



Datum van
inontvangstneming

:

11/08/2017

Zaak C-388/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

29 juni 2017

Verwijzende rechter:

Högsta förvaltningsdomstolen (Zweden)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 juni 2017

Verzoekende partij:

Konkurrensverket

Verwerende partij:

SJ AB

PROCES-VERBAAL

Stockholm (Zweden), 21 juni 2017

[omissis]

VERZOEKER

Konkurrensverket (nationale mededingingsautoriteit)

[omissis]

VERWEERSTER

SJ AB

[omissis]

BESTREDEN ARREST

Arrest van Kammarrätten i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg te Stockholm) van 4 juni 2015 in de zaken 603-14 en 604-14

VOORWERP

Geldboete voor schending van de aanbestedingsregels; verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing

[omissis]

Högsta förvaltningsdomstolen (hoogste bestuursrechter, Zweden)

BESLIST:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU overeenkomstig de bijlage verzocht om een prejudiciële beslissing.

[omissis]

Bijlage bij het proces-verbaal

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU over de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (richtlijn nutsbedrijven) (hierna: „richtlijn 2004/17”)

Högsta förvaltningsdomstolen wenst door middel van de prejudiciële beslissing opheldering te verkrijgen met betrekking tot de vraag hoe de bepalingen inzake vervoersdiensten in richtlijn 2004/17 moeten worden uitgelegd. De uitleggingsvragen zijn gerezen in twee zaken, waarin Konkurrensverket (Zweedse mededingingsautoriteit) veroordeling van de spoorwegmaatschappij SJ AB (hierna: „SJ”) tot betaling van een geldboete wegens schending van de aanbestedingsregels heeft gevorderd.

SJ is een kapitaalvennootschap die volledig eigendom is van de Zweedse staat en zich richt op reizigersvervoer per spoor. De reden voor de vordering van Konkurrensverket is dat SJ in 2012 twee overeenkomsten voor schoonmaakdiensten heeft gesloten zonder vooraf een aankondiging van een opdracht bekend te maken. SJ is van mening dat de betrokken activiteiten geen vervoersactiviteiten in de zin van richtlijn 2004/17 behelzen en dat zij daarom niet gehouden was een aankondiging van een opdracht bekend te maken.

Toepasselijke Unierechtelijke bepalingen

Voorschriften voor aanbestedingen in de nutssector

- 1 Ingevolge artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/17 is een overheidsbedrijf een bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële

deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften. Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten, of over de meerderheid van de stemmen beschikken die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden, of meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen.

- 2 Uit artikel 2, lid 2, onder a), van deze richtlijn volgt dat hieronder onder meer vallen aanbestedende diensten die overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen.
- 3 Volgens artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17 is deze richtlijn van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of autobus of kabel beogen.
- 4 Artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 bepaalt dat ten aanzien van vervoersdiensten ervan wordt uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.
- 5 Uit de artikelen 40, lid 2, en 42 van richtlijn 2004/17 volgt dat de aanbestedende diensten een keuze kunnen maken uit de in artikel 1, lid 9, onder a), b) of c), genoemde procedures (openbare procedure, niet-openbare procedure of procedure van gunning via onderhandeling), mits, behoudens artikel 40, lid 3, een oproep tot mededinging is gedaan.
- 6 Met de invoering van een nieuwe richtlijn nutsbedrijven (richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG) is richtlijn 2004/17 met ingang van 18 april 2016 ingetrokken. In artikel 11 van de nieuwe richtlijn zijn overeenkomstige bepalingen met betrekking tot vervoersdiensten neergelegd.

Voorschriften voor spoorwegen

- 7 Ingevolge artikel 1, lid 1, van richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte, stelt deze richtlijn onder meer de regels vast inzake het beheer van de spoorweginfrastructuur en de vervoersactiviteiten per spoor van spoorwegondernemingen die in een lidstaat zijn of zullen worden gevestigd. Voorts stelt deze richtlijn de beginselen en procedures vast die bij de vaststelling en de inning van de rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur en de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit moeten worden toegepast.

Artikel 1, lid 2, van deze richtlijn bepaalt dat zij van toepassing is op het gebruik van spoorweginfrastructuur voor binnenlandse en internationale spoorwegdiensten.

- 8 Ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 2012/34 wordt onder spoorwegonderneming verstaan iedere publiek- of privaatrechtelijke onderneming die in het bezit is van een vergunning overeenkomstig deze richtlijn en waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het verlenen van spoorwegvervoersdiensten voor goederen en/of voor passagiers, waarbij die onderneming voor de tractie zorgt.
- 9 Volgens artikel 3, lid 2, van deze richtlijn is een infrastructuurbeheerder een instantie of onderneming die met name belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van spoorweginfrastructuur, met inbegrip van het verkeersbeheer en de besturing en seingeving. De taken van de infrastructuurbeheerder op een net of een deel van een net kunnen aan verschillende instanties of ondernemingen worden toegewezen.
- 10 Uit artikel 27 van richtlijn 2012/34 volgt dat de infrastructuurbeheerder na overleg met de belanghebbenden een netverklaring opstelt en bekendmaakt. Deze netverklaring beschrijft onder andere de aard van de beschikbare infrastructuur, en bevat informatie over de voorwaarden voor toegang tot de betreffende spoorweginfrastructuur.
- 11 De artikelen 38 tot en met 55 van richtlijn 2012/34 bevatten bepalingen inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit. Overeenkomstig artikel 3, lid 18, van deze richtlijn wordt onder toewijzing verstaan de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit door een infrastructuurbeheerder.
- 12 De regels inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit bepalen onder meer dat de infrastructuurbeheerder zo veel mogelijk aan alle infrastructuurcapaciteitsaanvragen dient te voldoen. De infrastructuurbeheerder raadpleegt de belanghebbenden over de ontwerpdiensregeling en neemt gepaste maatregelen om met de gemaakte bezwaren rekening te houden (artikel 45). Wanneer de infrastructuurbeheerder tijdens de programmeringsprocedure op met elkaar concurrerende aanvragen stuit, tracht hij door coördinatie van deze aanvragen de meest geschikte oplossing uit te werken, die tegemoet komt aan alle vereisten. Voor geschillen in verband met de toewijzing van infrastructuurcapaciteit wordt een regeling ingesteld om dergelijke geschillen snel te beslechten (artikel 46). Indien het na coördinatie van de aangevraagde treinpaden en na overleg met de aanvragers niet mogelijk is de aanvragen voor infrastructuurcapaciteit tot tevredenheid van alle betrokkenen af te handelen, verklaart de infrastructuurbeheerder het betrokken infrastructuursegment onverwijld tot overbelaste infrastructuur. De infrastructuurheffingen kunnen een heffing omvatten voor het capaciteitsgebrek. Indien dergelijke heffingen niet hebben plaatsgevonden of geen bevredigend resultaat hebben opgeleverd en de infrastructuur tot overbelaste infrastructuur is verklaard, mag de

infrastructuurbeheerder voor de toewijzing van de infrastructuurcapaciteit ook nog prioriteitscriteria hanteren. Bij de prioriteitscriteria moet rekening worden gehouden met het maatschappelijk belang van een dienst in vergelijking met een andere dienst, die bijgevolg zal worden uitgesloten (artikelen 47 en 31).

- 13 Artikel 28 van richtlijn 2012/34 bepaalt dat de spoorwegondernemingen die vervoersdiensten per spoor verrichten, de nodige publiek- of privaatrechtelijke overeenkomsten sluiten met de infrastructuurbeheerders van de gebruikte spoorweginfrastructuur. Die overeenkomsten mogen geen discriminerende voorwaarden bevatten en moeten transparant zijn.
- 14 Artikel 55, lid 1, van richtlijn 2012/34 schrijft voor dat elke lidstaat een nationale toezichthoudende instantie instelt voor de spoorwegsector. Ingevolge artikel 56, lid 1, van deze richtlijn kan een aanvrager wanneer hij van mening is dat hij oneerlijk behandeld, gediscrimineerd of op enigerlei andere wijze benadeeld is, zich tot de toezichthoudende instantie wenden, met name om beroep in te stellen tegen beslissingen van de infrastructuurbeheerder of, indien van toepassing, de spoorwegonderneming of de exploitant van een dienstvoorziening, ten aanzien van onder andere de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan.
- 15 Artikel 56, lid 9, derde alinea, van deze richtlijn bepaalt dat indien beroep wordt ingesteld tegen een weigering capaciteit te verlenen, of tegen de voorwaarden van een capaciteitsaanbod, de toezichthoudende instantie ofwel besluit dat er geen wijziging van het besluit van de infrastructuurbeheerder nodig is, ofwel dat het betwiste besluit overeenkomstig haar instructies wordt gewijzigd.
- 16 Ingevolge artikel 56, lid 10, van richtlijn 2012/34 waarborgen de lidstaten dat de besluiten van de toezichthoudende instantie voor rechterlijke toetsing openstaan.

Toepasselijke nationale bepalingen

Voorschriften inzake aanbestedingen in de nutssector

- 17 Richtlijn 2004/17 is bij Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2007:1092) (wet inzake het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten; hierna: „LUF”) in Zweeds recht omgezet.
- 18 Ingevolge afdeling 1, § 2, LUF is deze wet van toepassing op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.
- 19 Volgens afdeling 2, § 20, LUF zijn aanbestedende entiteiten onder meer ondernemingen waarop aanbestedende diensten een overheersende invloed kunnen uitoefenen. Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten, of

beschikken over de meerderheid van de stemmen die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden, of meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen.

- 20 Afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF bepaalt dat deze wet van toepassing is op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van openbare netten bestemd voor het vervoer per, onder andere, trein beogen.
- 21 Ingevolge afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF wordt ten aanzien van vervoersdiensten ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.
- 22 Afdeling 7, § 1, LUF bepaalt dat een aanbestedende dienst die een contract wil gunnen of een raamovereenkomst wil sluiten, behoudens het in afdeling 4, § 2, bepaalde, gehouden is om een aankondiging bekend te maken. Dit voorschrift is niet van toepassing op deze zaak.
- 23 Volgens afdeling 17, § 1 en 2, LUF kan de toezichthoudende autoriteit de gewone bestuursrechter verzoeken om de aanbestedende dienst te veroordelen tot betaling van een speciale boete, wanneer de aanbestedende dienst een overeenkomst met een leverancier heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.
- 24 De wet van 2007 is per 1 januari 2017 ingetrokken en vervangen door Lag om upphandling inom försörjningssektorerna (2016:1146) (wet inzake aanbestedingen in de nutssector) ter omzetting van de nieuwe richtlijn nutsbedrijven (zie punt 6 hiervoor). Ingevolge de overgangsbepalingen blijft de ingetrokken wet van toepassing op aanbestedingsprocedures die zijn aangevangen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet.
- 25 De nieuwe bepalingen inzake vervoersdiensten zijn neergelegd in afdeling 2, § 5, van de wet van 2016. Ingevolge de eerste alinea ervan is deze wet van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per, onder andere, trein beogen. De tweede alinea ervan bepaalt dat ten aanzien van vervoersdiensten ervan wordt uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

Voorschriften inzake spoorwegen

- 26 De järnvägslag (2004:519) (spoorwegwet; hierna: „JL”) en de järnvägsförordning (2004:526) (spoorwegverordening; hierna: „JF”) bevatten bepalingen inzake de

spoorweginfrastructuur en spoorvoertuigen, de exploitatie en organisatie van het spoorvervoer, het beheer van de spoorweginfrastructuur en de levering van spoorvervoersdiensten. Deze regelingen bevatten bepalingen ter omzetting van richtlijn 2012/34 in Zweeds recht (zie punten 7-16 hiervoor).

- 27 Ingevolge § 2, punt 9, van de förordning med instruktion för Trafikverket (2010:185) (verordening houdende aanwijzingen voor de Zweedse vervoerbeheerder) is – behoudens andersluidende beslissing – Trafikverket de infrastructuurbeheerder van het Zweedse staatsspoorwegnet.
- 28 Volgens afdeling 5, § 2, van de JL is een spoorwegonderneming die haar zetel in een van de EER-landen of in Zwitserland heeft gerechtigd om op het Zweedse spoorwegnet vervoersdiensten te exploiteren en te organiseren.
- 29 Afdeling 6, § 5, van de JL bepaalt dat de infrastructuurbeheerder een beschrijving moet opstellen van het door hem beheerde spoorwegnet. Deze beschrijving moet worden opgesteld na overleg met de betrokken partijen. Volgens afdeling 5, § 1, van de JL moet de beschrijving informatie bevatten over onder meer de aard van de infrastructuur, voorgenomen werkzaamheden, de vereisten die worden gesteld aan spoorvoertuigen voor het gebruik ervan op het spoorwegnet en de uitgangspunten voor de berekening van vergoedingen en kosten.
- 30 Afdeling 6, § 7, van de JL bepaalt dat een partij die gerechtigd is om op het Zweedse spoorwegnet vervoersdiensten te exploiteren en te organiseren, infrastructuurcapaciteit in de vorm van treinpaden bij een infrastructuurbeheerder kan aanvragen overeenkomstig zijn beschrijving van het spoorwegnet.
- 31 Volgens afdeling 6, § 1, van de JL is een infrastructuurbeheerder verantwoordelijk voor de behandeling van een aanvraag voor infrastructuurcapaciteit van een partij die gerechtigd is om op het Zweedse spoorwegnet vervoersdiensten te exploiteren en te organiseren. De beheerder is verantwoordelijk voor de toewijzing van infrastructuurcapaciteit op een niet-competitieve en niet-discriminerende wijze, overeenkomstig de wettelijke bepalingen.
- 32 Volgens afdeling 6, § 9, van de JL dient de infrastructuurbeheerder een ontwerp van een dienstregeling op te stellen op basis van de ontvangen aanvragen. De infrastructuurbeheerder moet zo veel mogelijk aan alle aanvragen voor infrastructuurcapaciteit tegemoetkomen. Hierbij moet de beheerder rekening houden met het economische gewicht van de activiteiten van de aanvragers en andere voor hen belangrijke factoren. De betrokken partijen worden in de gelegenheid gesteld om opmerkingen bij de voorgestelde dienstregeling te maken.
- 33 Ingevolge afdeling 6, § 10, van de JL dient de infrastructuurbeheerder bij wege van onderlinge afstemming te proberen om belangenconflicten bij de toewijzing van capaciteit op te lossen. Afdeling 6, § 11, van de JL bepaalt dat wanneer aanvragen onderling kunnen worden afgestemd, de infrastructuurbeheerder de capaciteitstoewijzing in een dienstregeling moet vaststellen.

- 34 Afdeling 6, § 12, van de JL schrijft voor dat wanneer een belangenconflict tussen twee of meer aanvragers niet kan worden opgelost, de infrastructuurbeheerder een versnelde geschillenbeslechtsingsprocedure in het leven moet roepen. Wanneer ondanks de afstemmings- en geschillenbeslechtsingsprocedure geen onderlinge afstemming van de aanvragen mogelijk is, dient volgens afdeling 6, § 13, van de JL de infrastructuurbeheerder de door de onverenigbare aanvragen geraakte infrastructuur overbelast te verklaren en het hiermee gemoeide tijdvak aan te geven.
- 35 Ingevolge afdeling 6, § 14, van de JL heeft een partij die een extra vergoeding betaalt voorrang bij de toewijzing van overbelaste infrastructuur. Indien de mogelijkheid om een extra vergoeding te vragen niet wordt aangewend of niet leidt tot de toewijzing van infrastructuurcapaciteit aan een aanvrager, dient ingevolge afdeling 6, § 15, van de JL de infrastructuurbeheerder de capaciteit toe te wijzen in overeenstemming met de prioriteitscriteria die zijn opgenomen in de beschrijving van het spoorwegnet. Ingevolge afdeling 5, § 1, tweede alinea, van de JF dienen de prioriteitscriteria zodanig te zijn opgesteld dat zij een doeltreffend gebruik van de infrastructuur waarborgen.
- 36 Wat de toewijzing van het treinpad betreft dienen volgens afdeling 6, § 22, van de JL de spoorwegonderneming of een andere aanvrager en de infrastructuurbeheerder de administratieve, technische en economische overeenkomsten te sluiten die nodig zijn voor het gebruik van het treinpad (exploitatie-overeenkomsten). De voorwaarden van de overeenkomsten dienen niet-concurrerend en niet-discriminerend te zijn. Exploitatie van spoorwegverkeer is niet mogelijk zonder de sluiting van exploitatie-overeenkomsten.
- 37 Ingevolge afdeling 1, § 2, van de JF is Transportstyrelsen (Zweeds vervoersagentschap) de toezichthoudende autoriteit ten behoeve van de JL. Ook blijkt uit afdeling 6, § 9a, van de JF dat Transportstyrelsen optreedt als regelgevende instantie in Zweden.
- 38 Afdeling 8, § 9, van de JL bepaalt dat een spoorwegonderneming of enige andere aanvrager aan de toezichthoudende autoriteit geschillen kan voorleggen ter zake van de vraag of een beslissing van de infrastructuurbeheerder of een dienstverlener in de zin van de JL verenigbaar is met afdeling 5, 6 of 7 van de JL of de ter zake van deze hoofdstukken vastgestelde richtlijnen. Wanneer de partijen geen overeenstemming bereiken over de voorwaarden van een exploitatie-overeenkomst, kan op verzoek van een partij de toezichthoudende autoriteit de administratieve, technische of economische voorwaarden vastleggen die van toepassing zijn op het betrokken vervoer voor zover dat noodzakelijk is opdat deze voorwaarden voldoen aan de bepalingen van de JL.
- 39 Ingevolge afdeling 11, § 2, van de JL kan bij de gewone bestuursrechter beroep worden ingesteld tegen een beslissing van de toezichthoudende autoriteit in individuele zaken op de grondslag van de JL of de ter zake hiervan vastgestelde richtlijnen.

Achtergrond van de zaken

- 40 Het staat buiten kijf dat SJ een publiekrechtelijk lichaam is in de zin van artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/17.
- 41 De fundamentele vraag is dus of SJ een van de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 genoemde activiteiten uitoefent. Bij SJ gaat het om een volledig door de staat gehouden kapitaalvennootschap die een spoorwegonderneming is als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2012/34.
- 42 Konkurrensverket heeft in januari 2013 Förvaltningsrätten i Stockholm (bestuursrechter te Stockholm) verzocht om veroordeling van SJ tot betaling van een geldboete, omdat SJ in januari 2012 twee overeenkomsten zou hebben gesloten zonder vooraf een aankondiging van een opdracht bekend te maken. Beide overeenkomsten betroffen schoonmaakdiensten aan boord van de treinen van SJ en hadden een waarde van respectievelijk 56 miljoen SEK en 60 miljoen SEK.
- 43 In het verzoek om een bevel tot betaling van de geldboete zette Konkurrensverket uiteen dat SJ activiteiten uitoefent die onder afdeling 1, § 8, LUF vallen. Volgens Konkurrensverket is sprake van een net op het gebied van vervoersdiensten en behelzen de activiteiten van SJ het ter beschikking stellen of exploiteren van openbare netten voor het vervoer per trein (zie punten 20 en 21 hierboven).
- 44 SJ heeft aangevoerd dat de vordering van Konkurrensverket niet-ontvankelijk is. Tot staving van haar standpunt heeft SJ onder andere opgemerkt dat haar activiteiten niet het ter beschikking stellen of exploiteren van het staatspoorwegnet behelzen. Volgens SJ is Trafikverket in de hoedanigheid van infrastructuurbeheerder verantwoordelijk voor het ter beschikking stellen en exploiteren van het netwerk. Ook zou geen sprake zijn van een netwerk op het gebied van vervoersdiensten, aangezien de dienst niet wordt verleend onder door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.
- 45 Förvaltningsrätten heeft de vordering van Konkurrensverket afgewezen. Met betrekking tot het begrip „exploitatie” in afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF heeft Förvaltningsrätten onder andere het volgende uiteengezet:

Wat gas, warmte, elektriciteit en drinkwater betreft bepaalt afdeling 1, § 4, LUF dat een activiteit onder de wet valt indien zij (1) het ter beschikking stellen of exploiteren van een vast openbaar net voor de productie, het vervoer of de distributie van gas, warmte, elektriciteit of drinkwater behelst of (2) de toevoer van gas, warmte, elektriciteit of drinkwater naar netten inhoudt als die bedoeld onder (1). Richtlijn 93/38/EEG, die mede betrekking heeft op telecommunicatie, bepaalde verder in artikel 2, lid 2, onder d), dat de richtlijn ook ziet op de beschikbaarstelling of exploitatie van openbare telecommunicatienetten of het verschaffen van een of meer openbare telecommunicatiediensten aan het publiek. Met betrekking tot andere sectoren dan de vervoerssector bepaalt richtlijn 2004/17

bijgevolg uitdrukkelijk (artikelen 3 en 4) dat de richtlijn niet alleen ziet op het ter beschikking stellen en exploiteren van een netwerk, maar tevens op de toevoer van het relevante goed naar het betrokken netwerk. Konkurrensverket heeft betoogd dat uit de uitdrukking „exploitatie van openbare netten in de vorm van vervoer” blijkt dat het daadwerkelijke vervoer op een netwerk mede onder de bepaling valt. Artikel 5 van richtlijn 2004/17 is evenwel niet op deze wijze geformuleerd. In plaats daarvan bepaalt dit artikel dat deze richtlijn van toepassing is op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein beogen. In het vonnis van de [High Court of Justice of England and Wales] ([2012] EWHC 28 (CH)), waarnaar beide partijen hebben verwezen, heeft verklaard dat een spoorwegonderneming die niet de infrastructuurbeheerder is, niet moet worden geacht wordt haar activiteiten uit te oefenen in overeenstemming met de voorwaarden van artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 (punt 66).

- 46 Met betrekking tot de uitlegging van afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF, dat wil zeggen de vraag of sprake is van een netwerk op het gebied van vervoersdiensten, heeft Förvaltningsrätten onder meer het volgende verklaard:

Ingevolge afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF is sprake van een netwerk op het gebied van vervoersdiensten, indien de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. De activiteiten van SJ zijn niet onderworpen aan door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. Vervolgens rijst de vraag of het feit dat SJ haar treinen niet kan laten rijden zonder een door Trafikverket toegewezen treinpad impliceert dat de toewijzing van een treinpad moet worden beschouwd als een voorwaarde als die welke in deze bepaling zijn opgenomen. De toewijzing van een treinpad is absoluut noodzakelijk om een trein op een bepaald traject te kunnen laten rijden. De verschillende treinexploitanten kiezen evenwel zelf de treinpaden waarvoor zij een aanvraag willen doen. Trafikverket wijst naar behoren aangevraagde treinpaden toe, mits het aantal aanvragen niet meer bedraagt dan de beschikbare infrastructuurcapaciteit op een bepaald traject op een bepaalde tijd waardoor niet alle aanvragen zouden kunnen worden gehonoreerd. Wordt met de verschillende treinexploitanten geen eensgezinde oplossing gevonden met betrekking tot de toewijzing van de meest aangevraagde treinpaden, dan dient Trafikverket over de toewijzing van de betrokken treinpaden te beslissen met inaanmerkingneming van sociaaleconomische criteria. Dit betekent evenwel niet dat de toewijzing van treinpaden op een lijn kan worden gesteld met de in de bepaling genoemde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

- 47 Tegen deze achtergrond heeft Förvaltningsrätten zich op het standpunt gesteld dat de beslissing van Trafikverket ter zake van de toewijzing van treinpaden niet kan worden beschouwd als een voorwaarde voor het aanbieden van diensten als bedoeld in afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF. Förvaltningsrätten kwam

bijgevolg tot het oordeel dat de activiteiten van SJ niet onder afdeling 1, § 8, LUF vallen en dat de wet daarom niet van toepassing is op de door SJ gesloten overeenkomsten.

- 48 Konkursverket heeft tegen de beslissing van de Förvaltningsrätten beroep ingesteld bij Kammarrätten i Stockholm, dat het beroep heeft verworpen. Met betrekking tot de uitlegging van afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF heeft Kammarrätten onder andere het volgende verklaard:

Ingevolge afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF valt het ter beschikking stellen of exploiteren van een openbaar netwerk in de vorm van, onder andere, busvervoer onder de LUF, hetgeen erop wijst dat de bepaling ook van toepassing is op abstracte netten in de vorm van vervoer. De tweede alinea definieert een netwerk als een dienst die wordt geleverd met inaanmerkingneming van bepaalde voorwaarden die onder meer verband houden met de frequentie van de dienst, hetgeen eveneens doet vermoeden dat een netwerk in de zin van de bepaling ook een netwerk in de vorm van vervoersdiensten kan zijn. Het feit dat de activiteiten van SJ treinverkeer inhouden en dat de onderneming hiervoor dus niet het fysieke spoorwegnetwerk ter beschikking stelt of exploiteert, sluit deze activiteit niet uit van de werkingssfeer van de wet.

- 49 Met betrekking tot de uitlegging van afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF heeft Kammarrätten onder andere het volgende verklaard:

Kammarrätten moet de vraag beantwoorden of de vervoersdiensten van SJ worden verleend onder door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. Het begrip „bevoegde instantie” wordt noch in de LUF, noch in richtlijn 2004/17 gedefinieerd. De vraag is of Trafikverket, als de bevoegde instantie, de in de bepalingen bedoelde voorwaarden vastlegt. Om SJ in staat te stellen spoorvervoer op de door Trafikverket beheerde spoorwegen te exploiteren, moet aan deze onderneming op aanvraag door Trafikverket een treinpad worden toegewezen. Bij de toewijzing van de treinpaden dient de infrastructuurbeheerder zo veel mogelijk alle aanvragen te honoreren. In geval van aanhoudende onenigheid met betrekking tot de toewijzing van hetzelfde treinpad, kan Trafikverket evenwel de capaciteit toewijzen op basis van prioriteitscriteria die een uit sociaaleconomisch oogpunt doeltreffend gebruik van de infrastructuur waarborgen. De door SJ te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst richten zich naar de aanvragen van de onderneming voor treinpaden. Enkel in het geval van onverenigbare aanvragen kan Trafikverket eenzijdig beslissen om een aanvraag niet te honoreren. Hierbij moet Trafikverket niet-concurrerend en niet-discriminerend handelen en moeten vooraf opgestelde prioriteitscriteria in acht worden genomen. Bij de toewijzing van treinpaden en de hiermee samenhangende procedure heeft Trafikverket in de eerste plaats een coördinerende rol. Gelet op het soort voorwaarde dat is neergelegd in afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF is de mogelijkheid van Trafikverket om actief invloed uit te oefenen op de exploitatie van SJ van de betrokken vervoersdiensten erg

beperkt. Kammarrätten neemt in aanmerking dat dienaangaande het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), heeft verklaard dat de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 nauw is afgebakend en dat de bepalingen van die richtlijn eng moeten worden uitgelegd. Voorts merkt Kammarrätten op dat SJ concurreert met andere treinondernemingen en dat op die andere ondernemingen dezelfde procedure voor de toewijzing van treinpaden van toepassing is. Samenvattend is dammarrätten van oordeel dat Trafikverket met de toewijzing van treinpaden en de hiermee samenhangende procedure geen zodanige invloed uitoefent op vervoersactiviteiten van SJ dat de dienst kan worden aangemerkt als dienst die wordt verleend onder door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

- 50 Konkurrensverket heeft tegen de beslissing van Kammarrätten cassatieberoep ingesteld en is van mening dat Högsta förvaltningsdomstolen het Hof van Justitie dient te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17.

Standpunt van partijen

Konkurrensverket

De uitdrukking net voor vervoersdiensten

- 51 Om te beginnen moet worden nagegaan of sprake is van een “net voor vervoersdiensten” in de zin van afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF, en of de activiteiten van SJ het exploiteren van een dergelijk net inhouden als bedoeld in afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF.
- 52 De betekenis van de begrippen „net voor vervoersdiensten” en „exploitatie” van een dergelijk netwerk is niet gewijzigd sinds de vaststelling van de eerste richtlijn inzake nutsvoorzieningen in 1990 (richtlijn 90/531/EEG). Een richtlijnconforme uitlegging moet daarom rekening houden met het voorstel van de Commissie dat ten grondslag lag aan richtlijn 90/531/EEG (Overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren – Mededeling van de Commissie en twee voorstellen voor richtlijnen van de Raad betreffende de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie). Uit deze mededeling van de Commissie blijkt dat de richtlijn beoogt activiteiten te bestrijken die om technische, economische en wettelijke redenen slechts door een beperkt aantal actoren kunnen worden uitgevoerd. Technische beperkingen van het aantal marktdeelnemers ontstaan wanneer de uitoefening van de activiteiten toegang vereist tot een technisch netwerk met beperkte capaciteit. Een “net voor vervoersdiensten” bestaat dus in een technisch netwerk dat, vanwege de inherente beperking van de capaciteit ervan, de mededinging beperkt, hetgeen het geval is voor het Zweedse staatspoorwegnet. Het begrip „voorwaarden” in afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF heeft betrekking op die voorwaarden die de toegang tot de spoorwegen

regelen. De status van de feitelijke mededingingssituatie is niet relevant voor de beoordeling uit hoofde van afdeling 1, § 8, LUF. Omgekeerd zijn er minder redenen voor een regeling van de aanbestedingsverplichting wanneer de markt rechtstreeks is blootgesteld aan concurrentie en de toegang ertoe niet is beperkt. Bijgevolg biedt artikel 30 van richtlijn 2004/17 de mogelijkheid om activiteiten die rechtstreeks aan mededinging blootstaan, vrij te stellen van de verplichting tot aanbesteding. Aan SJ is een dergelijke vrijstelling niet verleend.

- 53 Volgens Konkurrensverket moet de regeling dan ook aldus worden uitgelegd dat sprake is van een netwerk op het gebied van vervoersdiensten wanneer treinverkeer toegang vereist tot een technisch netwerk met beperkte capaciteit. Hiervan is sprake in het geval van het Zweedse staatsspoorwegnet.
- 54 De Zweedse toewijzing van treinpaden en de bijbehorende regels zijn verbonden met voorwaarden ter zake van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit en de frequentie van de dienst. Daarnaast bevatten de regels bepalingen die zien op soortgelijke vereisten. De dienstregeling specificeert de rijtijden van al het treinverkeer op het spoorwegnet en bevat dus voorwaarden ter zake van de te volgen routes en de frequentie van de dienst. Voorts bevat de dienstregeling voorschriften met betrekking tot de maximaal toelaatbare lengte van de treinen die op de verschillende trajecten kunnen worden ingezet. De dienstregeling regelt dus de beschikbare vervoerscapaciteit. De netverklaring bevat een specificatie van de vergoeding die door de spoorwegondernemingen aan Trafikverket moet worden betaald voor de toegewezen treinpaden. Hierin wordt ook de toegestane maximumsnelheid geregeld. De sluiting van een exploitatie-overeenkomst is een vereiste voor het gebruik van het toegewezen treinpad. Vervult een spoorwegonderneming niet de voorwaarden in de exploitatie-overeenkomst, dan verliest zij het recht om het treinpad te gebruiken. De wijze waarop Trafikverket de voorwaarden ontwerpt en vaststelt wordt nauwgezet geregeld in de interne procedurevoorschriften van de toezichthoudende instantie. De voorwaarden worden daarbij door deze instantie vastgesteld.
- 55 Volgens Konkurrensverket volgt reeds uit de bewoordingen van afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF dat SJ diensten verleent onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. Bijgevolg is sprake van een netwerk op het gebied van vervoersdiensten.

Begrip „exploitatie van een net”

- 56 Wat betreft de toepassing van de bepalingen van afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF is Konkurrensverket van mening dat het begrip „exploitatie” van een net wil zeggen de exploitatie door een onderneming zelf van treinvervoer op een spoorwegnet en dus de levering van vervoersdiensten aan het publiek. De richtlijn is volgens Konkurrensverket niet enkel van toepassing op ondernemingen die zelf de treinsporen aan anderen voor gebruik ter beschikking stellen.

- 57 De betekenis van het begrip exploitatie is onder de loep genomen door advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in de zaak Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686). In punt 48 van zijn conclusie overweegt hij dat het exploiteren van een net wil zeggen „dit net zelf runnen met, in beginsel, eigen personeel en eigen bussen”. Volgens de advocaat-generaal is richtlijn 2004/17 dus van toepassing op een aanbestedende dienst die met gebruikmaking van het netwerk vervoer organiseert.
- 58 Bijlage IV bij richtlijn 2004/17 bevat een lijst van spoorwegondernemingen die worden beschouwd als aanbestedende diensten in de spoorwegsector. Het gaat hierbij om een opsomming per lidstaat. Wat Zweden betreft vermeldt de lijst dat de aanbestedende diensten de publieke entiteiten zijn die spoorwegdiensten verlenen. Een aantal lidstaten heeft ondernemingen in de lijst opgenomen die dezelfde rechtsvorm hebben als SJ en dezelfde activiteiten uitoefenen. Zouden de bepalingen aldus moeten worden uitgelegd dat vervoersactiviteiten als zodanig niet onder de richtlijn vallen, dan heeft een aantal van de lidstaten bijgevolg de betekenis van de bepalingen verkeerd begrepen.
- 59 Volgens Konkurrensverket is gelet op het voorgaande geen andere conclusie mogelijk dan dat de levering door een onderneming zelf van spoorwegdiensten binnen de werkingssfeer van een richtlijn 2004/17 valt.
- 60 Het betoog van SJ met betrekking tot de exploitatie van netten en dergelijke in de bepalingen inzake gas, warmte, elektriciteit en drinkwater (zie punt 63 hierna) kan geen basis vormen voor de uitlegging van bepalingen inzake vervoersdiensten. De technische kenmerken van bijvoorbeeld een elektriciteitsnet en een spoorwegnet verschillen van elkaar. Anders dan bij het gebruik van een spoorwegnet kan niet worden bepaald van wie de elektriciteit in het net is. Hetzelfde geldt voor de distributie van gas, warmte en drinkwater.

SJ

Begrip „exploitatie van een net”

- 61 Uit een richtlijnconforme uitlegging van de LUF blijkt duidelijk dat de activiteiten die SJ uitoefent niet bedoeld zijn om onder de LUF te vallen. In overweging 3 van richtlijn 2004/17 valt te lezen dat een regeling noodzakelijk was omdat de nationale overheid bijzondere of uitsluitende rechten had verleend. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in punt 4 van zijn arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213), benadrukt dat de in overweging 3 van de richtlijn genoemde redenen ten grondslag lagen aan de regeling. SJ heeft geen uitsluitende rechten en ook zijn haar met betrekking tot haar activiteiten geen bijzondere rechten verleend.
- 62 Hoewel SJ door Kammarrätten in het gelijk is gesteld op grond dat SJ haar activiteiten niet uitoefent onder voorwaarden als bedoeld in afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF, is SJ in de eerste plaats van mening dat de LUF niet van

toepassing is omdat de onderneming geen netwerk als bedoeld in afdeling 1, § 8, eerste alinea, LUF ter beschikking stelt of exploiteert.

- 63 Bij de uitlegging van de bepalingen van de eerste alinea is het van doorslaggevend belang dat ook rekening wordt gehouden met de bepalingen die betrekking hebben op de andere nutssectoren. Uit afdeling 1, § 4, LUF volgt dat de activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van vaste openbare netten of de toevoer van gas, warmte, elektriciteit of drinkwater naar dergelijke netten inhouden onder de LUF vallen. Overeenkomstige bepalingen zijn opgenomen in artikel 3, leden 1 en 3, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 2004/17. Anders dan de bepaling in afdeling 1, § 4, LUF stipuleert afdeling 1, § 8, LUF niet dat de toevoer naar het net, dat wil zeggen het vervoer dat van het net gebruik maakt, een activiteit vormt die onder de LUF valt. Uit de bewoordingen zowel van de LUF als van de richtlijn kan duidelijk worden opgemaakt dat enkel het ter beschikking stellen of exploiteren of spoorwegnetten en niet de aanvoer van verkeer naar dergelijke netten hieronder vallen.
- 64 Trafikverket en niet SJ is verantwoordelijk voor het ter beschikking stellen en exploiteren van het staatspoorwegnet.

Uitdrukking net voor vervoersdiensten

- 65 Ingevolge afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF wordt een netwerk voor vervoersdiensten geacht te bestaan indien de diensten worden verleend onder door een bevoegde instantie gestelde voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst. De procedure voor de toewijzing van treinpaden is gebaseerd op de aanvraag van een spoorwegonderneming voor een treinpad. Trafikverket heeft geen andere optie dan toewijzing van de aanvragen, mits deze fysiek niet onmogelijk zijn. Bijgevolg worden de voorwaarden op het gebied van de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst niet door Trafikverket, maar door de spoorwegonderneming zelf gesteld. Zo gezien is Trafikverket een infrastructuurbeheerder. De infrastructuurbeheerder moet voor zover als mogelijk een coördinerende functie uitoefenen op de grondslag van de ontvangen aanvragen.
- 66 Om te voldoen aan de vereisten van afdeling 1, § 8, tweede alinea, LUF moeten de voorwaarden door een bevoegde instantie worden vastgelegd. Trafikverket is een van de vele infrastructuurbeheerders en geen bevoegde instantie. Het standpunt van Konkurrensverket zou erop neerkomen dat alle van de meer dan 300 infrastructuurbeheerders in Zweden bevoegde instanties in de zin van de LUF zijn. Trafikverket heeft generlei zeggenschap over de spoorwegen en heeft op dat vlak ook geen regelgevende bevoegdheden.

Noodzaak van een prejudiciële beslissing

- 67 De uitlegging van de bepalingen inzake vervoersdiensten in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 is doorslaggevend voor de beslechting van de bij Högsta förvaltningsdomstolen aanhangige zaak.
- 68 De beoordeling van deze zaak vereist een uitlegging van het begrip „net [voor vervoersdiensten]” in artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17, hetgeen een uitlegging met zich brengt van de formulering „de dienst wordt verleend onder door een bevoegde instantie van een lidstaat gestelde voorwaarden, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst”.
- 69 De beoordeling van deze zaak vereist tevens uitlegging van de uitdrukking „ter beschikking stellen of exploiteren” in artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17. De vraag is of het ter beschikking stellen van vervoersdiensten op het spoorwegnet gelijkstaat met het ter beschikking stellen of exploiteren van een net als bedoeld in artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17.
- 70 Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgesproken over de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/17 ten aanzien van een situatie als in de onderhavige zaak. Högsta förvaltningsdomstolen is van oordeel dat de juiste uitlegging van deze bepalingen onduidelijk is.
- 71 Tegen deze achtergrond acht Högsta förvaltningsdomstolen het noodzakelijk, het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU.

Vragen

- 72 Högsta förvaltningsdomstolen verzoekt om beantwoording van de volgende vragen.

Vraag 1

- 73 Moet artikel 5, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2004/17 aldus worden uitgelegd dat sprake is van een net op het gebied van vervoersdiensten, indien vervoersdiensten op een onder het beheer van de staat vallend spoorwegnet voor nationaal en internationaal spoorvervoer worden verleend overeenkomstig nationale wettelijke bepalingen ter uitvoering van richtlijn 2012/34, welke bepalingen de toewijzing van spoorwegcapaciteit op basis van aanvragen van spoorwegondernemingen behelzen en het vereiste inhouden dat alle aanvragen voor zover als mogelijk worden gehonoreerd?

Vraag 2

- 74 Moet artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2004/17 aldus worden uitgelegd dat de activiteiten van een spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 2012/34 die de levering aan het publiek van vervoersdiensten op een spoorwegnet behelzen, het ter beschikking stellen of exploiteren in de zin van die bepaling van de richtlijn inhouden?