

AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
de 12 de mayo de 1995 *

En los asuntos T-79/95 R y T-80/95 R,

Société nationale des chemins de fer français, sociedad francesa con domicilio en París, representada por M^{es} Barbara Rapp-Jung y Nathalie Flandin, Abogadas de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e Victor Elvinger, Abogado, 31, rue d'Eich,

y

British Railways Board, sociedad inglesa con domicilio en Londres, representada por el Sr. Thomas Sharpe, QC, Abogado de Inglaterra y del País de Gales, nombrado por el Sr. Alexandre Nourry, Solicitor, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

partes demandantes,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada, en el asunto T-79/95 R, por los Sres. Francisco González Díaz, miembro del Servicio Jurídico, y Géraud de Bergues, funcionario nacional adscrito a la Comisión, y, en el asunto T-80/95 R, por

* Lenguas de procedimiento: francés e inglés.

la Sra. Carmel O'Reilly y el Sr. Francisco González Díaz, miembros del Servicio Jurídico, y por el Sr. Géraud de Bergues, funcionario nacional adscrito a la Comisión, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremis, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

que tienen por objeto dos demandas de suspensión de la ejecución del artículo 2.A de la Decisión 94/894/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/32.490 — Eurotunnel; DO L 354, p. 66), en la medida en que somete a determinadas condiciones la exención contemplada en el artículo 1 de la misma Decisión,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

Auto

Hechos y procedimiento

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 7 de marzo de 1995, la Société nationale des chemins de fer français (en lo sucesivo,

«SNCF») interpuso, con arreglo al párrafo cuarto del artículo 173 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Tratado CE»), un recurso destinado, con carácter principal, a la anulación de la Decisión 94/894/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/32.490 — Euro-tunnel; DO L 354, p. 66), y, con carácter subsidiario, a la anulación de la misma Decisión en la medida en que establece una serie de condiciones (artículo 2.A).

- 2 Mediante escrito separado presentado el 20 de marzo de 1995 en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, SNCF presentó una demanda de suspensión de la ejecución del artículo 2.A de la Decisión impugnada.
- 3 Mediante escrito registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 8 de marzo de 1995, la sociedad British Railways Board (en lo sucesivo, «BR») interpuso, en virtud de la misma disposición del Tratado CE, un recurso destinado igualmente, con carácter principal, a la anulación de la Decisión mencionada y, con carácter subsidiario, a la anulación de su artículo 2.A.
- 4 Mediante escrito separado, registrado el mismo día en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, BR también presentó una demanda de suspensión de la ejecución del artículo 2.A de dicha Decisión.
- 5 La Comisión presentó sus observaciones escritas sobre la demanda de medidas provisionales, en el asunto T-80/95 R, el 20 de marzo de 1995 y, en el asunto T-79/95 R, el 30 de marzo de 1995. Mediante decisión del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 31 de marzo de 1995, se autorizó a BR a incluir en autos elementos complementarios de prueba, en respuesta a las observaciones de la Comisión.
- 6 Las explicaciones orales de las partes fueron oídas el 3 de abril de 1995. En la vista también se autorizó a la SNCF y a la Comisión a presentar determinado número de documentos. El juez de medidas provisionales señaló a todas las partes un plazo, que expiró el 6 de abril de 1995, para presentar sus observaciones escritas sobre los

nuevos elementos presentados por la parte contraria. En la misma vista, las partes demandantes y la Institución demandada declararon no tener objeciones a que el Tribunal de Primera Instancia se pronunciara en un solo auto sobre las demandas idénticas que son objeto de los dos procedimientos de medidas provisionales.

- 7 Antes de examinar la fundamentación de las demandas de medidas provisionales, conviene recordar brevemente los hechos esenciales que dieron origen al litigio sometido al Tribunal de Primera Instancia, tal y como resultan de los escritos y documentos presentados por las partes, así como de las explicaciones ofrecidas en la vista de 3 de abril de 1995.
- 8 El 29 de julio de 1987, BR y SNCF, por una parte, y la sociedad inglesa The Channel Tunnel Group Ltd y la sociedad francesa France Manche SA (en lo sucesivo denominadas conjuntamente «Eurotunnel»), por otra parte, celebraron un Convenio relativo a la utilización de la conexión fija bajo el Canal de la Mancha entre el departamento de Pas-de-Calais en Francia y el condado de Kent en Inglaterra (en lo sucesivo, «Convenio de utilización»). El Convenio de utilización se celebró en el marco de la concesión del derecho a proceder al diseño, la financiación, la construcción y la explotación de una conexión fija (o «túnel») obtenida por Eurotunnel en virtud del acuerdo firmado el 14 de marzo de 1986 con el Secretario de Estado de Transporte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Ministro francés de Urbanismo, Vivienda y Transportes. La duración de esta concesión, fijada inicialmente en cincuenta y cinco años, se prolongó en 1994 a sesenta y cinco años.
- 9 El Convenio de utilización regula, fundamentalmente, las relaciones entre Eurotunnel, por una parte, y BR y SNCF, por otra, definiendo sus derechos y obligaciones recíprocos por lo que se refiere a la utilización del túnel. El convenio contempla las modalidades y los requisitos de circulación de trenes internacionales de viajeros y mercancías gestionados por BR y SNCF, así como la explotación por parte de Eurotunnel de un servicio específico de lanzaderas para el transporte de varios tipos de automóviles y, en su caso, de sus ocupantes. El apartado 2 del artículo 6 del Convenio de utilización establece que BR y SNCF tendrán derecho en todo momento durante la vigencia del Convenio al 50 % de la capacidad de la conexión fija, durante cada hora y en cada sentido. La capacidad restante del túnel,

medida en tramos estándar por hora, quedará a disposición de Eurotunnel, gestor de la infraestructura. En contrapartida de la utilización de la conexión fija, BR y SNCF deberán abonar a Eurotunnel unos gastos de utilización, que constan de un elemento fijo, pagadero durante los doce primeros años de explotación, y uno parcialmente variable, en función del tráfico efectivo, de carácter degresivo. Conforme al artículo 10 del Convenio de utilización, BR y SNCF también deben reembolsar a Eurotunnel una parte de los costes de explotación de la conexión fija, descritos en su Anexo V. Por otra parte, las empresas ferroviarias se comprometen a hacer importantes inversiones destinadas a adaptar sus respectivas infraestructuras ferroviarias en la medida necesaria para utilizar el túnel y a disponer de material rodante específico adaptado a esta utilización.

- 10 El 2 de noviembre de 1987, Eurotunnel, de común acuerdo con BR y SNCF, notificó el Convenio de utilización a la Comisión, con objeto de obtener una declaración de inaplicabilidad de la prohibición contemplada en el artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 175, p. 1; EE 08/01, p. 106; en lo sucesivo, «Reglamento n° 1017/68»). Finalizado el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 12 de este Reglamento, la Comisión concedió al Convenio de utilización una exención por un período de tres años, que expiró el 15 de noviembre de 1991.
- 11 Tras las solicitudes de renovación de la exención que Eurotunnel presentó a la Comisión y tras la publicación en el Diario Oficial de 30 de julio de 1994 (DO C 210, p. 15) de una comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «Reglamento n° 17»), y al apartado 3 del artículo 26 del Reglamento n° 1017/68, la Comisión adoptó el 13 de diciembre de 1994 la Decisión impugnada. Declara inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, del artículo 2 del Reglamento n° 1017/68 y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE al Convenio de utilización durante un período de treinta años a partir del 16 de noviembre de 1991. Esta exención está sometida a condiciones y obligaciones. Las condiciones, contenidas en el artículo 2.A de la Decisión impugnada, constituyen el objeto de las presentes demandas de suspensión de la ejecución.

12 Las condiciones controvertidas están redactadas de la siguiente forma:

- «a) En aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 6 del Convenio de utilización, BR y SNCF no podrán oponerse a que el Administrador de la infraestructura en cuestión venda a otras empresas ferroviarias los tramos horarios necesarios para prestar servicios de transporte internacional de viajeros y de mercancías.

- b) BR y SNCF deberán, no obstante, disponer de los tramos horarios necesarios para garantizar un nivel de servicio apropiado durante el período que finaliza el 31 de diciembre de 2006, es decir, hasta el 75 % de la capacidad horaria del túnel en cada sentido, reservada a los trenes internacionales de transporte de viajeros y de mercancías a fin de explotar sus propios servicios y los de sus filiales.

- c) Durante dicho período, las demás empresas ferroviarias y agrupaciones de empresas ferroviarias dispondrán como mínimo del 25 % de la capacidad horaria del túnel en cada sentido para explotar trenes internacionales de viajeros y de mercancías.

- d) Las disposiciones de las letras b) y c) no se opondrán a la utilización por parte de BR y de SNCF durante dicho período de más de 75 % de la capacidad horaria si las demás empresas ferroviarias no utilizan el 25 % de la capacidad restante.

- e) Las disposiciones de las letras b) y c) no se opondrán tampoco a que las demás empresas ferroviarias utilicen durante dicho período más del 25 % de la capacidad horaria si BR y SNCF no utilizan el 75 % de la capacidad que les corresponde.

- f) Estos ajustes no deberán, sin embargo, oponerse al derecho de BR y de SNCF a utilizar en caso necesario durante dicho período hasta el 75 % de los tramos horarios reservados para los trenes internacionales, ni al derecho de las demás empresas ferroviarias a utilizar hasta el 25 % de dicha capacidad.
- g) El porcentaje de tramos horarios reservados a BR y a SNCF será reexaminado por la Comisión antes del 31 de diciembre de 2006.»

Fundamentos de Derecho

- 13 En virtud de lo dispuesto en el artículo 185 y en el artículo 186 del Tratado CE, en relación con el artículo 4 de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO L 319, p. 1), tal y como ha sido modificado por la Decisión 93/350/Euratom, CECA, CEE del Consejo, de 8 de junio de 1993 (DO L 144, p. 21), si el Tribunal de Primera Instancia considera que las circunstancias lo exigen, puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado o adoptar las medidas provisionales necesarias.
- 14 El apartado 2 del artículo 104 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia establece que las demandas relativas a las medidas provisionales a que se refieren los artículos 185 y 186 del Tratado deberán especificar las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada. Las medidas solicitadas deberán presentar carácter provisional en el sentido de que no debe prejuzgar la decisión sobre el fondo (véase, como más reciente, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 1994, Transacciones Marítimas y otros/Comisión, T-231/94 R, T-232/94 R y T-234/94 R, Rec. p. II-885, apartado 20).

Alegaciones de las partes

- 15 Respecto a la existencia de motivos que justifiquen, a primera vista, conceder la suspensión de ejecución de las condiciones controvertidas, las demandantes alegan, en primer lugar, que la Comisión se basó en una apreciación jurídica equivocada del objeto y de los efectos del Convenio de utilización. Por tanto, la imposición de las condiciones controvertidas no se justifica habida cuenta de las normas de competencia aplicables. Por consiguiente, la Decisión impugnada es, en opinión de las demandantes, ilegal por haber sido adoptada en infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, del artículo 2 del Reglamento n° 1017/68 y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE. En opinión de las demandantes, una interpretación adecuada del convenio de utilización y la consideración de sus efectos favorables a la competencia justifican una declaración de inaplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 del Tratado o, al menos, una aplicación incondicional del apartado 3 del mismo artículo. BR recuerda que la Comisión eximió el Convenio de utilización, sin imponer condiciones, por un período de tres años, que expiró el 15 de noviembre de 1991, y afirma que la Decisión no pone de manifiesto ningún cambio significativo de las circunstancias desde la concesión de esta exención.
- 16 Según las demandantes, en contra de lo que ha creído comprender la Comisión, el Convenio de utilización no tiene por objeto ni por efecto repartir el mercado entre los servicios de lanzaderas explotadas por Eurotunnel, por una parte, y los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de mercancías explotados por BR y SNCF, por otra parte. Nada impide a Eurotunnel utilizar la parte de capacidad del túnel que queda a su disposición para explotar servicios de trenes internacionales de pasajeros y de mercancías. El Convenio de utilización tampoco impide que BR y SNCF ofrezcan servicios de lanzaderas, puesto que ninguna de las partes ha aceptado restricciones contractuales respecto al tipo de utilización que vayan a hacer de la capacidad del túnel que se les asigne. SNCF señala que la Comisión parece reconocer estos hechos en los puntos 75 a 79 de la Decisión, aunque sin deducir de ellos las conclusiones que, según la demandante, se imponen. Además, las demandantes señalan que el Convenio no excluye el acceso de terceros a la utilización de una parte de la capacidad de la conexión fija. Conforme al artículo 10 de la Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferro-

carriles comunitarios (DO L 237, p. 25; en lo sucesivo, «Directiva 91/440»), Eurotunnel podría poner esta capacidad a disposición de otras empresas ferroviarias. En el supuesto de que Eurotunnel agotara la totalidad de la capacidad del 50 % de que dispone, podría obtener una parte de la capacidad concedida a BR y a SNCF invocando la cláusula contenida en el apartado 2 del artículo 6 del Convenio de utilización. Conforme a esta disposición, BR y SNCF no pueden negarse injustificadamente a renunciar a una parte de su derecho. En la medida en que las condiciones impuestas pretenden garantizar a las empresas ferroviarias terceras el derecho a utilizar una parte de la capacidad del túnel, son superfluas.

- 17 En segundo lugar, las demandantes afirman que la Comisión se ha excedido, en el presente asunto, al hacer uso de la facultad que le reconoce el artículo 8 del Reglamento n° 17 y el artículo 13 del Reglamento n° 1017/68 de añadir a la exención una serie de condiciones. Según SNCF, las condiciones controvertidas rompen el equilibrio contractual del Convenio de utilización, consistente en la asunción, por parte de SNCF y de BR, de compromisos financieros y de inversiones esenciales para la puesta en marcha del proyecto como contrapartida de la disponibilidad del 50 % de la capacidad del túnel. Al imponer exclusivamente a éstas la obligación de ceder una parte de los derechos que han obtenido en virtud del Convenio de utilización, la Comisión permite a Eurotunnel obtener dos veces la contrapartida por la fracción de la capacidad horaria del túnel reservada a los terceros: una primera vez, mediante los gastos fijos y las inversiones cuya responsabilidad ha sido asumida por SNCF y BR; y una segunda vez, mediante el pago de tasas por parte de terceros. BR alega además, por una parte, que la imposición de las condiciones controvertidas equivale a extender a las demandantes las obligaciones que incumben a Eurotunnel en su calidad de gestor de la infraestructura, con arreglo a la Directiva 91/440 y, por otra, que la Comisión ha ejercido sus facultades de manera incompatible con esta Directiva, especialmente con las competencias que ésta reconoce a los Estados miembros. De ello se deduce, en opinión de BR, que las condiciones impuestas son simultáneamente discriminatorias e ilegales.

- 18 En tercer lugar, SNCF y BR consideran que la decisión impugnada viola los principios de proporcionalidad, de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica. SNCF señala que las condiciones controvertidas producen el efecto de privar retroactivamente a las demandantes de una cuarta parte de los derechos que han adquirido conforme al Convenio de utilización, mientras que su contribución al

desarrollo de los nuevos servicios de transporte de que se trata sigue siendo completa. BR señala, por una parte, que las condiciones son desproporcionadas respecto a las supuestas restricciones de la competencia, halladas por la Comisión, y, por otra parte, que las modalidades prácticas de aplicación de las obligaciones que dichas condiciones imponen a las demandantes son vagas y poco claras.

19 Por último, las demandante alegan además, en apoyo de sus recursos en los procedimientos principales, motivos basados en un supuesto incumplimiento, por parte de la Comisión, de la obligación de motivación, y en la violación de los derechos de la defensa y del principio de buena administración.

20 Por lo que se refiere a la urgencia, las demandantes alegan fundamentalmente que, habida cuenta de los servicios que ofrecen actualmente y los que proyectan ofrecer en un futuro próximo, desde el verano de 1996 podrán utilizar, durante determinadas horas del día y de la noche, la totalidad de los tramos horarios atribuidos por el Convenio de utilización y, por consiguiente, superarán el límite del 37,5 % de la capacidad horaria en cada sentido que le imponen las condiciones controvertidas. En la vista del 3 de abril de 1995, las demandantes expusieron varios argumentos basados en las previsiones de tráfico para los tres próximos veranos que cubren tanto los servicios explotados por Eurotunnel como los explotados por BR y por SNCF. Estos argumentos pretenden rebatir las afirmaciones de la Comisión conforme a las cuales la fijación del límite controvertida se justifica debido a que las demandantes únicamente proyectaban utilizar, en los doce próximos años, un 75 % de la capacidad del túnel de que disponen.

21 En opinión de las demandantes, es esencial distinguir entre capacidad diaria y capacidad horaria, habida cuenta de que los tramos horarios tienen un valor comercial distinto según la hora del día o de la noche. Las previsiones de SNCF y de BR, en las que se basó la Comisión para establecer las condiciones controvertidas, se referían a la capacidad diaria, como se deduce de los propios términos del escrito dirigido por SNCF a la Comisión y de sus anexos, así como de las observaciones que presentó BR antes de la adopción de la Decisión impugnada. Por el contrario, el

límite impuesto por la Comisión a las demandantes se refiere a la capacidad horaria del túnel en cada sentido. Ahora bien, según las demandantes, los elementos de prueba que han presentado muestran que, aunque la capacidad global o diaria sea, actualmente, excedentaria en relación con las necesidades de las demandantes y de Eurotunnel, a corto plazo BR y SNCF utilizarán, durante varias horas del día y de la noche, toda la capacidad de que disponen o, en cualquier caso, más del 75 % de ésta, para prestar sus propios servicios de transporte y cumplir sus compromisos contractuales con terceros. Se prevé una penuria de tramos horarios, en particular durante determinadas horas de la noche, a consecuencia de las reducciones de capacidad inherentes a los trabajos de mantenimiento del túnel. A este respecto, las demandantes alegan que no tienen ninguna garantía de que el período de mantenimiento, que actualmente tiene una duración de siete horas, se reduzca en un futuro próximo a las cuatro horas previstas en el Convenio de utilización. Las demandantes rechazan las sugerencias de la Comisión relativas a la posibilidad de reorganizar sus servicios de manera que no alcancen el umbral de utilización fijado, señalando que sus horarios son el resultado de una planificación compleja, preparada con años de antelación, que tiene en cuenta las necesidades específicas de los clientes, en concreto, la demanda de transporte internacional de mercancías, y que, además, debe ser compatible con la utilización del conjunto de las redes conectadas al túnel. BR y SNCF señalan también que, según las previsiones de tráfico presentadas, una gran parte de los tramos horarios conservados por Eurotunnel permanecerá inutilizada, mientras que ellas se verán obligadas a sacrificar, en beneficio de terceros, una parte de su capacidad, necesaria para ofrecer un nivel de servicio apropiado.

22 Las demandantes afirman que, como consecuencia de las condiciones controvertidas, sufrirán un serio perjuicio y de naturaleza virtualmente irreparable. En primer lugar, estarán obligadas a continuar pagando los gastos fijos y mínimos y a asumir la responsabilidad de las inversiones en infraestructura y en material rodante, obligaciones que habían sido asumidas a cambio del derecho a utilizar el 50 % de la capacidad del túnel, mientras que ahora sólo dispondrá del 37,5 % de dicha capacidad y, por tanto, no podrán rentabilizar sus inversiones. En segundo lugar, se pondrá en peligro el cumplimiento de determinados compromisos ya asumidos frente a terceros, lo que también tendrá consecuencias económicas considerables para las demandantes, además de la incertidumbre jurídica que pesará sobre la celebración de nuevos contratos. Por último, la situación en el mercado creada por la

aplicación de las condiciones controvertidas tenderá a ser irreversible. En efecto, en opinión de las demandantes, en el supuesto de que el Tribunal de Primera Instancia anulara estas condiciones, las empresas ferroviarias terceras podrán invocar los derechos adquiridos y las inversiones realizadas antes de que se dicte sentencia sobre el fondo, para evitar restituir a las demandantes la parte de la capacidad del túnel que hayan obtenido en el ínterin.

23 Por último, las demandantes alegan que la ponderación de los intereses existentes justifica la suspensión de la ejecución solicitada, puesto que las condiciones controvertidas no son necesarias para la protección de los intereses de las demás empresas ferroviarias. En efecto, los terceros eventualmente interesados, cuya existencia, por otra parte, no ha sido probada por la Comisión, podrían obtener derechos de utilización del túnel directamente del gestor de la infraestructura, esto es, de Euro-tunnel, mediante el mecanismo previsto en el artículo 10 de la Directiva 91/440. Por otra parte, habida cuenta de la inexistencia actual de terceros que deseen adquirir derechos de utilización, las demandantes consideran que no se ha probado la existencia de un interés público comunitario en la aplicación inmediata de las condiciones controvertidas. Además, continúan las demandantes, el cumplimiento de las obligaciones, que también incluye la Decisión impugnada, permite a la Comisión controlar adecuadamente la situación e intervenir en el supuesto de que el ejercicio por parte de las demandantes de los derechos que deducen del Convenio de utilización sea incompatible con las normas comunitarias sobre competencia.

24 Por su parte, la Comisión considera que, en el presente asunto, no se cumplen los requisitos que permiten legalmente la concesión de la medida provisional solicitada.

25 Por lo que se refiere al *fumus boni iuris*, la Comisión señala que la interpretación del Convenio de utilización que efectúan las demandantes parece estar en contradicción con la contenida en la notificación formal de este acuerdo a la Comisión de 10 de noviembre de 1987, en la que las partes indicaban que «el Convenio pretende establecer un reparto equitativo y variable de la nueva infraestructura que repre-

senta la (conexión) fija entre los mercados de transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril, por una parte, y el mercado del transporte de vehículos automóviles acompañados por un sistema específico de lanzaderas, por otra». En cualquier caso, la Comisión considera que la interpretación que las demandantes dan al apartado 2 del artículo 6 de este Convenio está en contradicción con sus alegaciones respecto a la ruptura del equilibrio contractual que, en su opinión, provocan las condiciones controvertidas, puesto que afirman que este mismo artículo ya establece la cesión de una parte de su derecho a favor de otras empresas ferroviarias. En opinión de la Comisión, las demandantes no pueden, por tanto, afirmar justificadamente que la eventual utilización por terceros de una parte de la capacidad de que ellas disponen actualmente pondría en peligro la viabilidad económica y financiera del proyecto.

26 Por otra parte, la Institución demandada recuerda que, desde la concesión de la primera exención relativa al Convenio de utilización, se ha producido un cambio fundamental, en concreto, la adopción de la Directiva 91/440. Según la Comisión, esta Directiva ha creado un marco jurídico y práctico completamente nuevo para la explotación de ferrocarriles, que constituye un primer paso hacia la realización de la libre prestación de servicios en este sector, al ofrecer a determinadas categorías de prestadores de servicios el acceso a las infraestructuras ferroviarias. La imposición de las condiciones controvertidas se justifica, en su opinión, por el deseo de proteger los intereses de terceros y de procurar la plena eficacia de la Directiva 91/440, habida cuenta de que el Convenio de utilización se negoció y celebró en el marco preexistente, caracterizado por la situación del monopolio de que gozaban las empresas ferroviarias en sus respectivas redes.

27 Respecto a la causa de nulidad que se le reprocha, la Comisión señala, en primer lugar, que, para fijar las condiciones controvertidas, tuvo plenamente en cuenta las necesidades de las demandantes para los doce próximos años, según las previsiones que ellas mismas le habían proporcionado. A continuación considera que la cuestión que plantean las demandantes, relativa a la doble contrapartida que obtendría Eurotunnel, corresponde a las relaciones contractuales entre las partes y hubiera debido preverse, puesto que BR y SNCF aceptaron la posibilidad de ceder de nuevo a Eurotunnel una parte de los derechos que habían obtenido mediante el Convenio de utilización. Por otra parte, los representantes de Eurotunnel habían indicado a

la Comisión que proyectaban la puesta en práctica de un sistema de compensación en el supuesto de que otras empresas utilizaran una parte de la capacidad de que se trata. Por último, en la vista de 3 de abril de 1995, la Comisión afirmó que no hubiera podido imponer únicamente a Eurotunnel las condiciones controvertidas porque la restricción de la competencia, tal como ha sido analizada desde el punto de vista del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, consiste en poner a la disposición exclusiva de las demandantes el 50 % de la capacidad del túnel por un período de sesenta y cinco años. En su opinión, el hecho de que el gestor de la infraestructura se reserve la parte de la capacidad que no ha cedido no constituye una restricción de la competencia, lo cual, sin embargo, no tiene la consecuencia de eximirle de sus obligaciones con arreglo a la Directiva 91/440 o de sustraerle de la aplicación del artículo 86 del Tratado.

28 Como respuesta a las preguntas que se le formularon en la vista, la Institución demandada explicó, además, que la imposición a BR y a SNCF de un límite referido a la capacidad horaria del túnel y no a su capacidad diaria está justificada, en primer lugar, por una conexión lógica con el tenor del Convenio de utilización, que hace referencia al 50 % de la capacidad de la conexión fija para cada hora y en cada sentido, y, en segundo lugar, por el deseo de garantizar a las empresas ferroviarias terceras que no tendrían acceso solamente a los tramos horarios menos interesantes desde el punto de vista comercial. La Comisión también ha confirmado al Tribunal de Primera Instancia que, hasta la fecha, no sabía de ninguna empresa tercera que deseara adquirir una parte de la capacidad de que se trata.

29 Respecto a la existencia de circunstancias que prueben la urgencia, la Comisión considera que las demandantes no han demostrado que no pueden esperar a la resolución del procedimiento principal sin sufrir un perjuicio que implicara consecuencias graves e irreparables.

30 En primer lugar, la Comisión niega la conclusión, que las demandantes deducen de las nuevas previsiones de tráfico presentadas, conforme a la cual se teme, durante

los tres próximos años, una penuria de tramos horarios. La Comisión señala que Eurotunnel no confirma algunas de estas estimaciones y que, de manera general, las demandantes han tenido en cuenta combinaciones de trenes que circulan a diferente velocidad y que pueden consumir el mayor número de tramos estándar. Ahora bien, considera que los progresos previsibles en el sentido de una organización racional y óptima de la utilización de la conexión fija y la introducción de locomotoras más modernas ya pedidas por BR y SNCF darán por resultado un menor consumo de tramos estándar y, de esa forma, evitarán el riesgo de saturación del túnel durante determinadas horas del día o de la noche. Por otra parte, la Comisión mantiene su postura sobre la posibilidad que tienen las demandantes de desplazar los horarios de algunos de sus trenes de mercancías, por entender que la puntualidad de este tipo de trenes no es un requisito imperativo para mantener relaciones comerciales con los cargadores, como lo prueban los retrasos frecuentemente sufridos y los desplazamientos de horarios que han consentido SNCF y BR desde que se inició la explotación del túnel.

31 En segundo lugar, la Comisión señala que las condiciones controvertidas pueden aplicarse de manera flexible en el sentido de que los umbrales de capacidad fijados no son rígidos y pueden adaptarse a las necesidades de los operadores. Según las explicaciones proporcionadas en la vista, esta flexibilidad se refiere, por una parte, a las relaciones entre Eurotunnel y las demandantes y, por otra parte, a la posibilidad de que BR y SNCF superen el límite del 75 % mientras no haya otras empresas que puedan utilizar el 25 % restante de la capacidad reservada a los trenes de transporte de pasajeros y de mercancías. La Comisión entiende que la utilización máxima de la capacidad total del túnel constituye el interés económico principal del gestor de la infraestructura, el cual puede organizar el reparto de tramos disponibles de la forma más racional, como se deduce del punto 116 de la Decisión impugnada. También considera que la utilización del túnel por terceros no menoscabará los intereses económicos de las demandantes, en la medida en que puede permitir una reducción de las cargas adeudadas a Eurotunnel, conforme al Anexo VII del Convenio de utilización.

32 Por último, la Institución demandada afirma que los otros argumentos formulados por las demandantes, con el objeto de probar la existencia de un perjuicio grave e irreparable, no son convincentes. Así sucede con el pretendido cumplimiento de sus

compromisos financieros frente a Eurotunnel aunque sólo conservaran una parte reducida de la capacidad negociada, o con el eventual riesgo de ruptura de contratos para el transporte de mercancías. La Comisión entiende que el perjuicio invocado es, como mucho, futuro, incierto y aleatorio y no puede amenazar la existencia de empresas ferroviarias de la envergadura de BR y de SNCF.

- 33 En cuanto a la ponderación de intereses, la Comisión alega que las condiciones controvertidas son indispensables para permitir a empresas ferroviarias terceras entrar en el mercado de que se trata y que el interés público, asociado a la conservación de una competencia efectiva y a la observancia del principio de libre prestación de servicios en el sector ferroviario, debe prevalecer sobre el riesgo de perjuicio alegado por las demandantes. Señala que la suspensión de las condiciones no sólo retrasaría en varios años la utilización del túnel por terceros, sino que también daría tiempo a las demandantes para reforzar su implantación en el mercado de que se trata. Habida cuenta de la magnitud de las inversiones necesarias para utilizar el túnel, la incertidumbre sobre la situación jurídica y la posición adquirida entre tanto por BR y SNCF dificultaría aún en mayor medida la entrada de terceros en el mercado.

Apreciación del juez de medidas provisionales

- 34 Con objeto de examinar si las demandantes han probado la fundamentación *prima facie* de sus recursos, procede recordar, en primer lugar, que éstas se limitan, en el marco de los presentes procedimientos de medidas provisionales, a solicitar la suspensión de la aplicación del artículo 2.A de la Decisión impugnada. Esta disposición enumera una serie de condiciones a las que se supedita la concesión, por parte de la Comisión, de una exención al Convenio de utilización celebrado entre las demandantes y Eurotunnel. SNCF y BR consideran, fundamentalmente, que estas condiciones son contrarias a Derecho y perjudiciales para sus intereses porque les obligan a renunciar, en beneficio de empresas ferroviarias terceras, a una cuarta parte

de los derechos de utilización del túnel que ellas han obtenido en virtud de dicho Convenio.

35 A este respecto procede señalar que la cuestión de si la Comisión tenía derecho o no, en el ejercicio de sus funciones con arreglo a las normas de competencia aplicables, a proceder a esta pretendida limitación de los derechos contractuales de las demandantes, es una cuestión delicada que debe ser objeto de un profundo examen en el marco de los procedimientos principales. En estas circunstancias, el juez de medidas provisionales no necesita continuar su examen de la legalidad de las condiciones controvertidas, puesto que su apreciación debe referirse, a continuación, a la cuestión de si existe un supuesto de urgencia que justifique la concesión de la medida provisional solicitada por las demandantes.

36 De una jurisprudencia reiterada (véase el auto *Transacciones Marítimas y otros/Comisión*, antes citado, apartado 41) se desprende que el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de decidir provisionalmente, con el fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable. Corresponde a la parte que solicita la suspensión de la ejecución de una Decisión impugnada aportar la prueba de que no puede esperar a la resolución del procedimiento principal sin sufrir un perjuicio que implique consecuencias graves e irreparables.

37 Procede señalar que, en apoyo de sus alegaciones relativas a la existencia de circunstancias que demuestran la urgencia, las demandantes interpretan las condiciones controvertidas de una forma que las hace particularmente desfavorables para ellas y cuya pertinencia niega la Comisión. En efecto, la Institución demandada ha mostrado al Tribunal de Primera Instancia la flexibilidad de las condiciones impuestas, remitiéndose a este respecto, entre otros, al punto 116 de la Decisión y a la finalidad, reafirmada en el propio texto del artículo 2.A, de permitir a BR y a SNCF garantizar un nivel de servicio apropiado. Además, de los autos se deduce que, al

margen de las previsiones de las demandantes sobre el tráfico a determinadas horas punta durante el día y la noche, BR y SNCF no utilizan aún ni utilizarán a corto plazo una parte significativa de los tramos disponibles. No obstante, las demandantes consideran que la aplicación del límite del 75 % de la capacidad horaria del túnel en cada sentido, reservada actualmente a los trenes internacionales, ya es incompatible con los servicios que proyectaban prestar a partir del verano de 1996.

38 Efectivamente, la flexibilidad, puesta de manifiesto en el apartado anterior, con que se formulan las condiciones controvertidas, que permiten a BR y a SNCF utilizar «más del 75 % de la capacidad horaria si las demás empresas ferroviarias no utilizan el 25 % de la capacidad restante» no parece que pueda evitar cualquier inconveniente serio para las demandantes, en la medida en que crea una incertidumbre sobre la extensión y la duración de los derechos de utilización que se les reconocen. A este respecto, el juez de medidas provisionales no puede hacer ignorar los argumentos de BR y de SNCF relativos a la planificación compleja y a largo plazo necesaria para prestar servicios ferroviarios a través del túnel, ni el hecho de que los contratos de transporte de mercancías celebrados con terceros tienen, normalmente, una duración escalonada entre tres y cinco años, así como tampoco la circunstancia de que la imposición de un límite a la utilización de la capacidad horaria restringe considerablemente la flexibilidad de las demandantes para atenerse a ella en una forma que no lo haría la imposición de un límite a la utilización de la capacidad global o diaria.

39 No obstante, la Comisión y las partes demandantes han reconocido no tener noticia de la existencia de empresas ferroviarias interesadas en obtener el derecho a utilizar una parte de la capacidad del túnel. A este respecto, la Comisión ha precisado que, al imponer las condiciones controvertidas en la Decisión impugnada, pretendía preservar la competencia potencial y la aplicación de la libre prestación de servicios en el sector.

40 En circunstancias como las del presente asunto procede declarar que la mera existencia, al menos previsible o probable, de terceros interesados en utilizar la capacidad del túnel permite dar consistencia al riesgo de perjuicio grave e irreparable que, según las demandantes, resulta de la aplicación inmediata de las condiciones que acompañan a la Decisión de exención. Ahora bien, las demandantes no han podido presentar ningún elemento que permita concretar el riesgo de que se pro-

duzca a corto plazo una cesión a terceros de un todo o parte de la capacidad horaria reservada a estos últimos por el artículo 2.A de la Decisión que provoque un perjuicio en su contra de naturaleza grave e irreparable.

- 41 Esta afirmación queda corroborada por el hecho de que las propias demandantes han afirmado, por otra parte, que las condiciones controvertidas no son necesarias, a falta de competencia potencial que deba protegerse, dada la inexistencia de terceros interesados en utilizar la capacidad del túnel.
- 42 Habida cuenta del conjunto de las consideraciones precedentes, de la ponderación de los intereses existentes que debe efectuar el juez de medidas provisionales se deduce que, en esta fase, el riesgo de perjuicio alegado por las demandantes es demasiado incierto y aleatorio para que pueda prevalecer sobre los intereses perseguidos por la Comisión con la imposición de las condiciones controvertidas, esto es, la preservación de una competencia efectiva y del principio de libre prestación de servicios en el sector del transporte ferroviario. Por consiguiente, procede desestimar las demandas de suspensión de la ejecución de estas condiciones.
- 43 En cualquier caso, procede señalar que, en virtud del artículo 108 del Reglamento de Procedimiento, un auto de medidas provisionales podrá ser modificado o revocado en cualquier momento, a instancia de una parte, si varían las circunstancias. Llegado el caso, corresponderá a las demandantes dirigirse al Tribunal de Primera Instancia en el supuesto de que la concesión inminente a otras empresas ferroviarias de tramos horarios ya utilizados por ellas pudiera causarles un perjuicio grave e irreparable. A este respecto también será necesario que puedan demostrar, ante el juez de medidas provisionales, que las cesiones de capacidad de que se trate les impedirían inmediatamente cumplir sus obligaciones relativas a la explotación del túnel, especialmente la de ofrecer un nivel de servicio apropiado, o, en el caso de que se estimaran sus recursos principales, que ya no podrían recuperar de terceros la capacidad que se les hubiera cedido en el ínterin.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

- 1) Desestimar la demanda de medidas provisionales.**

- 2) Reservar la decisión sobre las costas.**

Dictado en Luxemburgo, a 12 de mayo de 1995.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J.L. Cruz Vilaça