kapitel 2, § 20, forstås ved ordregivende enheder bl.a. virksomheder, som en ordregivende myndighed kan udøve en bestemmende indflydelse på. En bestemmende indflydelse skal anses for at foreligge, hvis en ordregivende myndighed, direkte eller indirekte, i forhold til en virksomhed besidder mere end halvdelen af kapitalandelene i virksomheden, eller kontrollerer majoriteten af de stemmerettigheder, der er knyttet til kapitalandelene eller tilsvarende, eller kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens bestyrelse eller tilsvarende ledelsesorgan.

15. I henhold til kapitel 1, § 8, stk. 1, er en virksomhed omfattet af loven, såfremt den består i tilrådighedsstillelse eller drift af offentlige net i form af transporter med bl.a. jernbane.

16. I henhold til kapitel 1, § 8, stk. 2, skal et net til transporttjenester anses for at foreligge, såfremt tjenesten leveres på vilkår, som er fastsat af en kompetent myndighed, og som vedrører linjestrækninger, disponibel transportkapacitet, betjeningshyppighed og lignende forhold.

2. Järnvägslagen (2004:519)[5]

17. Ifølge jernbanelovens kapitel 5, § 2, har en jernbanevirksomhed med hjemsted i en EØS-medlemsstat eller i Schweiz ret til at udføre og organisere trafik på det svenske jernbanenet.

18. I kapitel 6, § 7, angives det, at den, som har ret til at udføre eller organisere trafik på det svenske jernbanenet, kan ansøge om infrastrukturkapacitet i form af en jernbanekanal hos en infrastrukturforvalter i overensstemmelse med dennes beskrivelse af jernbanenettet.

19. Kapitel 6, §§ 1 og 7, og kapitel 6, § 9, omhandler anmodninger om oplysninger om infrastrukturkapacitet og forvaltning af og beslutning om tildeling af kontrakter med hensyn til ansøgninger om infrastrukturkapacitet.

20. I henhold til kapitel 6, § 9, skal infrastrukturforvalteren fremsætte et forslag til køreplan med udgangspunkt i de ansøgninger, som er indkommet.

4 – Lov (2007:1092) om udbud inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, herefter »lov om udbud«.

5 – Jernbaneloven (2004:519).

21. Af kapitel 6, § 10, fremgår det, at infrastrukturforvalteren gennem samordning skal forsøge at løse de eventuelle interessekonflikter, som opstår ved kapacitetstildelingen. Hvis dette ikke er muligt, skal infrastrukturforvalteren indføre en procedure for hurtig tvistløsning (kapitel 6, § 12).

22. Kapitel 6, §§ 14 og 15, omhandler de prioriteringskriterier, som er angivet i beskrivelsen af jernbanenettet.

II. De faktiske omstændigheder i sagen og de præjudicielle spørgsmål

23. SJ indgik januar 2012 to aftaler (med en værdi på henholdsvis 56 og 60 mio. SEK) uden forudgående udbud om rengøring af sine tog.

24. Konkurrensverket anlagde i januar 2013 en sag ved Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm, Sverige) med påstande om, at SJ skulle pålægges en bøde, eftersom SJ udøvede en virksomhed, der var omfattet af kapitel 1, § 8, i lov om udbud. SJ bestred sagsøgerens påstande, som blev forkastet.

25. Konkurrensverket iværksatte appel til prøvelse af dommen i første instans til Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen for forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige), som stadfæstede dommen i første instans.

26. Konkurrensverket har iværksat appel til prøvelse af appeldomstolens dom til Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige), som har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at der foreligger et net til transporttjenester, når transporttjenester på et statsligt forvaltet jernbanenet til national og international jernbanetrafik leveres i henhold til bestemmelser i national lovgivning, som gennemfører direktiv 2012/34/EU, hvilke bestemmelser indebærer, at tildelingen af jernbaneinfrastrukturkapacitet baseres på ansøgninger fra jernbanevirksomheder, og at samtlige ansøgninger skal imødekommes i videst muligt omfang?

2) Skal artikel 5, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at en virksomhed, der udføres af en jernbanevirksomhed som omhandlet i direktiv 2012/34/EU, og som indebærer, at offentligheden tilbydes transporttjenester på et jernbanenet, udgør tilrådighedsstillelse eller drift af net som omhandlet i bestemmelsen?«

III. Sammenfatning af parternes bemærkninger

A. Det første præjudicielle spørgsmål

27. Eftersom direktiv 2004/17 ikke definerer, hvad der skal forstås ved »net« til transporttjenester eller ved »tilrådighedsstillelse eller drift af net«, bestemmes betydningen og rækkevidden af disse begreber ifølge Konkurrensverket af deres sædvanlige betydning i daglig tale, henset til den sammenhæng, hvori de anvendes, og de formål, der forfølges.

28. Konkurrensverket har påpeget, at der er en risiko for, at de offentlige ordregivende myndigheder, som er under statens indflydelse, tilgodeser nationale virksomheder, hvorved EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og sikring af konkurrencen tilsidesættes. Udbudsprocedurerne efter direktiv 2004/17/EF tilstræber at neutralisere denne trussel. Uden disse procedurer ville den indskrænkning af konkurrencen, som skyldes de naturlige grænser for netkapaciteten, gøre det muligt for ordregiverne at se bort fra de økonomiske overvejelser i forbindelse med indgåelsen af en aftale og i stedet fokusere på kriterier vedrørende national præference.

29. Konkurrensverket har anført, at direktiv 2012/34 regulerer jernbanevirksomhedernes (såsom SJ) adgang til et teknisk net med begrænset kapacitet. I forbindelse med tildelingen af jernbanekanaler på dette net fastsætter infrastrukturforvalteren vilkårene for bl.a. ruter, disponibel transportkapacitet eller betjeningshyppighed. Den omstændighed, at forvalteren af nettet skal bestræbe sig på at imødekomme jernbanevirksomhedernes behov, ændrer ikke på dette nets kapacitetsbegrænsninger.

30. Konkurrensverket har anerkendt, at det af artikel 30 i direktiv 2004/17 følger, at direktivet ikke finder anvendelse, hvis aktiviteter, der henhører under direktivets anvendelsesområde, er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri. Denne mulighed kræver imidlertid, at Kommissionen træffer afgørelse efter behandling af den pågældende procedure, hvilket ikke er sket i den foreliggende sag.

31. SJ har anført, at jernbanetransporten i Sverige – modsat andre medlemsstater, hvor denne sektor er kendetegnet ved en monopolsituation – er fuldt liberaliseret og udføres på lige konkurrencevilkår.

32. SJ har anført, at selskabet ikke drager fordel af statslig finansiering eller andre statslige fordele, på trods af at SJ er ejet fuldt ud af den svenske stat. SJ's indtægter stammer fra salg af billetter, og selskabet nyder ingen særstilling i forbindelse med tildelingen af jernbanekanaler.

33. SJ er af den opfattelse, at artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 bør fortolkes indskrænkende, hvilket følger af retspraksis [6]. Det er ikke tilstrækkeligt, at et selskab er underkastet en bestemmende indflydelse som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17. Det kræves, at betingelserne i artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 fastsættes ensidigt af en kompetent myndighed i medlemsstaten og øjeblikkeligt og i væsentlig grad påvirker den potentielle bruger, idet de direkte og konkret påvirker jernbanevirksomhedens udførelse af jernbanetransporttjenesten.

34. SJ har tilføjet, at såvel SJ som de øvrige jernbanevirksomheder, der udøver virksomhed i Sverige, på grundlag af kommercielle kriterier selv træffer afgørelse om ruter, hvilke tog der skal anvendes, køreplaner, antallet af afgange, stoppesteder samt billetpriser. Infrastrukturforvalteren har kun de beføjelser, der tilkommer denne i henhold til direktiv 2012/34, og har kun til opgave at sikre adgang til jernbaneinfrastrukturen på lige vilkår, men ikke til at regulere de nærmere betingelser for jernbanevirksomhedernes transporttjenester.

35. Ifølge Kommissionen havde ordlyden af artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 til formål at fastlægge en bred definition af begrebet net. Der kan både være tale om et net, når der findes en fysisk infrastruktur (hvilket er tilfældet med jernbaner til tog eller sporvogne), og når denne fysiske infrastruktur ikke findes, såfremt der er tale om et net af forbundne linjer, der anvendes til køretøjer i overensstemmelse med de af myndighederne fastsatte betingelser [7].

6 – SJ har påberåbt sig dom af 10.4.2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, præmis 27 og 29).

7 – Kommissionen har i denne forbindelse henvist til sin meddelelse om en fællesskabsordning vedrørende indgåelse af kontrakter inden for undtagne sektorer: vand, energi, transport og telekommunikation (KOM(88) 376 endelig udg.).

36. Kommissionen har henvist til direktiv 2012/34 som det instrument, der ud over at fastlægge, hvilke aktører der deltager i jernbanetrafikken, sikrer, at jernbanevirksomhederne har en gennemsigtig og ikke-diskriminerende adgang til infrastrukturen. Kommissionen har især fremhævet kapitel IV, afdeling 3, som i forbindelse med tildelingen af jernbaneinfrastrukturkapacitet beskriver, hvordan betingelser som de i artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17 skal fastsættes.

37. Eftersom Trafikverket (Sveriges transportmyndighed) godkender netvejledningen, træffer afgørelse om tildeling af jernbanekanaler og fastlægger køreplaner, fastsætter denne myndighed ifølge Kommissionen betingelserne for brugen af jernbaneinfrastrukturen. Det ændrer intet herved, at denne myndighed så vidt muligt skal imødekomme virksomhedernes ansøgninger.

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

38. Konkurrensverket er af den opfattelse, at der er tale om et net til transporttjenester som omhandlet i artikel 5, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2004/17, når togtrafikken kræver adgang til et teknisk net med begrænset kapacitet. Begrebet »drift« antyder, at der er tale om selve gennemførelsen af trafikken på jernbanenettet [8].

39. SJ har anført, at selskabet ikke har ansvar for jernbaneinfrastrukturen, og at selskabets virksomhed er begrænset til at tilbyde offentligheden de transporttjenester, der udføres på denne infrastruktur. Dermed deltager SJ hverken i tilrådighedsstillelsen eller driften af det svenske jernbanenet, og selskabets virksomhed er således ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17.

40. Kommissionen har påpeget, at artikel 5, stk. 1, første afsnit, sondrer mellem tilrådighedsstillelse og drift af net. Hverken det første direktiv om offentlige udbud (direktiv 90/531/EØF [9]) eller direktiv 93/38/EØF [10] nævnte »tilrådighedsstillelse«. Det var direktiv 2004/17, der indførte dette begreb med henblik på at dække forvaltningen af det fysiske net og adskille de to aktiviteter, som normalt varetages af forskellige operatører, og sikre, at begge aktiviteter henhører under direktivets anvendelsesområde.

41. Ifølge Kommissionen omfatter »drift af net« den faktiske udførelse af jernbanetransporten, mens »tilrådighedsstillelse« henviser til muligheden for adgang til nettet, med henblik på, at andre anvender det.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

42. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 29. juni 2017.

43. Konkurrensverket, SJ og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg og deltog i retsmødet den 13. juni 2018.

8 – Konkurrensverket har støttet sig på punkt 48 i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), hvorefter »drift af et net [betyder], at den pågældende virksomhed selv får nettet til at fungere, hvilket i princippet skal ske ved hjælp af eget personale og egne busser«.

9 – Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1990, L 297, s. 1).

10 – Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1993, L 199, s. 84).

V. Bedømmelse

44. Såvel sagens parter som den forelæggende ret har henvist til direktiv 2012/34 med henblik på at afgrænse tvisten og *afkode* betydningen af de i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 omhandlede udtryk.

45. Denne tilgang er efter min opfattelse hensigtsmæssig. Direktiv 2012/34 af 21. november 2012 kan imidlertid ikke finde anvendelse ratione temporis på aftaler som de i hovedsagen omhandlede, som blev undertegnet i januar samme år. Der kan ses bort fra denne hindring, idet direktiv 2012/34 »af hensyn til klarheden omarbejde[r] og sammenskrive[r] [andre tidligere direktiver] i en enkelt retsakt«[11], hvilke direktiver var gyldige, da aftalerne blev undertegnet.

46. Det bestrides i øvrigt ikke, at SJ er en jernbanevirksomhed i henhold til definitionen i artikel 3, nr. 1), i direktiv 2012/34, eller at SJ i sin egenskab af en virksomhed, som er ejet fuldt af staten, kan være en ordregiver [nærmere betegnet en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/17].

47. Den forelæggende ret nærer ikke desto mindre tvivl om, hvorvidt SJ's virksomhed kan henhøre under beskrivelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17. Kun i bekræftende fald finder dette direktiv anvendelse på SJ, idet direktivets artikel 2, stk. 2, litra a), kræver, at ordregivere udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

A. Det første præjudicielle spørgsmål

48. Artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 knytter begrebet net inden for transport (»anses et net for at bestå«) til »driften, [der] foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat«.

49. Den forelæggende ret ønsker med det første præjudicielle spørgsmål oplyst, om jernbaneinfrastrukturforvalteren, som det tilkommer at tildele jernbanekanaler, i forbindelse med udøvelsen af sine beføjelser i praksis pålægger jernbanevirksomhederne betingelser, som kan påvirke områder såsom ruter, disponibel kapacitet og betjeningshyppighed.

50. Spørgsmålet omhandler en situation, hvor enten private eller offentlige jernbanevirksomheder udfører transporttjenester på grundlag af kommercielle kriterier[12], men ikke selv forvalter jernbanenettet. Det bør således først og fremmest undersøges, hvad der forstås ved begrebet net, for derefter at se nærmere på, hvordan dette påvirker denne tvist[13].

1. Forvaltning af nettet og tildeling af infrastrukturkapacitet

51. Direktiv 2012/34 indeholder regler for forvaltning af jernbaneinfrastruktur på den ene side og regler for jernbanevirksomhedernes virksomhed på den anden side. Sidstnævnte omfatter reglerne for ordningen vedrørende rekvirering af licenser og tildeling af infrastrukturkapacitet til nævnte virksomheder, som skal betale afgifter for at bruge infrastrukturen.

11 – Første betragtning in fine.

12 – Femte betragtning til direktiv 2012/34 er affattet således: »For at gøre jernbanetransporten effektiv og konkurrencedygtig i forhold til de andre transportformer bør medlemsstaterne sikre, at jernbanevirksomhederne har status som selvstændige virksomheder, således at de kan drives forretningsmæssigt og tilpasse sig markedsbehovene.«

13 – Selv om SJ har nævnt, at der findes mere end 320 jernbaneinfrastrukturforvaltere i Sverige, bør det påpeges, at det i den foreliggende sag omhandlede jernbanenet er statsligt. Af § 2, stk. 9, i forordning (2010:185) med instruktion for Trafikverket [forordning (2010:185) om vejledning til Trafikverket] fremgår det, at det er Trafikverket, som skal være infrastrukturforvalter for det jernbanenet, som tilhører den svenske stat, såfremt andet ikke er blevet besluttet. Trafikverket er den myndighed, der har kompetence til at tildele infrastruktur i hovedsagen (forelæggelsesafgørelsens præmis 27).

52. Det siger sig selv, at jernbaneinfrastrukturen har en begrænset kapacitet [14], idet der er tale om et »naturligt monopol« [15], hvilket ikke er nødvendigt at uddybe yderligere. I stedet for at definere jernbaneinfrastruktur beskriver direktiv 2012/34 de elementer, som denne infrastruktur består af, jf. bilag I [16]. Begrebet net er knyttet til denne infrastruktur: jernbanenettet er »hele den jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en infrastrukturforvalter« [17].

53. Jernbaneinfrastrukturen (som er knyttet til begrebet kanal [18]) forvaltes af infrastrukturforvalteren, som er ansvarlig for driften, vedligeholdelsen og fornyelsen af denne infrastruktur. En virksomhed, som tidligere har opnået licens som jernbanevirksomhed, skal anmode infrastrukturforvalteren om at anerkende virksomhedens ret til at anvende en vis andel af denne infrastrukturs kapacitet.

54. Forud for denne proces vedrørende tildeling af infrastrukturkapacitet udarbejdes den såkaldte »netvejledning«, hvori infrastrukturforvalteren præciserer de almindelige regler, tidsfrister, procedurer og kriterier for denne tildeling. Direktiv 2012/34 giver denne forvalter beføjelse til at præcisere en lang række detaljer desangående [19].

55. Det grundlæggende princip er, at infrastrukturforvalteren i videst muligt omfang imødekommer alle modtagne ansøgninger om infrastrukturkapacitet. Hvis dette ikke er muligt, anvender infrastrukturforvalteren andre tildelingskriterier [20]. Infrastrukturforvalteren skal ligeledes udarbejde et udkast til køreplan og fremsende dette til de berørte parter, således at de kan fremsætte deres synspunkter herom.

56. Afgørelserne [21] om tildeling af infrastrukturkapacitet gør det muligt at færdiggøre køreplanen ved at planlægge togenes og det rullende materiels bevægelser på infrastrukturen i den periode, hvor køreplanen er i kraft. Bilag VII, punkt 2, til direktiv 2012/34 omhandler betingelserne for ændring eller tilpasning af køreplanen, hvilket giver indtrykket af, at køreplanen er fleksibel og kan tilpasses til skiftende omstændigheder.

2. Anvendelse på den foreliggende sag

57. Som nævnt har SJ anført, at jernbanevirksomheder i Sverige bestemmer deres togs ruter, køreplaner, antal af afgange og stoppesteder. SJ har ræsonneret, at en eventuel begrænsning af denne kapacitet ganske enkelt skyldes den begrænsede fysiske infrastrukturkapacitet og ikke, at infrastrukturforvalteren har enekompetence til at bestemme, hvordan jernbanevirksomhedernes udførelse af tjenester skal forvaltes.

14 – Dette følger af 58. betragtning til direktiv 2012/34, hvorefter »[a]fgifts- og kapacitetstildelingsordningerne bør tage hensyn til virkningerne af den voksende mætning af infrastrukturkapaciteten og den knaphed på infrastrukturkapacitet, der kan blive slutresultatet«.

15 – 71. betragtning til direktiv 2012/34.

16 – Disse elementer omfatter det fysiske grundlag for etableringen af jernbanenettet og driften heraf, som f.eks. grunde, banelegeme og planum, personperroner og læsseramper, rabatter og sidestier, mure, afskærmninger, særlige konstruktioner (broer eller tunneller), niveauoverkørsler, overbygning, adgangsveje for passagerer og gods, sikrings-, signal- og telekommunikationsanlæg på fri strækning, på banegårde og rangerbanegårde, belysningsanlæg og anlæg til transformering og tilførsel af strøm til den elektriske togfremdrift eller bygninger med tilknytning til infrastrukturen.

17 – Artikel 3, nr. 25), i direktiv 2012/34.

18 – Ved »infrastrukturkapacitet« forstås »mulighed for at planlægge efterspurgte kanaler på en bestemt del af infrastrukturen i en vis periode« [artikel 3, nr. 24) og 27)].

19 – F.eks. fastsættelse af regler for anvendelsen af afgifter (artikel 29, stk. 3), definition af de krav, som ansøgerne skal opfylde (artikel 41, stk. 2), fastsættelse af principperne for samordningen og oprettelse af et tvistbilæggelsessystem (artikel 46, stk. 4 og 6) eller de procedurer, der skal følges, og de kriterier, der skal anvendes, i forbindelse med overbelastet infrastruktur og fastsættelse af en tærskelkvote for benyttelse (artikel 47, stk. 6, og artikel 52, stk. 2).

20 – Hvis der opstår konflikter mellem forskellige ansøgninger, forsøger infrastrukturforvalteren, gennem en samordning af ansøgningerne, at imødekomme alle ansøgninger i videst muligt omfang og har inden for rimelige grænser ret til at tilbyde infrastrukturkapacitet, der adskiller sig fra den, hvorom der er ansøgt.

21 – Selv om direktivet ikke udtrykkeligt nævner afgørelser om tildeling af infrastrukturkapacitet, er det underforstået, at sådanne afgørelser træffes. I henhold til artikel 46, stk. 6, skal der oprettes et tvistbilæggelsessystem (som ikke berører retten til at indgive klage, jf. artikel 56).

58. SJ's argumenter er efter min opfattelse ikke overbevisende. Infrastrukturforvalteren opererer i en virkelighed med begrænsede (plads- og tidsmæssige) muligheder for at imødekomme virksomhedernes ansøgninger. Eftersom ruterne kun kan gennemføres på jernbanenettet og afhænger af servicefaciliteternes ydeevne, må infrastrukturforvalteren nødvendigvis samordne samtlige jernbanevirksomheders udførelse af transporttjenesten. Dette gør sig også gældende for det svenske statslige net.

59. Den frihed, som jernbanevirksomheder såsom SJ har til at tilbyde offentligheden de ruter, som de ønsker, og de køreplaner, som passer dem bedst, er forenelig med den omstændighed, at disse tilbud er underlagt infrastrukturforvalterens afgørelser om samordning. Det er netop infrastrukturforvalteren, som i sidste ende »fastsætter« (selv om dette sker i overensstemmelse med virksomhedernes ansøgninger) de såkaldte »betingelser [for driften]« af tjenesten.

60. Direktiv 2012/34 omfatter adskillige tilfælde, hvor infrastrukturforvalteren tillægges beføjelser, der påvirker disse betingelser. Definitionerne i artikel 3 af »alternativ rute«, »levedygtigt alternativ« eller »overbelastet infrastruktur« afspejles efterfølgende i reguleringen, hvorefter infrastrukturforvalteren kan – og skal – gribe ind i fastsættelsen af betingelserne for brugen af jernbanenettet, uanset om der er tale om »[disponibel] kapacitet«, »ruter« eller »betjeningshyppighed«, med henblik på at undgå overlapninger eller overbelastninger [22].

61. Den netvejledning, som infrastrukturforvalteren skal offentliggøre, gør det ligeledes muligt for denne at ændre elementer, der ikke kan bestemmes på forhånd. Infrastrukturforvalteren kan desuden tildele kapacitet, der adskiller sig fra den, hvorom der er ansøgt, hvilket vidner om, at jernbanevirksomhedernes beslutningsevne indskrænkes af nogle begrænsede muligheder, der skyldes en knaphed på disponible ressourcer, som infrastrukturforvalteren skal forvalte.

62. Endelig kan det tillades, at der i forbindelse med jernbanetransport pålægges forpligtelser til offentlig tjeneste, som i endnu højere grad kan påvirke betingelserne for adgang til infrastrukturen. Direktiv 2012/34 omhandler sameksistensen af udførelsen af frit tilgængelige tjenester og tjenester, der er underlagt kontrakter om offentlig tjeneste, på medlemsstaternes jernbanenet samt muligheden for at fastlægge prioriteringskriterier i tilfælde af overbelastet infrastruktur [23].

63. Behovet for at forvalte og fordele begrænsede jernbaneressourcer medfører, at infrastrukturforvalteren skal have beføjelse til at pålægge de virksomheder, der bruger denne infrastruktur, betingelser for udførelsen af deres tjenester, som påvirker den disponible kapacitet, køreplanerne og betjeningshyppigheden. Dette er netop, hvad artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 kræver for, at det kan antages, at der består et net inden for transport.

B. Det andet præjudicielle spørgsmål

64. Den forelæggende ret ønsker en præcisering af betydningen af udtrykkene »tilrådighedsstillelse« og »drift af net«, som anvendes i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17. Den forelæggende ret ønsker nærmere betegnet oplyst, om jernbanevirksomhedernes virksomhed, som omfatter jernbanetransport, henhører under et af disse to begreber.

22 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/2370 af 14.12.2016 om ændring af direktiv 2012/34/EU for så vidt angår åbning af markedet for indenlandsk passagertransport med jernbane og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen (EUT 2016, L 352, s. 1) bekræfter denne opfattelse. Det fremgår af 28. betragtning til dette direktiv, at »medlemsstaterne [kan] knytte særlige betingelser til retten til adgang til infrastrukturen, så der kan gennemføres en integreret køreplan for indenlandske passagertransporttjenester med jernbane«.

23 – Artikel 47, stk. 4, andet afsnit, i direktiv 2012/34 nævner forpligtelsen til offentlig tjeneste. 24. betragtning til direktiv 2016/2370 bekræfter medlemsstaternes mulighed for at begrænse retten til adgang, »i de tilfælde hvor den vil skabe ubalance i den økonomiske ligevægt i sådanne kontrakter om offentlig tjeneste«.

65. Tvivlsspørgsmålet vedrører udtrykket »drift af net«. Der forekommer at være ubestridt, at »tilrådighedsstillelse af net« er en kompetence, som er tillagt infrastrukturforvalteren, ikke transportvirksomhederne. Derfor vil jeg fokusere på fortolkningen af begrebet »drift«.

66. Kommissionens forslag forekommer tankevækkende i sin klarhed: »Tilrådighedsstillelsen« vedrører infrastrukturforvalterens funktioner, mens »driften« vedrører jernbanevirksomhedernes egentlige virksomhed. Dette understøttes af den lovgivningsmæssige udvikling, som førte til affattelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17: Til forskel fra de tilsvarende artikler i de foregående forsyningsvirksomhedsdirektiver [24], som udelukkende omhandlede »drift af net«, blev der i 2004 tilføjet »tilrådighedsstillelse [af disse net]«.

67. Ifølge Kommissionen blev »tilrådighedsstillelse« tilføjet for at inkludere forvaltningen af det fysiske net og adskille to forskelligartede aktiviteter: »drift af net« skulle omfatte virksomhedernes faktiske udførelse af jernbanetransporten, mens »tilrådighedsstillelse« skulle henvise til muligheden for adgang til nettet med henblik på, at andre anvender det.

68. Kommissionens synspunkt støder imidlertid på en forhindring: Direktiv 2012/34 sondrer tydeligvis mellem »driften af transportydelserne« på den ene side og »[driften] af infrastrukturen« på den anden side [25]. Sidstnævnte opgave varetages af infrastrukturforvalteren, mens driften af transportydelserne forestås af de virksomheder, til hvilke der udstedes en licens.

69. Direktiv 2012/34 anvender flere gange begrebet »udførelse af transport« med jernbane, som direktivet knytter til den virksomhed, som udøves af virksomheder, der i henhold til en licens til at udøve jernbanevirksomhed tilbyder offentligheden disse tjenester. Ifølge terminologien i direktivet er »driften af tjenesten« én ting og »[driften] af infrastrukturen« noget andet.

70. Ifølge direktiv 2012/34 er »[driften] af infrastrukturen« en opgave, der udelukkende tilkommer infrastrukturforvalteren, som ikke kun stiller infrastrukturen til rådighed for de virksomheder, der udfører transporttjenester, men også vedligeholder [26] og forvalter den og anvender nettet til at varetage de funktioner, som denne er tillagt i henhold til nævnte direktivs artikel 7.

71. Denne todelte ordning fremgik allerede af definitionerne i den oprindelige affattelse af direktiv 2012/34. Det fremgik af begrebet »net« i dette direktiv [27], at det tilkom infrastrukturforvalteren at forestå driften heraf. De senere bestemmelser har fortsat i samme tråd:

– Dels knytter gennemførelsesforordning 2015/909, som anvendes til at beregne de driftsomkostninger, som betales ved hjælp af afgifterne [28], jernbanevirksomhederne til jernbanedriften (18. betragtning) i modsætning til infrastrukturforvalteren og driften af nettet, som nævnes i anden betragtning (»[i]nfrastrukturforvalterne er forpligtet til at drive nettene«).

– Dels har den ændring af direktiv 2012/34, som blev gennemført i 2016, tilføjet en nyt punkt til artikel 3, nr. 2), hvorefter der ved »drift af jernbaneinfrastrukturen« forstås »kanaltildeling, trafikstyring og infrastrukturafgifter« [29]. Disse opgaver er tillagt infrastrukturforvalteren og ikke transportvirksomhederne.

24 – Direktiv 90/531 og 93/38.

25 – Sjette betragtning til direktiv 2012/34. Jf. desuden 26. betragtning i denne retning: »Transportydelser og drift af servicefaciliteter [bør] adskilles.«

26 – Artikel 7, stk. 1, tillader imidlertid, at medlemsstaterne »overdrage[r] ansvaret for at bidrage til udviklingen af jernbaneinfrastrukturen, f.eks. gennem investeringer, vedligeholdelse og finansiering, til jernbanevirksomheder eller ethvert andet organ«.

27 – »Hele den jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af en infrastrukturforvalter«.

28 – Kommissionens gennemførelsesforordning af 12.6.2015 om bestemmelser for beregning af de omkostninger, der påløber direkte som følge af jernbanedriften (EUT 2015, L 148, s. 17).

29 – Artikel 3, nr. 2b), indført ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/2370 af 14.12.2016 (EUT 2016, L 352, s. 1).

72. I denne situation er der to fortolkningsmuligheder. Den første består af en fortolkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17, sammenholdt med de senere lovtekster, som specifikt omhandler det fælles jernbaneområde (navnlig direktiv 2012/34 med senere ændringer).

73. Hvis dette synspunkt lægges til grund, skal begrebet »drift af [jernbane]net« i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 bringes i overensstemmelse med begrebet »drift af jernbaneinfrastruktur« i direktiv 2012/34. Jernbanedriften er ikke omfattet heraf i henhold til den betydning, der (i dag) er defineret i artikel 3, punkt 2b), i direktiv 2012/34, som ændret ved direktiv 2016/2370. Med andre ord omfatter driften af nettet ikke jernbanedriften, som består af jernbanevirksomhedernes udførelse af transporttjenester.

74. Den anden mulighed taler for en selvstændig fortolkning af begrebet »drift af net« i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17, som ikke berøres af ovennævnte lovændringer [30]. Ifølge denne fortolkning er der intet til hinder for, at jernbanevirksomheder også »driver« nettet, i den forstand, at de drager fordel af det, udnytter det eller anvender det til at udføre jernbanetransporten.

75. Der er flere argumenter, der taler for denne anden mulighed. For det første, således som Kommissionen har anført, forekommer tilblivelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 – idet begrebet »tilrådighedsstillelse af net« er blevet indføjet som et selvstændigt begreb, der er adskilt fra driften af nettet – at have ændret den semantiske betydning af sidstnævnte begreb.

76. Det fremgår for det andet af ordlyden, at der til de forskellige betydninger af begrebet »drift« henregnes den betydning, hvorefter begrebet knyttes til den handling, hvorved en ting anvendes og derigennem udnyttes. De virksomheder, der udfører passagertransport med jernbane, »driver« det net, hvorpå deres tog kører, dvs. at de bruger eller udnytter nettet for at opnå det udbytte, som er forbundet med deres offentlige tjeneste.

77. Det følger for det tredje af en systematisk tilgang, at det ikke ville give mening, at artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/17 generelt ikke finder anvendelse på virksomheder, der udfører transporttjenester, fordi denne aktivitet ikke betragtes som drift af nettet, eftersom det umiddelbart derefter (artiklens stk. 2) angives, at direktivet »ikke [finder] anvendelse på foretagender, der betjener offentligheden med bustransport, som er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38/EØF i henhold til dettes artikel 2, stk. 4«. Grunden til, at en sådan præcisering er påkrævet, er netop, at direktiv 2004/17 i princippet finder anvendelse på alle andre virksomheder, der udfører transporttjenester.

78. For det fjerde og sidste omfatter direktiv 2004/17 »[d]e ikke-udtømmende lister over ordregivere efter nærværende direktiv[, som] er anført i bilag I til X« [31]. Af bilag IV, som omhandler ordregivere inden for jernbanetransport, fremgår de offentlige virksomheder i de forskellige medlemsstater, som tilbyder jernbanetransport. Med hensyn til Sverige anses disse virksomheder bl.a. for at være »[o]ffentlige enheder, der driver jernbanetrafik i henhold til järnvägslagen (2004:519) og järnvägsförordningen (2004:526)« [32].

30 – Kommissionen tilsluttede sig dette synspunkt i retsmødet.

31 – Artikel 8 (»Lister over ordregivere«) i direktiv 2004/17.

32 – Kommissionens beslutning af 9.12.2008 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter for så vidt angår fortegnelserne over ordregivende enheder og myndigheder (EUT 2008, L 349, s. 1).

79. Den omstændighed, at denne type virksomheder (som SJ tilhører) er opregnet i bilag IV til direktiv 2004/17, afspejler, at aktiviteter, der udføres af virksomheder, som leverer transporttjenester til offentligheden ved hjælp af jernbanenettet, ifølge EU-lovgiver henhører under begrebet drift af dette net som omhandlet i nævnte direktivs artikel 5, stk. 1, således at disse virksomheder, såfremt de øvrige betingelser er opfyldt, skal følge de udbudsprocedurer, der er fastlagt i direktiv 2004/17 [33].

80. Selv om jeg anerkender, at der er en vis manglende overensstemmelse mellem de begreber, der anvendes i bestemmelserne om det fælles europæiske jernbaneområde (direktiv 2012/34 og tilsvarende bestemmelser), og de i direktiv 2004/17 anvendte begreber, afhænger fortolkningen af udtrykket »drift af net« i artikel 5, stk. 1, i sidstnævnte ikke af de begreber, der er defineret i førstnævnte.

81. Endelig har SJ anført, at SJ er en virksomhed, der udelukkende har kommercielle formål, og som konkurrerer med andre jernbanevirksomheder, hvilket efter SJ's opfattelse udelukker, at virksomheden betragtes som en ordregiver, som er underlagt direktiv 2004/17.

82. Direktiv 2004/17 indeholder bestemmelser med henblik på et sådant tilfælde i artikel 30 (»procedure til afgørelse af, hvorvidt en given aktivitet er direkte undergivet almindelige konkurrencevilkår«). Det er nok at fastslå, at det i denne sag ikke fremgår, at denne procedure er blevet iværksat, og dermed er anvendelsen af dette direktiv ikke undtaget.

VI. Forslag til afgørelse

83. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 5, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester skal fortolkes således, at:

– der består et »net«, når en jernbaneinfrastruktur, der forvaltes af staten, stilles til rådighed for de virksomheder, der udfører transporttjenester, på de driftsmæssige betingelser, der er fastlagt af den kompetente myndighed i den pågældende medlemsstat, selv om denne myndighed i videst muligt omfang skal imødekomme samtlige ansøgninger om kapacitet fra disse virksomheder.

– de aktiviteter, der udføres af en offentlig virksomhed, og som består af udførelse af offentlig personbefordring under anvendelse af jernbanenettet, udgør »drift af nettet« som omhandlet i direktiv 2004/17/EF.«

33 – Selv om dom af 5.10.2017, LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736), ikke behandlede det problem, der er relevant i den foreliggende sag, og som anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke vedrørte, udtalte Domstolen, at de aktiviteter, der udføres af et datterselskab, som ejes fuldt ud af det litauiske jernbaneselskab, til hvilket datterselskabet leverede jernbanemateriel, der var nødvendigt for, at jernbaneselskabet kunne udøve sin jernbanetransportvirksomhed, som havde til formål at imødekomme almenhedens behov, under de i nævnte sag omhandlede omstændigheder og med visse forbehold var omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18 af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114). I mit forslag til afgørelse i samme sag (C-567/15, EU:C:2017:319) anførte jeg med hensyn til et anbringende fra en af parterne, som påberåbte sig anvendelsen af direktiv 2004/17, at »[e]ftersom begrebet »offentligretligt organ« er enslydende defineret i både artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/17 og artikel 1, stk. 9, andet afsnit, i direktiv 2004/18 […], er det muligt at besvare de af Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius) forelagte spørgsmål uden først at skulle afvise, at enten det ene eller andet direktiv finder anvendelse«.