

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)
15 de Setembro de 1998 *

Nos processos apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94,

European Night Services Ltd (ENS), sociedade de direito inglês, com sede em Londres,

Eurostar (UK) Ltd, anteriormente **European Passenger Services Ltd (EPS)**, sociedade de direito inglês, com sede em Londres,

representadas por Thomas Sharpe, QC, do foro de Inglaterra e do País de Gales, e Alexandre Nourry, solicitador, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de advogados Elvinger, Hoss e Prussen, 15, Côte d'Eich,

recorrentes nos processos T-374/94 e T-375/94, respectivamente

Union internationale des chemins de fer (UIC), associação de direito francês, com sede em Paris,

* Línguas de processo: inglês e francês.

NV Nederlandse Spoorwegen (NS), sociedade de direito neerlandês, com sede em Utrecht (Países Baixos),

representadas por Erik H. Pijnacker Hordijk, advogado no foro de Amsterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

recorrentes no processo T-384/94 e

Société nationale des chemins de fer français (SNCF), sociedade de direito francês, com sede em Paris, representada por Chantal Momège, advogada no foro de Paris, com domicílio escolhido no Luxemburgo, no escritório do advogado Alex Schmitt, 62, avenue Guillaume,

recorrente no processo T-388/94 e
interveniente nos processos T-374/94 e T-384/94,

apoiadas por

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por Lindsey Nicoll, na qualidade de agente, e K. Paul E. Lasok, QC, do foro de Inglaterra e do País de Gales, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada do Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

interveniente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada inicialmente por Francisco Enrique González Díaz, membro do Serviço Jurídico, e posteriormente por Giuliano Marengo, consultor jurídico principal, na qualidade de agentes, assistidos por Ami Barav, barrister, do foro de Inglaterra e do País de Gales e advogado no foro de Paris, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que têm por objecto a anulação da Decisão 94/663/CEE da Comissão, de 21 de Setembro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE e do artigo 53.º do acordo EEE (IV/34.600 - «Night services») (JO L 259, p. 20),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Segunda Secção),

composto por: A. Kalogeropoulos, presidente, C. W. Bellamy e J. Pirrung, juízes,

secretário: H. Jung,

vistos os autos e após a audiência de 22 de Outubro de 1997,

profere o presente

Acórdão

Enquadramento jurídico

1 A Directiva 91/440/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991, relativa ao desenvolvimento dos caminhos-de-ferro comunitários (JO L 237, p. 25, a seguir «Directiva 91/440»), tem por objectivo facilitar a adaptação dos caminhos-de-ferro comunitários às exigências do mercado único e aumentar a respectiva eficácia. Por um lado, garante a independência da gestão das empresas de transporte ferroviário, para lhes permitir actuar segundo critérios comerciais, dispondo o artigo 5.º, n.º 3, que estas empresas «podem, nomeadamente:

— constituir um agrupamento internacional com outra ou outras empresas ferroviárias,

...

— controlar o fornecimento e a comercialização dos serviços e fixar a respectiva tarifação...

...

— desenvolver a respectiva quota de mercado, criar novas tecnologias e novos serviços e adoptar técnicas de gestão inovadoras,

— lançar novas actividades em domínios associados à actividade ferroviária».

- 2 Por outro lado, prevê a separação entre a gestão da infra-estrutura ferroviária e a actividade de transporte das empresas de transporte ferroviário, sendo a separação das contabilidades obrigatória e a separação orgânica facultativa (artigo 1.º e secção III da Directiva).
- 3 Finalmente, a Directiva constitui uma primeira etapa na via da liberalização progressiva do mercado dos transportes ferroviários, prevendo, pela primeira vez, o reconhecimento, sob determinadas condições, a partir de 1 de Janeiro de 1993, de um direito de acesso às infra-estruturas ferroviárias situadas na Comunidade, a favor de empresas ferroviárias de transporte combinado internacional e de associações de empresas ferroviárias.
- 4 Com efeito, o artigo 10.º da Directiva estabelece:

«1. Serão reconhecidos aos agrupamentos internacionais direitos de acesso e de trânsito nos Estados-Membros em que se encontram estabelecidas as empresas de transporte ferroviário que os constituem, bem como direitos de trânsito nos outros Estados-Membros para a prestação de serviços de transporte internacionais entre os Estados-Membros em que se encontram estabelecidas as empresas que constituem os citados agrupamentos.

2. Às empresas de transporte ferroviário abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º será concedido um direito de acesso, em condições equitativas, à infra-estrutura dos outros Estados-Membros para fins da exploração de serviços de transporte internacionais de mercadorias.

...»

- 5 Para este efeito, o artigo 3.º da Directiva define empresa de transporte ferroviário como sendo «qualquer empresa de estatuto privado ou público, cuja actividade principal consista na prestação de serviços de transporte de mercadorias e/ou de passageiros por caminho-de-ferro, devendo a tracção ser obrigatoriamente assegurada por essa empresa». Segundo este mesmo artigo, constitui um agrupamento internacional de empresas de transporte ferroviário «qualquer associação de pelo menos duas empresas de transporte ferroviário estabelecidas em Estados-Membros diferentes, com vista a fornecer serviços de transporte internacionais entre Estados-Membros».
- 6 Em 19 de Junho de 1995, o Conselho, em execução da Directiva 95/440, adoptou a Directiva 95/18/CE, de 19 de Junho de 1995, relativa às licenças das empresas de transporte ferroviário (JO L 143, p. 70), e a Directiva 95/19/CE relativa à repartição das capacidades de infra-estrutura ferroviária e à cobrança de taxas de utilização da infra-estrutura (JO L 143, p. 75).

Matéria de facto subjacente ao litígio

- 7 Em 29 de Janeiro de 1993, a Comissão recebeu um pedido de declaração de inaplicabilidade do artigo 2.º do Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho, de 19 de Julho de 1968, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 175, p. 1, a seguir «Regulamento n.º 1017/68») ou, em alternativa, de isenção nos termos do artigo 5.º do referido regulamento, relativamente a certos acordos no âmbito do transporte ferroviário de passageiros através do túnel do canal da Mancha.
- 8 Este pedido (a seguir «notificação») tinha sido apresentado pela European Night Services Ltd (a seguir «ENS»), em nome da British Rail (a seguir «BR»), da Deutsche Bundesbahn (a seguir «DB»), da NV Nederlandse Spoorwegen (a seguir «NS») e da Société nationale des chemins de fer français (a seguir «SNCF»). A notificação tinha também sido previamente aprovada pela Société nationale des chemins de fer belges (a seguir «SNCB») que, nessa altura, era titular de uma opção de partici-

pação na ENS, entretanto caducada em Julho de 1993. A SNCB continua a ser parte num dos acordos de exploração celebrados com a ENS.

- 9 O primeiro acordo notificado dizia respeito à criação, pelas quatro companhias ferroviárias acima mencionadas, a BR, a SNCF, a DB e a NS, directamente ou através das suas filiais, da sociedade ENS, com sede no Reino Unido, tendo como objecto a prestação e a comercialização de serviços nocturnos de transporte ferroviário de passageiros entre a Grã-Bretanha e o Continente através do túnel do canal da Mancha e nos trajectos seguintes: Londres-Amsterdão, Londres-Frankfurt/Dortmund, Glasgow/Swansea-Paris, Glasgow/Plymouth-Bruxelas.
- 10 Por carta de 15 de Outubro de 1997, a ENS informou, porém, o Tribunal que os serviços de transporte ferroviário com partida e destino a Bruxelas tinham sido abandonados em Dezembro de 1994, que o trajecto Londres-Frankfurt/Dortmund tinha sido substituído, em Agosto de 1996, pelo trajecto Londres-Colónia e que os únicos trajectos então previstos eram Londres-Amsterdão/Colónia.
- 11 Em 9 de Maio de 1994, a European Passengers Services Ltd (a seguir «EPS»), filial da BR no momento da notificação dos acordos ENS, foi cedida por esta última aos poderes públicos britânicos e constitui, desde então, uma empresa de transporte ferroviário, na acepção do artigo 3.º da Directiva 91/440, tal como a SNCF, a DB e a NS (a seguir, incluindo nestas a EPS, «empresas de transporte ferroviário em causa» ou «fundadores»). A participação da BR na ENS foi concomitantemente transferida para a EPS. Por carta de 25 de Setembro de 1997, a ENS e a EPS informaram o Tribunal da mudança de nome da EPS para Eurostar (UK) Ltd (a seguir «EUKL») e solicitaram que qualquer referência à EPS fosse considerada como feita à EUKL e vice-versa. Precisaram igualmente que a participação dos poderes públicos britânicos no capital da EPS tinha sido transferida, em 31 de Maio de 1996, para a London & Continental Railways. No Reino Unido, a quase totalidade da rede ferroviária e das infra-estruturas conexas, anteriormente propriedade da BR, pertence actualmente à Railtrack, o gestor da infra-estrutura ferroviária.

- 12 A segunda categoria de acordos notificados era constituída por acordos de exploração celebrados entre a ENS e as empresas de transporte ferroviário em causa, bem como com a SNCB, nos termos dos quais cada uma das empresas se comprometia a prestar à ENS determinados serviços, designadamente tracção ferroviária na sua rede (locomotiva, pessoal de serviço e linhas horárias), serviços de limpeza no interior dos comboios e de manutenção e reparação do equipamento e serviços de passageiros. A EPS e a SNCF acordavam igualmente em assegurar a tracção ferroviária no trajecto do túnel do canal da Mancha.
- 13 Para efeitos da exploração dos serviços de transporte nocturno de passageiros, as empresas de transporte ferroviário em causa adquiriram, por intermédio da ENS, adquiriram, por contratos de *leasing* a longo prazo, por 20 anos, aumentados, em Janeiro de 1996, para 25 anos, material circulante especial capaz de circular nas diferentes redes ferroviárias e no trajecto do túnel do canal da Mancha, cujo custo global era de 136,7 milhões de UKL, aumentado, em Janeiro de 1996, para 158 milhões de UKL, incluindo o preço da locação, o custo previsível das peças e acessórios, as modificações, as despesas de fornecimento, os testes e a colocação em funcionamento, bem como os custos de desenvolvimento.
- 14 A ENS e as empresas de transporte ferroviário em causa explicavam na notificação que, no mercado do serviço em questão, a ENS poderia, face à concorrência do avião, do autocarro, dos ferry-boats e do automóvel individual, obter partes do mercado globais de cerca de 2,4% na categoria das viagens de negócios, e de cerca de 5%, na categoria de viagens de recreio. Afirmavam ainda que, mesmo que o mercado do serviço em causa fosse definido de modo mais restrito, abrangendo apenas os trajectos em questão, as partes do mercado globais da ENS continuariam a ser insignificantes. Além disso, segundo a notificação, nenhuma das empresas de transporte ferroviário em causa poderia explorar sozinha um serviço comparável nos trajectos assegurados pela ENS, e não haveria qualquer indício de que outro agrupamento tivesse manifestado interesse pela mesma actividade ou dela pudesse retirar lucros. As autoras da notificação garantiam igualmente que os acordos ENS não criavam mais obstáculos do que os já existentes em relação a outras empresas que tentassem oferecer no mercado serviços semelhantes, podendo estas constituir «agrupamentos internacionais», na acepção do artigo 3.º da Directiva 91/440, que poderiam obter acesso às infra-estruturas ferroviárias, ou seja, a linhas horárias nos trajectos em causa, e que não teriam qualquer dificuldade em recrutar pessoal qualificado e material circulante apropriado.

- 15 Nos termos do disposto no artigo 12.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1017/68, foi publicada uma comunicação sobre a notificação dos acordos ENS no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 29 de Maio de 1993 (aviso 93/C 149/07, JO C 149, p. 10). Nesta comunicação, a Comissão informava as empresas notificantes de que tinha chegado à conclusão preliminar que os acordos notificados poderiam infringir o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE e que, nessa fase do processo, ainda não tinha tomado posição sobre a eventual aplicabilidade do artigo 5.º do referido regulamento. A Comissão convidava ainda os terceiros interessados a apresentarem-lhe as suas observações no prazo de 30 dias a contar da publicação da comunicação.
- 16 Por carta de 23 de Julho de 1993, a Comissão fez saber às empresas autoras da notificação, para efeitos do disposto no artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1017/68, que existiam sérias dúvidas quanto à aplicabilidade do artigo 5.º deste regulamento aos acordos notificados.
- 17 Em 4 de Junho de 1994, a Comissão publicou no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* uma comunicação nos termos do artigo 26.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1017/68 (JO C 153, p. 15), anunciando que os acordos notificados podiam beneficiar de isenção nos termos dos artigos 85.º, n.º 3, do Tratado, e 53.º, n.º 3, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «acordo EEE»), desde que fosse satisfeita uma condição, destinada essencialmente a permitir a novas empresas interessadas a aquisição, às empresas autoras da notificação, dos mesmos serviços de transporte que estas últimas se tinham comprometido a prestar à ENS. Entretanto, a Comissão convidava os terceiros interessados a apresentarem-lhe as suas observações no prazo de 30 dias a contar da publicação desta comunicação. Porém, nenhum terceiro interessado respondeu a este convite da Comissão.

Decisão impugnada

- 18 Em 21 de Setembro de 1994, a Comissão adoptou a Decisão 94/663/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE e do artigo 53.º do acordo EEE (IV/34.600 - «Night services») (JO L 259, p. 20, a seguir «decisão» ou

«decisão impugnada»). Esta decisão baseia-se no Regulamento n.º 1017/68, mais particularmente no seu artigo 5.º, ao abrigo do qual a proibição de acordos entre empresas, formulada pelo artigo 2.º em termos quase idênticos aos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, pode ser declarada inaplicável com efeitos retroactivos a certos acordos entre empresas.

- 19 A decisão distingue dois mercados de serviços relevantes: por um lado, o mercado do transporte de pessoas em viagens de negócios, para as quais o transporte aéreo em voo regular, o transporte ferroviário de alta velocidade e os serviços oferecidos pela ENS constituem modos de transporte alternativos (ponto 26) e, por outro, o mercado do transporte de pessoas em viagens de recreio, para as quais os serviços alternativos podem incluir o avião em classe económica, o comboio, o autocarro e, eventualmente, o automóvel individual (ponto 27).
- 20 Ao contrário do que as autoras da notificação tinham sustentado, a Comissão entende que o mercado geográfico em causa não abrange o conjunto do Reino Unido, da França, da Alemanha e dos países do Benelux, mas deve ser limitado às quatro linhas efectivamente servidas pela ENS, ou seja: Londres-Amsterdão, Londres-Frankfurt/Dortmund, Paris-Glasgow/Swansea e Bruxelas-Glasgow/Plymouth (ponto 29).
- 21 Referindo-se à comunicação da Comissão de 16 de Fevereiro de 1993 relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85.º do Tratado CEE (JO C 43, p. 2, a seguir «comunicação de 1993»), a decisão indica, a seguir, que a ENS constitui uma empresa comum com carácter de cooperação (pontos 30 a 37). Assinala que as empresas fundadoras da ENS não se retiram definitivamente do mercado em causa e que dispõem de meios técnicos e financeiros para criarem facilmente um agrupamento internacional na acepção do artigo 3.º da Directiva 91/440, e fornecerem serviços de transporte nocturno de passageiros. A decisão precisa ainda que estas empresas continuam especialmente activas num mercado a montante do mercado da ENS, o dos serviços ferroviários indispensáveis, que as empresas de transporte ferroviário vendem aos «operadores de transporte» como a ENS. A empresa comum ENS constituiria, pois, um acordo abran-

gido pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado, tal como os acordos de exploração celebrados entre ela e cada uma das empresas de transporte ferroviário fundadoras, bem como com a SNCB.

- 22 A decisão enumera, a seguir, as restrições à concorrência resultantes dos acordos ENS (pontos 38 a 53).
- 23 Em primeiro lugar, os acordos em questão anulariam ou restringiriam consideravelmente, entre fundadores, as possibilidades de concorrência criadas pelo artigo 10.º da Directiva 91/440 (pontos 38 a 45). Com efeito, segundo a decisão, por um lado, empresas de transporte ferroviário existentes, bem como eventuais novas empresas ferroviárias, incluindo filiais das empresas existentes, poderiam pretender exercer os direitos de acesso conferidos por esta disposição e, por outro, os Estados-Membros teriam a possibilidade de adoptar legislações mais liberais em matéria de acesso às infra-estruturas. O que teria como consequência que, por exemplo, a DB ou a NS teriam a possibilidade de constituir um agrupamento internacional com uma empresa ferroviária estabelecida no Reino Unido a fim de explorar serviços de transportes internacionais via túnel do canal da Mancha. Uma empresa ferroviária fundadora da ENS teria igualmente a possibilidade de realizar, por si, actividades de «operador de transporte» ou de criar uma filial especializada na qualidade de «operador de transporte», a fim de explorar serviços de transporte internacionais, adquirindo às respectivas empresas de transporte ferroviário os serviços ferroviários indispensáveis.
- 24 Em segundo lugar, tendo em conta a capacidade económica das empresas fundadoras, a criação da ENS poderia dificultar o acesso ao mercado de operadores de transporte susceptíveis de entrar em concorrência com a ENS (pontos 46 a 48). As sociedades-mãe da ENS manteriam uma posição dominante na prestação dos serviços ferroviários no respectivo Estado de origem, nomeadamente no que diz respeito às locomotivas especializadas para o túnel do canal da Mancha. Tendo em consideração o acesso directo da ENS a estes serviços e as relações privilegiadas que mantêm com as suas sociedades-mãe, os outros operadores poderiam ser colocados numa situação concorrencial desfavorável no que respeita à aquisição dos serviços ferroviários indispensáveis. Deveria ainda ter-se em conta que a BR e a

SNCF beneficiam de uma parte significativa das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais no túnel da canal da Mancha, em virtude da convenção celebrada com a Eurotunnel.

- 25 Por último, estas restrições à concorrência seriam reforçadas pelo facto de a ENS se inserir numa rede de empresas comuns entre os fundadores. Com efeito, a BR/ /EPS, a SNCF, a DB e a NS participariam, a diferentes níveis, numa rede de empresas comuns que tem por objecto a exploração de serviços de transporte de mercadorias e de passageiros, nomeadamente através do túnel do canal da Mancha. A BR e a SNCF participariam assim na criação da Allied Continental Intermodal Services Ltd (a seguir «ACI») para o transporte combinado de mercadorias e a BR participaria igualmente, com a SNCB, na criação da «Autocare Europe» para o transporte ferroviário de veículos automóveis (pontos 49 a 52).
- 26 Porém, segundo a decisão, os acordos em causa, embora não abrangidos pela derrogação prevista no artigo 3.º do Regulamento n.º 1017/68 em relação aos acordos técnicos, pelo facto de não terem apenas como objecto ou como efeito a aplicação de melhoramentos técnicos ou a cooperação técnica, na acepção deste artigo (pontos 55 a 58), satisfariam as condições previstas no artigo 5.º desse mesmo regulamento e no artigo 53.º, n.º 1, do acordo EEE (pontos 59 a 70). Com efeito, a criação da ENS favoreceria o progresso económico, assegurando designadamente a concorrência entre os diversos modos de transporte e os utentes beneficiariam directamente desses novos serviços. Por outro lado, as restrições da concorrência verificadas seriam indispensáveis tendo em consideração o facto de serem serviços totalmente novos, que implicam riscos financeiros elevados que uma empresa sozinha dificilmente poderia suportar. Assim, e desde que seja satisfeita uma condição destinada a garantir a presença no mercado de operadores de transporte ferroviário concorrentes da ENS, a criação da ENS não eliminaria toda a concorrência no mercado em causa.
- 27 Em consequência, a decisão declara inaplicáveis aos acordos ENS, por um prazo de oito anos, isto é, até 31 de Dezembro de 2002, o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 53.º do acordo EEE (artigo 1.º da decisão), sujeitando esta isenção à condição (a seguir «condição imposta») de «as empresas ferroviárias parte no

acordo ENS prestarem, se necessário, a qualquer agrupamento internacional de empresas ferroviárias ou a qualquer operador de transporte que deseje explorar comboios nocturnos de passageiros que utilizam o túnel do canal da Mancha os serviços ferroviários indispensáveis que se comprometeram a prestar à ENS. Esses serviços consistem na disponibilização da locomotiva, da sua tripulação e dos itinerários em cada rede nacional e no túnel do canal da Mancha. As empresas ferroviárias prestarão esses serviços nas suas redes nas mesmas condições técnicas e financeiras que as concedidas à ENS» (artigo 2.º da decisão).

Tramitação processual

- 28 Por petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 22 de Novembro de 1994, a ENS e a EPS interpuseram recursos que foram registados respectivamente sob os números T-374/94 e T-375/94.
- 29 Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal em 5 de Dezembro de 1994, a União Internacional dos Caminhos de Ferro (a seguir «UIC») e a NS interpuseram recurso, que foi registado sob o número T-384/94.
- 30 Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal em 13 de Dezembro de 1994, a SNCF interpôs um recurso, que foi registado sob o número T-388/94.
- 31 Por requerimento separado, que deu entrada em 6 de Fevereiro de 1995 na Secretaria do Tribunal, a Comissão suscitou no processo T-388/94 uma questão prévia de inadmissibilidade, com fundamento no artigo 114.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. A demandante apresentou as suas observações sobre esta questão prévia em 20 de Março de 1995.

- 32 Em 28 de Junho de 1995, o Tribunal (Primeira Secção Alargada) decidiu, por despacho, julgar a final a questão da inadmissibilidade levantada pela Comissão e convidou a SNCF a responder a várias perguntas escritas e a apresentar um certo número de documentos.
- 33 Por despachos do presidente da Primeira Secção Alargada do Tribunal de 9 de Agosto de 1995, os pedidos de intervenção da União Internacional das sociedades de transporte combinado ferro-rodoviário em apoio dos pedidos da Comissão nos processos T-374/94, T-375/94 e T-384/94, que deram entrada na Secretaria do Tribunal em 3 de Abril de 1995, não foram admitidos.
- 34 Por despacho do presidente da Primeira Secção Alargada do Tribunal de 9 de Agosto de 1995, os pedidos de intervenção da SNCF em apoio dos pedidos das recorrentes nos processos T-374/94 e T-384/94, que deram entrada na Secretaria do Tribunal em 9 de Maio de 1995, foram admitidos.
- 35 Por despachos do presidente da Primeira Secção Alargada do Tribunal de 14 de Julho e de 10 de Agosto de 1995, o Reino Unido foi admitido como interveniente em apoio dos pedidos das recorrentes nos processos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94.
- 36 Por decisão do Tribunal de 2 de Outubro de 1995, o juiz-relator foi designado para a Segunda Secção Alargada, à qual os processos foram consequentemente atribuídos.
- 37 Por decisão do Tribunal, de 8 de Novembro de 1996, o processo foi atribuído a uma secção de três juízes.

- 38 Por despacho do presidente da Segunda Secção de 6 de Agosto de 1997, os processos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94 foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.
- 39 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. Convidou, porém, as partes a responder a algumas perguntas escritas, o que estas fizeram no prazo estabelecido.
- 40 As alegações das partes e as respostas destas às perguntas do Tribunal foram ouvidas na audiência realizada em 22 de Outubro de 1997.

Pedidos das partes

- 41 Nos processos T-374/94 e T-375/94, a ENS e a EPS concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

— ordenar à Comissão:

- a) que declare inaplicáveis o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68 e o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado; ou

b) que conceda a isenção sem a condição imposta e por um período correspondente ao prazo por que os compromissos foram assumidos pelas empresas ferroviárias para o financiamento do material circulante;

c) a título subsidiário, que conceda a isenção impondo uma condição que seja necessária e proporcionada às alegadas restrições da concorrência e por um período correspondente ao prazo por que os compromissos foram assumidos pelas empresas ferroviárias para o financiamento do material circulante;

— condenar a Comissão nas despesas da instância.

42 A SNCF, interveniente em apoio das conclusões da recorrente no processo T-374/94, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

— ordenar à Comissão:

a) que declare inaplicáveis o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68 e o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado; ou

b) que conceda a isenção sem a condição imposta e por um período correspondente ao prazo por que os compromissos foram assumidos pelas empresas ferroviárias para o financiamento do material circulante.

43 Nos processos T-374/94 e T-375/94, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- rejeitar o recurso;
- rejeitar os argumentos da SNCF;
- condenar as recorrentes e a interveniente nas despesas da instância.

44 No processo T-384/94, a UIC e a NS concluem pedindo que o Tribunal se digne:

- declarar nula a decisão impugnada na sua totalidade;
- a título subsidiário, declarar nulos os artigos 2.º da decisão e o artigo 1.º, na parte em que este limita o prazo da isenção a um período inferior a 20 anos;
- ordenar qualquer outra medida que, em seu prudente arbítrio, julgue adequada;
- condenar a Comissão nas despesas.

45 A SNCF, interveniente em apoio dos pedidos das recorrentes, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- declarar nula a decisão impugnada na sua totalidade;

- a título subsidiário, declarar nulo o artigos 2.º da decisão, por ser injustificada a condição imposta e o artigo 1.º, por a Comissão ter concedido uma isenção por um prazo inferior a 20 anos;
- ordenar quaisquer outras medidas que, em seu prudente arbítrio, julgue adequadas;
- condenar a Comissão nas despesas.

46 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar inadmissível o recurso interposto pela UIC, ou, em qualquer caso, improcedente;
- rejeitar o recurso interposto pela NS;
- rejeitar os argumentos da interveniente;
- condenar as recorrentes e a interveniente nas despesas da instância.

47 No processo T-384/94, a SNCF conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- a título principal, anular a decisão impugnada;
- a título subsidiário, anular o artigo 2.º da decisão, por ser injustificada a condição imposta, bem como o artigo 1.º, por a Comissão ter concedido a isenção por um prazo inferior a 20 anos;

- ordenar qualquer outra medida que, em seu prudente arbítrio, julgue adequada;
- condenar a Comissão nas despesas.

48 Nas observações que apresentou sobre a questão da inadmissibilidade suscitada pela Comissão, a SNCF conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar o recurso admissível;
- condenar a Comissão nas despesas.

49 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar inadmissível o recurso e, em qualquer caso, improcedente;
- condenar a recorrente nas despesas.

50 O Reino Unido, interveniente em apoio dos pedidos das recorrentes nos processos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular a decisão impugnada;
- condenar a Comissão nas despesas.

Quanto à admissibilidade

1. Quanto à admissibilidade dos pedidos nos processos T-374/94 e T-3375/94

Argumentação das partes

51 A Comissão considera que os recursos são inadmissíveis, pelo facto de as recorrentes ENS e EPS, pedirem ao Tribunal que ordene à Comissão a) que declare inaplicáveis o artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68 e o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, b) que conceda a isenção sem a condição imposta pela Comissão e por um prazo correspondente ao prazo por que os compromissos foram assumidos pelas empresas ferroviárias para o financiamento do material circulante; e c) a título subsidiário, que conceda a isenção impondo uma condição que seja necessária e proporcionada às restrições da concorrência alegadas e por um prazo correspondente ao prazo por que os compromissos foram assumidos pelas empresas de transporte ferroviário para o financiamento do material circulante; Com efeito, segundo jurisprudência constante, o juiz comunitário não tem competência, no âmbito de um recurso de anulação baseado no artigo 173.º do Tratado, para dirigir injunções às instituições comunitárias (v., por último, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Janeiro de 1995, *Ladbroke/Comissão*, T-74/92, *Colect.*, p. II-115, n.º 75).

52 As recorrentes, ENS e EPS, retorquem que a Comissão não contesta a admissibilidade dos seus recursos na parte em que pedem a anulação da decisão, nem a possibilidade de o Tribunal anular parcialmente a decisão, isto é, a condição imposta no artigo 2.º desta.

Apreciação do Tribunal

53 O Tribunal recorda que, segundo jurisprudência constante, não cabe ao juiz comunitário, no quadro da fiscalização da legalidade por ele exercida, dirigir injunções às

instituições ou substituir-se a estas últimas, mas que incumbe à administração em causa tomar as medidas que comporta a execução de um acórdão proferido no quadro de um recurso de anulação. Assim, os pedidos das recorrentes acima expostos no n.º 41, alíneas a), b) e c), devem ser rejeitados por inadmissíveis (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão, T-67/94, Colect., p. II-1, n.º 200). Os recursos nos processos T-374/94 e T-375/94 só são, portanto, admissíveis quanto ao pedido de anulação da decisão impugnada na sua totalidade (v. acima, n.º 41).

2. Quanto à admissibilidade do recurso no processo T-384/94

Argumentação das partes

54 As recorrentes UIC e NS explicam que a UIC é uma associação internacional de empresas de transporte ferroviário da qual são membros todas as grandes empresas ferroviárias sediadas nos Estados-Membros da Comunidade Europeia e que tem por objecto a promoção da cooperação entre esses membros e a organização de actividades de desenvolvimento do modo de transporte ferroviário na Europa, consolidando a sua interfuncionalidade, tendo por fim reforçar a sua competitividade. Segundo o artigo 2.º do seu estatuto, a UIC actua através da elaboração de normas e linhas directrizes e intervindo junto de outras entidades em representação e defesa dos interesses comuns dos seus membros. As empresas de transporte ferroviário estabelecidas na Comunidade estão, além disso, representadas no quadro de um grupo especial designado «Comunidade dos caminhos de ferro europeus» (a seguir «CCE»).

55 Sustentam que a UIC, não sendo embora destinatária da decisão impugnada, é, no entanto, directa e individualmente afectada, na acepção do artigo 173.º do Tratado, visto que a decisão afecta directamente os interesses dos seus membros estabelecidos na Comunidade, representados pela CCE, bem como os seus próprios interesses.

- 56 No que diz respeito aos interesses dos seus membros estabelecidos na Comunidade, as recorrentes alegam que a decisão impugnada é susceptível de desmotivar a UIC de tomar outras iniciativas inovadoras de cooperação entre empresas de transporte ferroviário no domínio dos transportes internacionais de passageiros e acrescentam que o recurso da UIC deveria ser julgado admissível, ao mesmo título que os dos seus membros estabelecidos na Comunidade, quer sejam quer não sejam destinatários da decisão.
- 57 Quanto ao interesse em agir da UIC, as recorrentes sustentam que a UIC é, ela própria, directa e individualmente afectada pela decisão, pelo facto de esta comprometer a plena realização de um dos seus principais objectivos estatutários, ou seja, o reforço da competitividade da rede internacional de caminhos de ferro. Acrescentam que embora a UIC não tenha participado no procedimento administrativo que levou à adopção da decisão impugnada (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Abril de 1995, AAC e o./Comissão, T-442/93, Colect., p. II-1329), um dos grupos internos à UIC, a CCE, participou efectivamente em reuniões preparatórias à adopção da Directiva 91/440.
- 58 A Comissão alega que a UIC não é individual e directamente afectada pela decisão impugnada e sustenta que o Tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre a legitimidade da UIC. Com efeito, a jurisprudência que afirma que, no caso de um só recurso ser interposto por vários recorrentes, basta que um destes tenha legitimidade para que o recurso seja considerado admissível no seu conjunto seria susceptível de criar dificuldades relativamente às despesas da instância e ao direito da recorrente em causa de interpor recurso da decisão a intervir para o Tribunal de Justiça.
- 59 Acrescenta que, segundo a jurisprudência, uma associação, na sua qualidade de representante de uma categoria de empresários, não é individualmente atingida por um acto que afecta os interesses gerais dessa categoria (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e o./Conselho, 16/62 e 17/62, Colect., p. 175, de 18 de Março de 1975, Union syndicale e o./Conselho, 72/74, Colect., p. 159; Recueil, p. 401, e despacho do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1979, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays/Comissão, 60/79, Recueil, p. 2429).

- 60 A Comissão sustenta ainda que, não tendo a UIC participado no procedimento administrativo prévio à adopção da decisão impugnada e não tendo apresentado observações na sequência da publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* das comunicações da Comissão de 29 de Maio de 1993 e de 4 de Junho de 1994, não teria nem interesse em agir nem legitimidade para interpor o presente recurso (acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, 26/76, Colect., p. 659, de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt, 210/81, Recueil, p. 3045, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Janeiro de 1995, BEMIM/Comissão, T-114/92, Colect., p. II-147). Finalmente, o papel desempenhado pela CCE no quadro da adopção da Directiva 91/440 não poderia individualizar a UIC em relação à decisão impugnada.

Apreciação do Tribunal

- 61 O Tribunal salienta que a legitimidade da NS enquanto destinatária da decisão impugnada não foi contestada e que, tratando-se de um único e mesmo recurso, não há que examinar a legitimidade da UIC (acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1993, CIRFS e o./Comissão, C-313/90, Colect., p. I-1125, n.º 31 e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1996, Skibsværftsforeningen e o./Comissão, T-266/94, Colect., p. II-1399, n.º 51).

3. Quanto à admissibilidade do recurso no processo T-388/94

Argumentação das partes

- 62 A Comissão alega que a decisão impugnada foi notificada à recorrente na sua sede por carta de 22 de Setembro de 1994, recebida em 29 de Setembro, como o atesta o aviso de recepção dos correios que foi carimbado pela SNCF com a indicação desta última data. Nos termos do decidido no acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1985, Cockerill-Sambre/Comissão (42/85, Recueil, p. 3749, n.º 11), uma notificação na sede de uma sociedade satisfaz o critério da segurança jurídica

e permite à sociedade em causa tomar conhecimento do acto notificado, independentemente da questão de saber se a pessoa competente para o efeito segundo as regras internas da sociedade destinatária, pôde efectivamente dele tomar conhecimento.

63 Tendo presente que, nos termos do disposto no artigo 102.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal, o prazo para interposição de um recurso de anulação começa a correr, em caso de notificação, no dia a seguir a esta e que, no total, o prazo se eleva, neste caso, a dois meses, acrescidos de uma dilação de seis dias (artigo 102.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e artigo 1.º do Anexo II ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça), a data limite para interposição do recurso da SNCF contra a decisão impugnada era 6 de Dezembro de 1994. Interposto em 13 de Dezembro de 1994, o recurso seria, portanto, manifestamente inadmissível, porque extemporâneo (acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Junho de 1980, Belfiore/Comissão, 108/79, Recueil, p. 1769, de 12 de Julho de 1984, Ferriera Valsabbia/Comissão, 209/83, Recueil, p. 3089, n.º 14, e Cockerill-Sambre/Comissão, já referido, n.º 10).

64 A Comissão contesta o argumento da recorrente de que, por a decisão ter sido entregue a um dos seus empregados não autorizado a receber o correio, não é este aviso de recepção que deve ser tomado em consideração para o cômputo do prazo de interposição do recurso, mas um segundo aviso de recepção que vinha dentro do envelope da decisão e que foi assinado em 7 de Outubro de 1994 por uma pessoa com competência para tal. A Comissão sublinha, em primeiro lugar, que, nos termos decididos no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Maio de 1991, Bayer/Comissão (T-12/90, Colect., p. II-219, n.º 20), o segundo aviso de recepção incluído no envelope da notificação da decisão não constitui, de forma alguma, uma segunda notificação distinta da que foi regularmente efectuada por via postal, dado que o envio por carta registada com aviso de recepção constitui sempre a forma de notificação adequada, visto permitir determinar com segurança o início do prazo. O envio de um segundo aviso de recepção destina-se apenas a permitir à Comissão certificar-se da data em que a empresa em causa tomou conhecimento da decisão notificada, no caso de a administração dos correios em causa não cumprir o seu dever, não lhe devolvendo o aviso de recepção depois de assinado. A precaução de enviar um segundo aviso de recepção não se destinaria, portanto, a remediar uma eventual deficiência dos correios consistente na entrega, por lapso, do envio postal a uma pessoa empregada pelo destinatário não autorizada a receber correio registado, mas sim a deficiência consistente na eventual omissão de

devolução do aviso de recepção. Resultaria, além disso, do direito francês, que a assinatura do aviso de recepção postal por um funcionário de uma pessoa colectiva destinatária não habilitado a receber correio registado não afecta a validade da notificação efectuada por carta registada com aviso de recepção.

- 65 Quanto ao argumento da SNCF baseado na invocação de caso fortuito e de força maior, a Comissão alega que, segunda a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os problemas de comunicação no interior da sociedade destinatária não constituem casos fortuitos ou de força maior (acórdão Cockerill-Sambre/Comissão, já referido, n.º 12), designadamente quando o desfuncionamento se deve a faltas de serviço dos assalariados da empresa recorrente (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1994, Bayer/Comissão, C-195/91 P, Colect., p. I-5619, n.º 33).
- 66 Finalmente, quanto ao argumento da SNCF baseado em erro desculpável, a Comissão sustenta que este conceito só pode reportar-se a circunstâncias excepcionais, especialmente quando a instituição em causa tenha adoptado um comportamento susceptível de provocar uma confusão admissível no espírito de um particular de boa fé que faça prova de toda a diligência exigível a um operador normalmente prudente (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 1995, Cobrecaf e o./Comissão, T-514/93, Colect., p. II-621, n.º 40). Ora, no presente caso, o erro cometido seria devido ao comportamento de alguém que não a Comissão.
- 67 A SNCF contesta a validade da notificação e, a título subsidiário, alega que, mesmo que a notificação fosse válida, as circunstâncias em que foi recebida a decisão notificada são constituintes de caso fortuito ou de força maior ou resultam de erro desculpável.
- 68 Quanto à irregularidade da notificação, a SNCF sustenta que, nos termos do artigo L 9 do código francês dos correios e telecomunicações, as cartas registadas devem ser entregues em mão ao destinatário ou ao seu «procurador». De onde resulta que o aviso de recepção que atesta ter ela recebido a decisão notificada é nulo. Com

feito, não teria sido assinado por uma das pessoas às quais tinha sido especificamente delegado o poder de assinar esses avisos de recepção. Além disso, o agente dos correios teria aceiteado que o aviso de recepção fosse assinado por uma pessoa para tal não habilitada. Finalmente, o aviso de recepção teria sido enviado à Comissão pelos correios franceses, infringindo a sua obrigação de verificar a conformidade da assinatura da pessoa que tinha assinado efectivamente o aviso de recepção com a assinatura da pessoa com poderes para o fazer.

69 A SNCF sustenta que, segundo a jurisprudência, o facto de um aviso de recepção ser assinado por uma pessoa para tal habilitada, afecta aos serviços de correio da empresa destinatária, é um elemento determinante da validade da notificação (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Maio de 1991, Bayer/Comissão, já referido, n.ºs 4 e 20); conclusões do advogado-geral M. Darmon no processo em que foi proferido o acórdão Cockerill-Sambre/Comissão, já referido, p. 3750), como a própria Comissão o teria admitido no processo em que foi proferido o acórdão Ferricra Valsabbia/Comissão, já referido.

70 De onde resulta, segundo a SNCF, que é o formulário do aviso de recepção normal, junto pela Comissão à decisão notificada, a fim de lhe permitir conhecer, com segurança, a data em que a empresa tomou conhecimento da decisão, que deve ser tomado em consideração, visto que se destina a remediar as deficiências dos correios (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Maio de 1991, Bayer/Comissão, já referido). As deficiências a que a jurisprudência faz referência não seriam apenas aquelas em que os correios não devolvem o aviso de recepção à Comissão, mas também aquelas em que os correios apõem eles próprios a data no aviso, sem recolherem a assinatura de um representante devidamente habilitado da sociedade destinatária, de modo que um erro dos serviços de correios na sua função de entrega dos envios registados deveria levar a ignorar as informações aí apostas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, BASF e o./Comissão, T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 e T-112/89, Colect., p. II-729, n.ºs 54 a 60). Nestas condições, a data de recepção e, por conseguinte, a data da notificação, é a data de 7 de Outubro de 1994, indicada no segundo aviso de recepção.

- 71 A título subsidiário, a SNCF sustenta que, mesmo admitindo que o seu recurso é extemporâneo, essa extemporaneidade é consequência de um caso fortuito ou de força maior, uma vez que a assinatura do aviso de recepção por uma pessoa não autorizada é totalmente independente da sua vontade e que, pelo seu lado, fez prova de toda a diligência necessária para poder receber normalmente os envios registados. Sublinha, a este propósito, que o agente dos correios que entregou a decisão notificada em 29 de Setembro de 1994 sabia perfeitamente que a pessoa que a recebeu não estava para tal habilitada e acrescenta que os tribunais franceses consideram a entrega dos envios a uma pessoa não habilitada para tal como uma falta grave dos serviços de correios, susceptível de pôr em causa a responsabilidade da administração.
- 72 Segundo a SNCF, ainda que as circunstâncias da notificação da decisão impugnada não fossem constitutivas de um caso de força maior, resultariam, pelos menos, de erro desculpável. Retoma, a este propósito, os argumentos relativos à inobservância pelos serviços de correios das suas instruções precisas em matéria de recepção dos envios registados e sustenta que, tendo em conta o modo como estes serviços cumprem geralmente as suas obrigações, a falta cometida no caso em apreço constitui um caso isolado e excepcional. Ora, segundo a SNCF, o erro desculpável tipificar-se-ia quando a deficiência excepcional dos serviços de correios provoca confusão na empresa destinatária, visto que o conceito de erro desculpável não se limita aos casos em que é a Comissão a provocar essa confusão (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1994, Bayer/Comissão, já referido, n.º 26).
- 73 A SNCF acusa ainda a Comissão de práticas pouco rigorosas em matéria de notificação das decisões e considera que, no presente caso, o erro da SNCF foi parcialmente provocado por essas práticas. Com efeito, relativamente a envios de muito menor importância (informação sobre a apresentação de uma denúncia, convite a apresentar observações), a Comissão teria o cuidado de designar nominalmente o destinatário, ao passo que envia sem indicação do nome do destinatário uma decisão final de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado susceptível de recurso de anulação, como a do presente caso.

- 74 Por último, a SNCF invoca o carácter enganador e susceptível de induzir em erro da prática da Comissão consistente em juntar o seu próprio aviso de recepção às decisões que notifica às empresas, sem chamar a atenção dos destinatários sobre o facto de que uma decisão se considera notificada a partir do momento em que o destinatário recebe a carta registada e assina o aviso de recepção.

Apreciação do Tribunal

- 75 O Tribunal recorda liminarmente que é pacífico que, nos termos das disposições conjugadas do terceiro parágrafo do artigo 173.º do Tratado, do artigo 102.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e do artigo 1.º do Anexo II do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, para o qual remete o artigo 102.º, n.º 2, o prazo de recurso era, no caso vertente, de dois meses e seis dias.
- 76 O Tribunal lembra, a seguir, que, segundo jurisprudência constante, a aplicação estrita das regras comunitárias referentes aos prazos processuais dá satisfação à exigência de segurança jurídica e à necessidade de evitar toda e qualquer discriminação ou tratamento arbitrário na administração da justiça. É igualmente jurisprudência constante que a existência de uma notificação válida na sede social da empresa em causa não está minimamente dependente da tomada de conhecimento efectivo pela pessoa que, segundo as regras internas da empresa destinatária, tem competência na matéria, e que uma decisão é validamente notificada quando é comunicada ao destinatário e este pode dela tomar conhecimento (acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1985, Cockerill-Sambre/Comissão, já referido, n.º 10, e acórdão BASF e o./Comissão, já referido, n.ºs 58 e 59).
- 77 Deve, portanto, verificar-se se a notificação à SNCF da decisão impugnada foi validamente efectuada, nas condições previstas pela legislação aplicável em matéria de distribuição do correio em França, no sentido de saber se a decisão terá sido entregue a um empregado da SNCF devidamente habilitado a receber esse correio (acórdão BASF e o./Comissão, já referido, n.º 60).

78 Há que salientar, quanto a este aspecto, que, como resulta dos autos e das respostas da SNCF às perguntas escritas do Tribunal, os serviços de correios franceses, embora na posse de procurações válidas passadas pela SNCF que delegavam em pessoas com poderes para tal a recepção do correio endereçado aos seus diferentes serviços e empregados, não entregaram a decisão ora impugnada a uma dessas pessoas, mas a um terceiro para tal não habilitado. Ora, como a recorrente sublinhou, sem ter sido contestada pela Comissão, segundo as regras aplicáveis em França em matéria de distribuição do correio, os agentes dos correios franceses só podem distribuir correio registado às pessoas nominalmente indicadas ou, na ausência destas, aos seus procuradores, isto é, às pessoas munidas de procuração válida para esse efeito.

79 De onde resulta que, tendo a decisão impugnada sido entregue, em violação das regras acima mencionadas, a um agente da recorrente não autorizado a receber correio, a decisão não foi validamente notificada à SNCF, de modo que o prazo de recurso só começa a correr a partir da recepção e da assinatura do segundo aviso de recepção, isto é, em 7 de Outubro de 1994, e não a partir da data da assinatura do primeiro aviso de recepção, em 29 de Setembro de 1994. O Tribunal entende que o acórdão Cockerill-Sambre/Comissão, já referido, invocado pela Comissão em apoio do fundamento baseado no carácter extemporâneo do recurso, não é pertinente no caso presente, porque esse processo não dizia respeito à questão da validade da notificação, pelos serviços dos correios, de uma decisão da Comissão a um funcionário da empresa destinatária devidamente habilitado a receber esse correio, mas à possibilidade, para a empresa destinatária, na sequência de uma notificação válida na sua sede social, de justificar a interposição tardia de um recurso de anulação por invocação das suas regras internas quanto às pessoas competentes para tomarem efectivamente conhecimento do correio que lhe tinha sido endereçado (v. n.º 10 do acórdão Cockeril-Sambre/Comissão, já referido). O mesmo se diga do acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1994, Bayer/Comissão, já referido, em que não foi contestado que a notificação da decisão impugnada tinha sido efectuada pelos serviços dos correios em condições normais a um «representante» do serviço de correio da Bayer. Neste acórdão também, a questão que se punha era unicamente a de saber se, apesar de a decisão da Comissão ter sido regularmente notificada na sede social da Bayer, esta última podia, mesmo assim, basear-se no funcionamento deficiente dos seus serviços internos para justificar a interposição, fora de prazo, do seu recurso de anulação (n.ºs 2 e 20 do acórdão). Ora, como acabámos de sublinhar, é a validade da notificação, em si, que é posta em causa no presente processo, isto é, o funcionamento dos serviços de correios (aspecto externo da notificação) e não o funcionamento interno dos serviços da SNCF (aspecto interno da notificação).

80 Tendo, assim, sido interposto atempadamente, o recurso da SNCF deve ser julgado admissível.

Quanto ao mérito

81 Segundo os fundamentos e argumentos dos recorrentes, a decisão impugnada deveria ser anulada, essencialmente por quatro razões, a saber: em primeiro lugar, nenhum dos elementos constitutivos das infracções a que se refere o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado se verifica no caso em apreço, não sendo os acordos ENS susceptíveis de restringir a concorrência, de modo que a decisão estaria viciada por uma apreciação incorrecta e incompleta dos factos, bem como por erro de direito manifesto e falta de fundamentação; em segundo lugar, ao aplicar as regras da concorrência, a Comissão teria excedido os limites do quadro legal traçado pela directiva 91/440; em terceiro lugar, a Comissão teria feito depender a isenção concedida de condições desproporcionadas e, em quarto lugar, a isenção concedida para os acordos notificados seria demasiado curta (oito anos). Finalmente, no recurso, T-384/94, a SNCF sustenta, além disso, que a decisão impugnada deverá ser anulada, por a Comissão ter considerado que os acordos ENS não podiam beneficiar da excepção por motivos técnicos prevista no artigo 3.º do Regulamento n.º 1017/68.

1. Quanto ao primeiro fundamento, baseado em apreciação incorrecta e incompleta dos factos e em erro de direito manifesto e/ou incumprimento da obrigação de fundamentar devidamente a decisão impugnada, por a Comissão ter decidido que a criação da ENS tinha como objectivo ou como efeito restringir a concorrência

82 Este fundamento subdivide-se em duas vertentes: a primeira, baseada numa errada definição do mercado relevante e em inexistência de efeitos sensíveis dos acordos ENS sobre o comércio entre Estados-Membros, e o segundo, na inexistência de efeitos restritivos da concorrência provocados por esses acordos.

A primeira vertente: quanto à definição do mercado relevante e à inexistência de efeitos sensíveis dos acordos ENS sobre o comércio entre Estados-Membros

Argumentos das partes

- 83 As recorrentes lembram que, na decisão, a Comissão definiu os mercados em causa como sendo os do transporte, por um lado, de homens de negócios e, por outro, de turistas em cada uma das linhas asseguradas pela ENS. Alegam que, com base nas previsões sobre a procura para 1995, constantes da sua notificação (quadro 17, p. 26 da notificação), os serviços da ENS não cobririam provavelmente mais do que 4% das diferentes partes desses mercados (ou seja, 2,4% do mercado das viagens de negócios e 5% do mercado das viagens de recreio). Ora, à luz da comunicação da Comissão de 13 de Setembro de 1986, relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE (JO 1986, C 231, p. 2), essas partes de mercado seriam insignificantes. Ainda que se analisasse cada trajecto em separado, verificar-se-ia pelo quadro 17 da notificação que as únicas partes de mercado de mais de 4%, de que a ENS provavelmente beneficia são, respectivamente, de 6% e 7% nas viagens de recreio nas linhas Londres-Amsterdão e Londres-Frankfurt/Dortmund. Quanto à tese da Comissão de que uma parte de mercado de 5% justificaria que se considerasse a empresa em causa como tendo importância suficiente para que o seu comportamento fosse, em princípio, susceptível de afectar as trocas entre Estados-Membros, as recorrentes remetem para os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão (T-7/93, Colect., p. II-1533) e Schöller/Comissão (T-9/93, Colect., p. II-1611), dos quais resultaria que uma parte de mercado de 5% não basta, por si só, para se concluir pela existência de uma restrição sensível à concorrência. Na notificação teria sido sublinhado, além disso, que a parte do mercado da ENS permaneceria estável, ou mesmo que diminuiria, porque o mercado deveria crescer mais depressa do que a capacidade da ENS para aumentar a frequência dos seus serviços (notificação, p. 27, ponto II.4. c.6). O mercado em causa dos dois serviços referidos (viagens de negócios e de lazer) seria, portanto, muito vasto, e seria evidente que a ENS não tem o poder de influenciar os preços, a qualidade e a disponibilidade dos serviços, nem de afastar ou enfraquecer a concorrência.

- 84 Quanto à afirmação da Comissão, constante da sua contestação, segundo a qual a parte do mercado da ENS no segmento das viagens de negócios deveria ser calculada em relação aos voos do princípio da manhã e do final da tarde em vez de o ser em relação ao conjunto dos voos disponíveis em cada período de 24 horas num dado trajecto, as recorrentes sustentam que essa afirmação constitui uma redefinição do mercado em causa e que não é sustentada por nenhuma espécie de prova.
- 85 A Comissão alega que a parte do mercado da ENS não deve ser calculada, como as notificantes propunham na sua notificação, em relação ao mercado geral de transporte de passageiros entre o Reino Unido, por um lado, e a França, a Alemanha e os países do Benelux, por outro, mercado geográfico este em que a ENS só detém 2,4% do segmento das viagens de negócios e 5% do segmento das viagens de turismo, ou seja uma parte global de mercado de cerca de 4%. O mercado em causa limitar-se-ia, com efeito, às linhas efectivamente servidas pela ENS, ou seja: Londres-Amsterdão, Londres-Frankfurt, Paris-Glasgow/Swansea e Bruxelas-Glasgow/Plymouth (decisão, ponto 29). Segundo esta definição, a ENS representaria uma parte do mercado de, pelo menos, 7% no segmento das viagens de negócios, e de 8%, no segmento das viagens turísticas, segundo os números fornecidos pelas partes do acordo ENS na respectiva notificação.
- 86 Ora, segundo a jurisprudência, uma parte de mercado de 5% justificaria que se considerasse uma empresa como tendo importância suficiente para que o seu comportamento, seja, em princípio, susceptível de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros (acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1978, Miller/Comissão, 19/77, Colect., p. 45, de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion Française e o./Comissão, 100/80, 101/80, 102/80 e 103/80, Recueil, p. 1825, e de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão, 107/82, Recueil, p. 3151). A mesma regra seria válida para as restrições da concorrência susceptíveis de resultar de um acordo entre empresas. A Comissão sustenta a este propósito que, ao contrário do que as recorrentes alegam, não resulta dos acórdãos Langnese-Iglo/Comissão e Schöller/Comissão, já referidos, que uma parte do mercado superior a 5% seja, por si só, insuficiente para permitir concluir que há uma restrição significativa da concorrência.

- 87 Além disso, segundo a Comissão, a parte do mercado da ENS no segmento das viagens de negócios do mercado em causa seria muito mais importante. Com efeito, resultaria da análise do mercado constante da notificação que a parte da ENS neste segmento do mercado deveria ser calculada exclusivamente em relação aos voos do princípio da manhã e do fim da tarde, em vez de o ser em relação ao conjunto dos voos disponíveis em cada período de 24 horas numa determinada linha. A Comissão sublinha ainda que a previsão da parte do mercado só abrange o ano de 1995, quer dizer, o primeiro ano previsto de exploração dos serviços da ENS e que, tendo em conta o poder efectivo das empresas de transporte ferroviário em questão nos mercados em causa e a sua clientela actual e potencial, é provável que essa parte de mercado aumente. Em consequência, haveria fundamento para considerar que os acordos ENS eliminam ou restringem sensivelmente as possibilidades de concorrência.
- 88 O Reino Unido, interveniente, sustenta que a definição, pela Comissão, dos mercados em causa é artificialmente restritiva. Por um lado, o mercado geográfico deveria abranger, em termos globais, o Reino Unido, a França, a Bélgica, os Países Baixos, o Luxemburgo e a Alemanha. Por outro, o facto de os mercados em causa abrangerem diversos modos de transporte só teria sido tomado em consideração na parte da decisão relativa à concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Finalmente, segundo o Reino Unido, as partes num acordo que possuam uma parte do mercado inferior a 10% não exercem, em regra, nenhum poder no mercado, qualquer que seja a importância do seu volume de negócios, de modo que, abaixo desse limiar, só circunstâncias especiais podem tornar o objectivo ou efeito anticoncorrencial do acordo em questão suficientemente nocivo ou sensível.
- 89 A Comissão replica que a tese do Reino Unido, segundo a qual só uma parte do mercado de 10% é susceptível de justificar a aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, não tem qualquer apoio na jurisprudência.

Apreciação do Tribunal

- 90 Convém salientar liminarmente que, para apreciar os efeitos dos acordos ENS sobre a concorrência e o comércio entre Estados-Membros, a Comissão definiu, na

decisão impugnada, dois mercados de serviços relevantes, isto é, o mercado do transporte de pessoas em viagem de negócios, para as quais o transporte aéreo em voo regular e o transporte ferroviário de alta velocidade constituem modos de transporte alternativos (mercado «integrado» das viagens de negócios) e, por outro, o mercado do transporte de pessoas em viagens de recreio, para as quais os serviços alternativos podem incluir o avião em classe económica, o comboio, o autocarro e, eventualmente, o automóvel individual (mercado «integrado» das viagens de recreio) (pontos 26 e 27 da decisão).

- 91 Referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, Colect., p. 803), a Comissão considerou aliás que o mercado geográfico em causa deveria ser limitado às linhas efectivamente servidas pela ENS (decisão, pontos 28 e 29), ou seja:

— Londres-Amsterdão,

— Londres-Frankfurt/Dortmund,

— Paris-Glasgow/Swansea,

— Bruxelas-Glasgow/Plymouth.

- 92 Não tendo esta definição do mercado geográfico sido posta em causa pelas recorrentes, os acordos ENS só deveriam ter sido apreciados com base nos quatro mercados geográficos distintos acima referidos e exclusivamente no âmbito de um mercado integrado de vários meios de transporte, como o comboio, o avião, o autocarro e o automóvel. Deve examinar-se, neste quadro, se a Comissão avaliou correctamente as partes de mercado da ENS para daí concluir que os acordos ENS exerciam um efeito sensível sobre o comércio entre Estados-Membros, dado que,

segundo a notificação das recorrentes, estas partes de mercado não excedem o limiar crítico dos 5% e são, em qualquer caso, insignificantes.

93 O Tribunal faz notar, quanto a este aspecto, que a decisão impugnada não contém qualquer referência às partes de mercado da ENS, nem às partes de mercado dos outros operadores concorrentes da ENS, que estão igualmente presentes nos diferentes mercados integrados considerados pela Comissão mercados relevantes para efeitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. De onde resulta que, mesmo admitindo que, ao contrário do que sustentam as recorrentes, os acordos ENS são restritivos da concorrência, na falta desses elementos de análise do mercado relevante na decisão impugnada, o Tribunal não pode pronunciar-se sobre a questão de saber se as hipotéticas restrições à concorrência têm um efeito sensível sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros e se caem, por isso, sob a alçada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, tendo em conta designadamente a concorrência entre modos de transporte que, segundo a própria decisão, caracteriza os dois mercados de serviços em causa.

94 Foi só na fase do processo contencioso no Tribunal que a Comissão se referiu, pela primeira vez, à notificação das partes para sustentar que resulta desta que, «mesmo com base nas previsões modestas — e, por natureza, restritivas — da ENS, que se baseiam numa definição mais restrita do mercado, a parte da Night Services seria de 7% no segmento das viagens de negócios e de 8% no segmento das viagens de turismo». Além disso, foi também na fase escrita do processo contencioso que a Comissão alegou, pela primeira vez, que, relativamente ao mercado das viagens de negócios, se devia calcular a parte de mercado da ENS em relação aos voos do princípio da manhã e do fim da tarde, em vez de o ser em relação ao conjunto dos voos disponíveis em cada período de 24 horas num determinado trajecto, o que provaria que a parte de mercado da ENS é, de facto, muito mais importante.

95 Embora segundo jurisprudência constante, na fundamentação das decisões que é levada a tomar para assegurar a aplicação das regras da concorrência, a Comissão não seja obrigada a discutir todas as questões de facto e de direito e todas as

considerações que a levaram a tomar essa decisão, não é menos verdade que a Comissão está obrigada, nos termos do artigo 190.º do Tratado, a mencionar, pelo menos, os factos e as considerações que revestem uma importância essencial na economia da sua decisão, permitindo assim ao tribunal comunitário e às partes interessadas conhecer as condições em que aplicou o Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1995, Publishers Association/Comissão, C-360/92 P, Colect., p. I-23, n.º 39; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Novembro de 1997, Kaysersberg/Comissão, T-290/94, Colect., p. II-2137, n.º 150, e de 19 de Fevereiro de 1998, DIR International Film e o./Comissão, T-369/94 e T-85/95, Colect., p. II-357, n.º 117). Resulta, além disso, da jurisprudência que, salvo circunstâncias excepcionais, uma decisão deve incluir, no próprio corpo da decisão, a sua fundamentação e não pode ser fundamentada pela primeira vez e *a posteriori* perante o juiz comunitário (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlforening/Comissão, T-61/89, Colect., p. II-1931, n.º 131, de 21 de Março de 1996, Farrugia/Comissão, T-230/94, Colect., p. II-195, n.º 36, e de 12 de Dezembro de 1996, Rendo e o./Comissão, T-16/91 RV, Colect., p. II-1827, n.º 45).

96 Resulta desta referida jurisprudência que, quando uma decisão da Comissão que aplica o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado está viciada por omissões importantes, como é o caso da referência às partes de mercado das empresas em causa, a Comissão não pode remediar essa situação, invocando pela primeira vez no Tribunal dados e outros elementos de análise que permitam verificar que os elementos essenciais de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, estão efectivamente reunidos nesse caso, salvo se se tratar de elementos de análise não contestados por nenhuma das partes durante o procedimento administrativo prévio.

97 Ora, verifica-se pelas estimativas apresentadas pelas recorrentes na notificação que as partes de mercado da ENS não deviam exceder 4% e que só com base numa definição restrita do mercado é que essas partes poderiam eventualmente atingir 7% do mercado das viagens de negócios e 8% do mercado das viagens de recreio (v. ponto 2.1.2. do resumo da notificação), sem, no entanto, exercerem um efeito sensível sobre a concorrência. De onde resulta que, no que se refere aos efeitos dos acordos ENS sobre o comércio entre Estados-Membros, as recorrentes e a Comissão não partiam da mesma premissa, considerando as primeiras que os acordos em questão não tinham um efeito sensível sobre o comércio intracomunitário.

Em consequência, a Comissão era obrigada a fundamentar de modo suficiente a importância dos efeitos dos acordos ENS sobre o comércio interestatal.

98 Acrescente-se, por outro lado, que, ainda que fosse admissível que a Comissão viesse invocar pela primeira vez, no Tribunal, dados e outros elementos de análise para justificar a correcção da sua decisão, mesmo assim as conclusões retiradas pela Comissão da notificação das partes (v., *supra*, n.º 94) não são correctas. Com efeito, resulta do quadro 17 da notificação (p. 26), que as partes de mercado da ENS no segmento das viagens de negócios se situam abaixo dos 5% em todas as linhas em causa:

— Londres-Amsterdão	: 3%
— Londres-Frankfurt/Dortmund	: 3%
— Paris-Glasgow/Swansea	: 4%
— Bruxelas-Glasgow/Plymouth	: 1%.

99 Quanto ao segmento das viagens de recreio, resulta ainda do quadro 17 da notificação das partes que, em duas das quatro linhas que só a ENS assegura, a parte do mercado da ENS excede os 5%, sem atingir, de qualquer modo, o limiar dos 8% a que se refere a Comissão:

— Londres-Amsterdão	: 7%
— Londres-Frankfurt/Dortmund	: 6%
— Paris-Glasgow/Swansea	: 4%
— Bruxelas-Glasgow/Plymouth	: 4%.

100 Resulta igualmente da notificação que as partes de mercado da ENS no mercado das viagens de recreio deviam permanecer estáveis ou mesmo diminuir na perspectiva de um crescimento do conjunto do mercado e tendo em conta as possibilidades limitadas de aumento da capacidade da ENS. Ora, se é verdade que, como acabamos de recordar, a Comissão não é obrigada a discutir todas as questões de facto e de direito suscitadas no decurso do procedimento administrativo prévio à adopção da decisão impugnada, este último argumento das notificantes era essencial em apoio da tese do carácter insignificante dos efeitos dos acordos ENS sobre o comércio interestatal. Não se pode, portanto, concluir, como o fez a Comissão, que, segundo a notificação, a parte do mercado da ENS no mercado das viagens de recreio era de 8%, ou sequer que excedia 5%.

101 Saliente-se a este propósito que, se é verdade que nos pontos 2.1.2. do resumo da notificação e II.4. c.5.2.(d) da notificação, as partes afirmaram designadamente que a parte de mercado da ENS poderia eventualmente vir a atingir 7% no segmento das viagens de negócios e 8% no segmento das viagens turísticas, há que sublinhar que, segundo as notificantes, essas partes de mercado só deveriam ser assim consideradas no quadro de uma definição mais restrita do mercado, baseada em itinerários de «cidade a cidade» («city to city flows») e excluindo a concorrência residual dos automóveis e dos autocarros. Além disso, estas estimativas das partes reportar-se-iam a partes médias de um mercado geográfico global e não aos quatro itinerários efectivamente assegurados pela ENS e considerados justamente pela Comissão como sendo os diferentes mercados geográficos relevantes no quadro dos quais os acordos ENS deviam ser apreciados. De onde resulta que, não tendo a decisão impugnada, por um lado, definido os mercados em causa em relação a um tráfego «de cidade a cidade», mas em relação a um tráfego que inclui vários destinos (por exemplo, de Paris para Glasgow e Swansea) e, por outro, não tendo, de modo nenhum excluído da definição do mercado a concorrência residual dos automóveis e dos autocarros, e não tendo, finalmente, apreciado os efeitos dos acordos ENS com base num mercado geográfico global, mas com base nos quatro itinerários efectivamente assegurados pela ENS, a Comissão não podia ter optado pelas partes de mercado de 7% e 8% referidas.

102 De qualquer modo, mesmo que, como acabámos de verificar, a parte da ENS no mercado do transporte de turistas excedesse, de facto, 5% em determinadas linhas, elevando-se assim a 7% na rota Londres-Amsterdão e a 6% na rota Londres-

-Frankfurt/Dortmund (v., *supra*, n.º 94), há que recordar que, segundo a jurisprudência, um acordo pode escapar à proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado quando apenas afecta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a posição pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos ou dos serviços em causa (acórdão de 9 de Julho de 1969, Völk, 5/69, Colect. 1969-1970, p. 95, n.º 7). No que se refere ao aspecto quantitativo da influência no mercado, a Comissão alega que, em conformidade com a sua comunicação relativa aos acordos de pequena importância, já referida, o artigo 85.º, n.º 1, se aplica a um acordo quando a parte do mercado dos contratantes é de 5%. O Tribunal verifica, no entanto, que o simples facto de se atingir esse limiar ou mesmo de o exceder não permite concluir, com certeza, que um acordo fica abrangido pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, resulta do próprio texto do ponto 3 desta comunicação que «a definição quantitativa do carácter sensível, dada pela Comissão, não tem, contudo, valor absoluto» e que «é perfeitamente possível que, em casos concretos, acordos concluídos por empresas que excedem os limiares... indicados não afectem o comércio entre Estados-Membros ou a concorrência senão numa medida insignificante, não sendo, por consequência, abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85.º» (v. também o acórdão Langnese-Iglo/Comissão, já referido, n.º 98). Além disso, e a título puramente indicativo, deve observar-se que esta análise é corroborada pela comunicação da Comissão de 1997 relativa aos acordos de pequena importância (JO 1997, C 372, p. 13), que substituiu a comunicação de 3 de Setembro de 1986 acima citada, segundo a qual mesmo acordos que não são de pequena importância podem não ser abrangidos pela proibição de acordos, decisões e práticas concertadas devido aos seus efeitos exclusivamente positivos sobre a concorrência.

- 103 Nestas condições, o Tribunal entende que, num caso como o presente em que acordos horizontais entre empresas atingem ou excedem por pouco o limiar dos 5% considerado pela própria Comissão como o limiar crítico, susceptível de levar à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a Comissão é obrigada a explicar de modo suficiente as razões por que entende que esses acordos estão abrangidos pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. É por maioria de razão assim quando, como no presente caso, por um lado, como as recorrentes explicaram na sua notificação, a ENS tem de operar em mercados que são, em larga medida, dominados por outros meios de transporte, como o avião, e quando, por outro lado, como alegam as recorrentes colocando-se na perspectiva de um acréscimo da procura nos mercados relevantes e tendo em consideração as possibilidades limitadas de aumento da capacidade da ENS, as suas partes do mercado irão diminuir ou permanecer estáveis. Essa fundamentação era igualmente necessária no presente caso

pelo facto de que, como o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão *Musique Diffusion Française e o./Comissão*, já referido, um acordo é susceptível de exercer uma influência sensível sobre a corrente das trocas comerciais entre Estados-Membros, ainda que as partes do mercado das empresas recorrentes não excedam 3%, se estas partes de mercado forem superiores às de terceiros concorrentes (n.º 86).

104 Ora o Tribunal verifica que, no presente caso, essa fundamentação não existe.

105 Resulta do que acima se disse que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada de modo a permitir ao juiz comunitário pronunciar-se sobre as partes detidas pela ENS nos diversos mercados relevantes e, portanto, sobre os efeitos sensíveis dos acordos ENS no comércio entre Estados-Membros, de modo que a decisão deve ser anulada, com este fundamento.

A segunda vertente: quanto à apreciação dos efeitos restritivos dos acordos ENS sobre a concorrência

Argumentação das partes

106 As recorrentes sustentam que os acordos ENS não restringem a concorrência nem entre os fundadores, nem entre estes e a ENS, nem em relação a terceiros e que não há nenhum reforço das alegadas restrições à concorrência que resulte da presença de redes de empresas comuns no mercado ferroviário. Sustentam igualmente que os efeitos favoráveis resultantes dos acordos ENS são mais importantes do que as pretendidas restrições daí resultantes. A decisão estaria, pois, viciada por falta de fundamentação, ou, pelo menos, por erros manifestos de apreciação.

107 No que se refere, em primeiro lugar, às restrições da concorrência entre fundadores e entre estes e a ENS, as recorrentes alegam que, tendo em conta as importantes dificuldades com que se irão deparar as empresas de transporte ferroviário e a ENS, não se pode afirmar que poderá aparecer nesses mercados uma concorrência significativa entre as empresas de transporte ferroviário em torno dos novos serviços propostos pela ENS. A ENS e a EPS invocam, a este propósito, uma carta de Lazard Brothers, de 27 de Abril de 1992, enviada à BR (anexo 7 da notificação), da qual se depreenderia que nenhuma das empresas de transporte ferroviário teria assumido sozinho esses riscos — o que a própria Comissão teria reconhecido na sua decisão. Além disso, a aquisição do material circulante implicaria diversos custos fixos, de um tal montante que uma empresa só poderia ter lucros se a sua produção atingisse um volume mínimo do nível que a ENS espera realizar. Individualmente, nenhuma das empresas de transporte ferroviário teria podido aumentar o volume dos seus serviços de modo a atingir essa quantidade mínima.

108 Quanto a este aspecto, a UIC e a NS acrescentam que não pode haver restrições à concorrência potencial entre as partes nos acordos ENS, posto que, segundo a Directiva 91/440, nenhuma das empresas de transporte ferroviário está em condições de assegurar por si só qualquer das linhas em causa, mas é obrigada a participar num agrupamento internacional. Por exemplo, a linha Londres-Amsterdão não poderia ter sido assegurada pela SNCF e pela EPS sem a participação da NS. Sendo a EPS e a NS «parceiros obrigatórios» em qualquer agrupamento internacional que assegure esta linha, a participação suplementar da SNCF, que não seria um concorrente actual nem potencial da NS ou da EPS na linha em causa não poderia, portanto, constituir uma restrição à concorrência. Quanto ao facto de a ENS assegurar uma linha cujo ponto de destino se situa na Bélgica, sem que a empresa ferroviária belga, a SNCB, participe nos acordos ENS, as recorrentes sublinham que o facto de a SNCB ter que fornecer à ENS «serviços indispensáveis» resulta de uma decisão puramente comercial e não de uma obrigação imposta pelo direito comunitário.

109 Se as quatro linhas asseguradas pela ENS devessem ser consideradas como constituindo quatro mercados geográficos distintos (decisão, n.º 29), isso teria como consequência que as quatro ligações também não poderiam ser consideradas como estando em concorrência recíproca, pelo que a exploração combinada dessas quatro ligações por um único agrupamento não poderia constituir uma restrição à concorrência.

110 A tese de que os acordos ENS restringem a concorrência entre as partes nos acordos e novas empresas ferroviárias, incluindo filiais de empresas existentes seria igualmente infundada. Posto que se trataria, nesse caso, de empresas novas, esta consideração seria efectivamente impertinente no quadro da análise de eventuais restrições à concorrência entre empresas participantes. A afirmação de que os fundadores poderiam criar fora do seu país de estabelecimento, em países onde a ENS está presente, filiais que poderiam adquirir o estatuto de «empresas de transporte ferroviário» na acepção da Directiva 91/440, e com as quais nenhuma das empresas de transporte ferroviário em causa poderia organizar transportes nocturnos através de um agrupamento que excluísse qualquer outro participante da ENS, seria meramente hipotética. Por um lado, nenhuma das empresas de transporte ferroviário que participam na ENS possui efectivamente essas filiais. Por outro, as empresas ferroviárias não teriam a possibilidade de criar filiais com o estatuto de empresas de transporte ferroviário nos Estados-Membros onde estão estabelecidas outras empresas de transporte ferroviário, pelo menos antes de entrarem em vigor as duas propostas de directiva que completam o quadro regulamentar da Directiva 91/440. Aliás, mesmo que esse quadro legal já existisse, seria totalmente irrealista, numa perspectiva comercial, pensar que a DB, por exemplo, criaria a sua própria empresa ferroviária nos Países Baixos para explorar com a EPS uma ligação ferroviária nocturna entre o Reino Unido e Amsterdão sem passar pela NS. De qualquer modo, as conclusões da Comissão prestar-se-iam tanto mais a contestação quanto a cooperação no interior da ENS não é exclusiva, não havendo nada nos acordos ENS que impeça os participantes de entrarem num agrupamento concorrente da ENS.

111 A SNCF acrescenta a este propósito que, ao contrário do que sustenta a Comissão, a possibilidade, para as companhias ferroviárias, de criarem filiais noutro Estado-Membro para constituírem com elas agrupamentos não existe, porque existem monopólios legais nos Estados-Membros e porque não existe legislação do Conselho que confira esse direito de estabelecimento. Por outro lado, a participação de várias empresas ferroviárias nos acordos ENS não teria consequências, uma vez que operam em eixos distintos e não estão, portanto, em situação de concorrência em cada um dos outros mercados geográficos considerados. Finalmente, a SNCF sublinha que os riscos financeiros ligados à constituição da ENS não são suportáveis por uma única empresa, como a própria Comissão admite no ponto 63 da sua decisão.

112 Do mesmo modo, o argumento da Comissão de que cada empresa ferroviária poderia desempenhar o papel de «operador de transporte» ferroviário fora do seu país de estabelecimento, através da compra às empresas em causa dos serviços ferroviários indispensáveis, assentaria numa descrição pouco realista do mercado e seria incompatível com o regime instituído pela Directiva 91/440. Não faria, assim, sentido, por exemplo, imaginar que a DB teria interesse em criar uma estrutura especial e em negociar direitos de acesso com o gestor da infra-estrutura britânica, a SNCF e a NS, para criar uma ligação ferroviária nocturna entre Amsterdão e Londres. Esse comportamento não seria, aliás, comercialmente possível, não dispondo nenhuma das partes nos acordos ENS de meios financeiros e comerciais suficientes para tal.

113 O raciocínio da Comissão basear-se-ia igualmente numa descrição do mercado incompatível com o regime da Directiva 91/440. Com efeito, ao efectuar uma distinção artificial entre as empresas de transporte ferroviário e uma nova categoria hipotética de participantes no mercado, chamados «operadores de transporte», a Comissão teria criado direitos de acesso e trânsito não previstos pela directiva. A análise da Comissão levaria, aliás, a considerar que qualquer formação de um agrupamento internacional restringe, por si só, a concorrência, pelo simples facto de que os seus participantes teriam podido criar um outro agrupamento. Este raciocínio seria tanto mais inaceitável quanto seria impossível, para as empresas de transporte ferroviário participantes, determinar como é que os serviços da ENS deverão ser estruturados após o termo da isenção concedida, o que tem como efeito desencorajar outras iniciativas das empresas ferroviárias da Comunidade em matéria de novos serviços internacionais de transporte.

114 Em segundo lugar, no que se refere a alegadas restrições ao acesso de terceiros (pontos 46 a 48 da decisão impugnada), as recorrentes sustentam que a análise da Comissão está viciada por erros de facto e de direito. Primeiro, a possibilidade de exclusão de terceiros deveria ser apreciada em relação aos mercados integrados em causa nos quais a empresa comum irá operar e nos quais, segundo os pontos 26 e 27 da decisão, existem outros meios de transporte alternativos. Ora, a análise em questão basear-se-ia numa outra definição de mercado, isto é, o mercado de fornecimento de serviços ferroviários indispensáveis, que é diferente da definição expressamente escolhida na decisão.

- 115 Segundo, a apreciação da Comissão basear-se-ia na premissa, errada, de que a ENS deve ser considerada como um «operador de transporte» ao qual as sociedades-mãe fornecem serviços ferroviários. Ora, a ENS é, não um operador de transporte, mas um agrupamento internacional de empresas de transporte ferroviário na acepção da Directiva 91/440, constituído com o objectivo de permitir às suas empresas fundadoras fornecer prestações de transporte internacional de passageiros, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da directiva. O facto de as sociedades-mãe terem optado por um agrupamento sob a forma de sociedade é irrelevante para efeitos da caracterização jurídica da ENS. Assim, ao contrário do que sustenta a Comissão, uma vez que as empresas fundadoras fornecem, elas próprias, através do agrupamento em causa, prestações de transporte de passageiros, não pode existir um mercado a montante de fornecimento de serviços ferroviários a operadores e um outro mercado distinto, no qual operaria a ENS, como se afirma na decisão. Em qualquer caso, as conclusões da Comissão assentariam no pressuposto errado de que um «operador de transporte», qualquer que seja a sua natureza (por exemplo, uma cadeia hoteleira) pode pedir o fornecimento da locomotiva.
- 116 Terceiro, o argumento da Comissão basear-se-ia na hipótese errada de que a EPS é uma filial a 100% da BR e/ou do gestor de infra-estrutura britânico Railtrack e que ocupa uma posição dominante no Reino Unido, quando, na realidade, a EPS foi cedida pela BR ao Governo do Reino Unido (v., *supra*, n.º 11) e a sua posição está longe de ser dominante em qualquer mercado. Com efeito, a EPS teria lembrado à Comissão, na sua carta de 30 de Junho de 1994 (anexo 9 à petição inicial), que não é nem proprietária nem gestora de infra-estruturas e que só tem acesso às linhas horárias que lhe estão reservadas e de que necessita na rede do Reino Unido, que representam uma pequena parte das linhas horárias nos trajectos em causa. Do mesmo modo, a EPS só emprega pouco pessoal ferroviário e o seu parque de locomotivas é reduzido. De onde resultaria que a EPS não está em posição dominante quanto ao acesso à infra-estrutura da rede britânica.
- 117 Quarto, a Comissão não teria explicado como é que o alegado poder económico das empresas de transporte ferroviário participantes constitui, enquanto tal, um obstáculo ao acesso de terceiros ao mercado. Com efeito, o argumento baseado na existência de concorrentes actuais ou potenciais, bem como no prejuízo que seria

causado à concorrência nos mercados a montante pelas alegadas relações privilegiadas entre as empresas de transporte ferroviário e a ENS é meramente especulativo. Mesmo que as empresas de transporte ferroviário sejam as únicas a possuir locomotivas e ainda que cada uma delas recuse fornecer locomotivas a um novo operador, o efeito nos mercados em causa, correctamente definidos, seria, de facto, mínimo. Por outro lado, segundo a Directiva 91/440, as empresas de transporte ferroviário participantes são, de qualquer modo, obrigadas, na sua qualidade de gestoras de infra-estruturas, a fornecer determinados serviços a terceiros. Além disso, a aquisição de locomotivas (designadamente usadas) por locação, *leasing* ou qualquer outro meio não representa nenhum investimento de grande monta para terceiros e nada permite à Comissão presumir que só as empresas ferroviárias em causa possuem esses meios ou que qualquer novo candidato teria dificuldades em obtê-los. Seria possível, além disso, em vez de encomendar locomotivas novas ou especiais, adaptar as locomotivas existentes a fim de as tornar aptas à circulação no túnel do canal da Mancha. Em qualquer caso, o simples facto de a criação de uma empresa comum necessitar de determinados investimentos importantes em capital não pode ser considerado como uma barreira à entrada no mercado. Quanto à referência feita pela Comissão nos articulados por ela apresentados ao efeito de exclusão que derivaria da convenção de utilização do túnel do canal da Mancha, as recorrentes sustentam que esta convenção foi objecto de uma isenção concedida pela Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado e sublinham que as linhas horárias a utilizar pela ENS são uma parte das linhas reservadas pela convenção Eurotunnel à SNCF e à BR, de modo que o número de linhas reservadas a terceiros não é diminuído.

- 118 Em terceiro lugar, relativamente aos efeitos restritivos devidos à existência de uma rede de empresas comuns, as recorrentes sublinham que essas outras empresas comuns operam em mercados de produtos ou de serviços diferentes do mercado em que a ENS operará, isto é, o mercado do transporte combinado de mercadorias e o mercado do transporte ferroviário de veículos, e que não exercem actividades concorrentes nem sequer complementares. Ora a decisão não conteria qualquer análise do modo como a alegada existência de uma rede de empresas comuns ferroviárias afecta a concorrência no mercado do transporte de passageiros e estaria, além disso, em contradição com os princípios defendidos pela Comissão na sua comunicação de 1993.

- 119 Por último, no que diz respeito à apreciação global dos efeitos dos acordos ENS, a ENS e a EPS alegam que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, LTM, 56/65, Colect. 1965-1968, p. 381; de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423; Metro/Comissão, já referido; de 8 de Junho de 1982, Nungesser e Eisele/Comissão, 258/78, Recueil, p. 2015; de 28 de Janeiro de 1986, Pronuptia, 161/84, Colect., p. 353, e de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935), os efeitos favoráveis de um acordo sobre a concorrência devem ser ponderados em relação aos efeitos anticoncorrenciais. Se os efeitos favoráveis à concorrência forem mais importantes do que os efeitos anticoncorrenciais e se estes últimos forem necessários à aplicação do acordo, este não pode considerar-se como tendo por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do mercado comum, para efeitos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 120 As recorrentes sustentam, quanto a este aspecto, que os acordos em questão contribuem largamente para favorecer a concorrência nos dois mercados de serviços em causa, tal como estes são definidos nos pontos 26 e 27 da decisão. O mercado do transporte de passageiros em viagens de negócios, por exemplo, para destinos assegurados pela ENS seria dominado por um reduzido número de companhias aéreas, que, segundo o estudo do fluxo internacional de passageiros (International Passenger Survey) efectuado pelo Office of Population Censures and Surveys, detinham 74% deste mercado em 1991. A ENS teria demonstrado igualmente, na sua notificação, que podia vir a obter 7% deste mercado, quando as companhias aéreas deverão deter 78%, pelo que a criação da ENS atenua, em certa medida, o domínio do mercado pelas transportadoras aéreas. A Comissão teria, aliás, admitido que a situação era a mesma no mercado das viagens de turismo. Em última análise, os efeitos favoráveis dos acordos em causa são, portanto, mais importantes do que qualquer efeito anticoncorrencial hipotético.
- 121 A Comissão explica que o facto de os participantes na ENS terem assumido riscos comerciais consideráveis e suportado custos elevados não significa que uma concorrência importante entre as empresas de transporte ferroviário em causa no mercado relevante seja improvável. Segundo a Comissão, uma empresa ferroviária estabelecida num Estado-Membro tem direito a constituir um agrupamento internacional com outra empresa ferroviária estabelecida noutra Estado-Membro, adquirindo à Eurotunnel, na qualidade de gestora da infra-estrutura, as linhas horárias necessárias para atravessar o túnel do canal da Mancha, a fim de explorar

serviços de transportes internacionais (decisão, ponto 42). Além disso, qualquer empresa ferroviária parte no acordo ENS pode colocar-se ela própria em situação de «operador de transporte» e criar uma filial que, através da aquisição às empresas em causa dos serviços ferroviários indispensáveis, poderia igualmente explorar serviços internacionais de transporte (decisão, pontos 43 e 44). Ao concederem a exploração e a comercialização destes serviços à sua empresa comum ENS, as recorrentes restringem consideravelmente as possibilidades de concorrência no mercado em causa (decisão, ponto 45). Finalmente, a prova de que a possibilidade, para uma empresa ferroviária parte nos acordos ENS, de criar uma filial no Reino Unido e/ou noutros Estados-Membros não é irrealista nem ilusória seria dada pela decisão da empresa ferroviária alemã DB de formar uma empresa comum com os caminhos-de-ferro austríacos, a fim de explorar serviços nocturnos entre as cidades suíças, alemãs e austríacas.

- 122 Quanto ao facto de cada uma das recorrentes ser um parceiro obrigatório na exploração das linhas servidas pela ENS, a Comissão riposta que a ENS não é uma empresa ferroviária na acepção da Directiva 91/440, mas um «operador de transporte» que adquire os serviços ferroviários necessários às empresas de transporte ferroviário. Além disso, o facto de a linha Bruxelas-Glasgow/Plymouth dever ser explorada pela ENS, embora a SNCB não seja parte no acordo, demonstra que a participação de cada uma das quatro empresas de transporte ferroviário estabelecidas nos Estados-Membros em causa não era uma condição *sine qua non* da exploração desses serviços.
- 123 Relativamente ao argumento das recorrentes de que não seria possível, para as empresas de transporte ferroviário em causa, criar filiais com o estatuto de empresas de transporte ferroviário nos diferentes Estados-Membros e constituir assim outros agrupamentos internacionais em concorrência com a ENS, a Comissão alega que não existe nenhum obstáculo jurídico que impeça as empresas ferroviárias de se estabelecerem noutros Estados-Membros. O princípio da liberdade de estabelecimento do artigo 52.º do Tratado tornou-se plenamente aplicável desde o termo do período de transição, de modo que o facto de o Conselho não ter ainda adoptado, na altura em que foi publicada a decisão impugnada, a proposta de directiva relativa às autorizações das empresas de transporte ferroviário seria irrelevante, uma vez que o objectivo dessa directiva era apenas o de facilitar o exercício

do direito de estabelecimento, e não o de conferir tal direito (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1974, Reyners, 2/74, Colect., p. 325).

124 Quanto ao argumento das recorrentes de que o quadro jurídico criado pela Directiva 91/440 não permite às empresas de transporte ferroviário criar uma filial na qualidade de operador de transporte, a Comissão salienta que, se é verdade que esta directiva só se aplica às empresas de transporte ferroviário cuja actividade principal consista na prestação de serviços de transporte de mercadorias e/ou de passageiros por caminho-de-ferro, devendo a tracção ser obrigatoriamente assegurada por essa empresa (artigo 3.º), não é menos verdade que os operadores de transporte que não têm eles próprios o estatuto de empresa de transporte ferroviário na acepção do artigo 3.º desta directiva, e que não dispõem assim do direito de acesso à infra-estrutura ferroviária, podem, no entanto, oferecer serviços de transporte de mercadorias por caminho de ferro e/ou outros serviços, adquirindo às empresas de transporte ferroviário os serviços de tracção e o direito de acesso à infra-estrutura ferroviária. Seria precisamente assim que operaria a ACI relativamente ao transporte combinado e a ENS relativamente ao transporte de passageiros.

125 A Comissão sublinha a este propósito que já defendeu esta tese nas cartas que enviou às notificantes em 29 de Outubro de 1993 (documento n.º 4 junto à contestação) e em 28 de Fevereiro de 1994 e que, depois de ter consultado as empresas de transporte ferroviário que fazem parte da ENS, o presidente da ENS, por carta de 13 de Abril de 1994, dirigida à Comissão (documento n.º 6 junto à contestação), confirmou o acordo das suas empresas para fornecimento de serviços nocturnos aos concorrentes da ENS nas mesmas linhas.

126 Quanto ao facto de os acordos ENS não conterem nenhuma cláusula de exclusividade e não impedirem, por conseguinte, as empresas ferroviárias interessadas de constituírem agrupamentos internacionais diferentes capazes de competir com a ENS, a Comissão sublinha que essa hipótese é altamente improvável, dado que, no decurso do procedimento administrativo, as empresas de transporte ferroviário em causa insistiram na necessidade de conjugar as suas experiências e os seus recursos financeiros para assegurar o sucesso comercial da ENS.

- 127 A Comissão contesta, a seguir, que tenha apreciado incorrectamente os efeitos restritivos do acordo ENS sobre os terceiros e remete, quanto a este aspecto, para os pontos 46 a 48 da decisão impugnada. A Comissão entende que, se a formação da ENS não cria restrições ao acesso de terceiros aos outros modos de transporte, que são alternativos dos serviços prestados pela ENS, o acesso das empresas ferroviárias e dos operadores de transporte ao segmento ferroviário do mercado relevante poderia, porém, ser entravado, pelo facto de a ENS ser constituída por empresas de transporte ferroviário poderosas que controlam tanto a utilização da infra-estrutura ferroviária como o abastecimento em serviços de tracção. Segundo a Comissão, não é indispensável que esse entrave ao acesso se produza em relação a cada segmento do mercado, quando se trata, como no presente caso, de um mercado complexo. Acrescenta que o facto de a convenção Eurotunnel, assinada entre a Eurotunnel, a BR e a SNCF, ter sido objecto de uma decisão de isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado não retira pertinência à avaliação da posição económica da EPS e da SNCF, que detêm 75% das linhas horárias reservadas aos comboios internacionais no túnel do canal da Mancha.
- 128 Relativamente às restrições da concorrência decorrentes do fornecimento à ENS de serviços ferroviários indispensáveis, a Comissão reconhece que, relativamente às linhas horárias, os agrupamentos internacionais podem, nos termos da directiva, adquirir directamente aos gestores de infra-estrutura acesso à infra-estrutura. Tal não seria, porém, aplicável aos operadores de transporte tanto em relação às linhas horárias como em relação ao fornecimento da tracção e do pessoal qualificado. Com efeito, tendo em conta que a tracção só pode ser assegurada pelas empresas de transporte ferroviário e que estas empresas detêm tanto as locomotivas destinadas à tracção no túnel do canal da Mancha como o pessoal especializado capaz de as pôr em funcionamento, justificar-se-ia a conclusão de que operadores económicos que tentassem obter serviços semelhantes ficariam em desvantagem, se não os obtivessem em condições não discriminatórias às sociedades-mãe da ENS.
- 129 Relativamente à participação das empresas fundadoras numa rede de empresas comuns, a Comissão sustenta que esta rede é uma rede de exploração de serviços de transporte de mercadorias e de passageiros, isto é, a empresa Intercontainer, de que são membros todas as empresas notificantes, a empresa ACI, criada pela BR, a SNCF e Intercontainer e, por último, a empresa Autocare Europe. O argumento de que as empresas comuns de transporte combinado de mercadorias e de trans-

porte ferroviário de veículos automóveis não influenciariam os serviços nocturnos de transporte de passageiros como os que a ENS explora não teria fundamento, uma vez que, segundo a comunicação de 1993, o jogo da concorrência é mais gravemente afectado quando se multiplicam as empresas comuns criadas para produtos ou serviços complementares ou diferentes entre parceiros concorrentes de um mesmo sector com estrutura oligopolística.

130 A Comissão contesta, por último, o argumento de que os acórdãos a que as recorrentes se referem lhe imponham uma obrigação de aplicar uma «regra de razoabilidade» («rule of reason») e que aprecie os efeitos positivos e negativos do acordo em causa sobre a concorrência. Esta abordagem só deveria ser adoptada no quadro do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado e não para efeitos da apreciação das restrições à concorrência no quadro do n.º 1 do mesmo artigo 85.º

131 O Reino Unido, interveniente, sustenta, em primeiro lugar, que, no quadro da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado aos acordos ENS, a Comissão não teve em conta o contexto económico e designadamente a concorrência existente sem esses acordos. Os acordos ENS não restringiriam a concorrência, uma vez que foram concebidos para permitir e facilitar o lançamento de um serviço que não existe actualmente e que nenhuma empresa poderia, com razoabilidade, criar sozinha.

132 Diferentes passagens da fundamentação da decisão controvertida comprovariam aliás a natureza favorável à concorrência dos acordos ENS, a novidade do serviço oferecido, os riscos financeiros importantes que implica, a justificação, tanto financeira como técnica, de uma colaboração, a conjugação do *know how* e a necessidade de esperar vários anos até que os investimentos sejam rentáveis (pontos 59, 61, 63, 64 e 74 a 77 da decisão). O facto de estas afirmações só constarem da parte da decisão respeitante à isenção dos acordos ENS e não da parte respeitante à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado seria, pois, significativo.

- 133 Por outro lado, a decisão impugnada não explica de modo bastante como é que as sociedades-mãe da ENS estão em concorrência ou poderiam verdadeiramente estar em concorrência no mercado em causa. A decisão impugnada não explicaria a verosimilhança dessa concorrência, o que comprovaria que a Comissão ou não procedeu à necessária análise do contexto económico ou não observou o disposto no artigo 190.º do Tratado.
- 134 Em resposta ao Reino Unido, a Comissão observa que, se a análise de um acordo deve ter em conta o seu contexto económico, tal não significa, porém, que seja necessário recorrer à «regra da razoabilidade», conceito que o Tribunal de Justiça teria recusado utilizar até hoje. Esta conclusão não seria infirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1994, DLG (C-250/92, Colect., p. I-5641), que só se refere à validade das restrições acessórias no quadro particular das organizações cooperativas e não pode, portanto, considerar-se como a expressão de um princípio geral. Em consequência, segundo a Comissão, a ponderação das vantagens e dos inconvenientes de um acordo sobre a concorrência seria necessária para a concessão de isenções ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, mas não para apreciar restrições à concorrência na acepção do n.º 1 do mesmo artigo 85.º, que, ao contrário do que alega o Reino Unido, teriam sido largamente desenvolvidas na decisão.

Apreciação do Tribunal

- 135 O Tribunal salienta que, segundo a decisão impugnada, os acordos ENS têm efeitos restritivos da concorrência actual e potencial, em primeiro lugar, entre os fundadores, em segundo lugar, entre estes e a ENS, em terceiro lugar, face a terceiros, e, em quarto lugar, que essas restrições são agravadas ainda mais pela existência de uma rede de empresas comuns criada pelos fundadores.
- 136 Antes de examinar os argumentos das partes quanto à correcção da análise da Comissão a respeito das restrições à concorrência, o Tribunal recorda, liminarmente, que a apreciação de um acordo ao abrigo do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado

deve ter em conta o quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e designadamente o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa (acórdãos do Tribunal de Justiça *Delimitis*, já referido, DLG, já referido, n.º 31, de 12 de Dezembro de 1995, *Oude Luttikhuis e o.*, C-399/93, *Colect.*, p. I-4515, n.º 10; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1997, VGB e o./Comissão, T-77/94, *Colect.*, p. II-759, n.º 140), salvo se se tratar de um acordo com restrições manifestas à concorrência como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, *Tréfilunion/Comissão*, T-148/89, *Colect.*, p. II-1063, n.º 109). Com efeito, neste último caso, só no quadro do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado é que essas restrições podem ser ponderadas face aos efeitos alegadamente favoráveis à concorrência, para efeitos de concessão de uma isenção da proibição constante do n.º 1 do mesmo artigo.

- 137 Deve sublinhar-se igualmente que a análise das condições de concorrência assenta não só na concorrência actual das empresas já presentes no mercado em causa, mas também na concorrência potencial, a fim de saber se, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico em que se enquadra o seu funcionamento, existem possibilidades reais e concretas de as empresas envolvidas competirem entre si, ou de um novo concorrente entrar no mercado em causa e fazer concorrência às empresas já estabelecidas nesse mesmo mercado (acórdão *Delimitis*, já referido, n.º 21). Acrescente-se a este respeito que, segundo a comunicação da Comissão de 1993 relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85.º do Tratado, «Só pode existir uma relação de concorrência potencial se cada um dos fundadores estiver em condições de desempenhar sozinho as funções confiadas à empresa comum, não perdendo esta capacidade com a criação da empresa comum. Na apreciação dos casos concretos, deverá ser adoptada uma abordagem económica realista» (ponto 18 da comunicação).

- 138 É à luz destas considerações que deve, em consequência, ser examinada a justeza da apreciação, efectuada pela Comissão, dos efeitos restritivos dos acordos ENS.

— Quanto às restrições da concorrência entre fundadores

139 O Tribunal verifica que, tal como resulta dos autos, as empresas de transporte ferroviário dos Estados-Membros não estavam, antes da adopção da Directiva 91/440, em concorrência actual ou potencial, e isto porque existiam direitos exclusivos que impediam, de direito e de facto, na maioria dos Estados-Membros, a prestação de serviços de transporte internacional de passageiros e o acesso à infra-estrutura (rede nacional). Como as partes sublinharam, antes da adopção desta directiva, era unicamente com base nos acordos de cooperação tradicionais entre as empresas de transporte ferroviário que operavam nas diferentes redes que esses serviços eram fornecidos na Comunidade. Porém, após a adopção da Directiva 91/440, as condições de concorrência no mercado ferroviário alteraram-se, de modo que as empresas de transporte ferroviário que operam nas redes nacionais se transformaram, em certa medida, em concorrentes potenciais no domínio do transporte internacional de passageiros, desde que formem «agrupamentos internacionais» com outras empresas ferroviárias estabelecidas em Estados-Membros diferentes, com vista a fornecer serviços de transporte internacionais entre esses Estados-Membros (artigos 3.º e 10.º da directiva).

140 O Tribunal faz notar que resulta dos argumentos da Comissão que a possibilidade de fornecer serviços de transporte internacional, por intermédio de agrupamentos internacionais, não está aberta apenas às empresas ferroviárias existentes, mas também às novas empresas ferroviárias, incluindo filiais de empresas ferroviárias existentes e que foi a partir desta premissa que a Comissão considerou que os acordos ENS restringiam a concorrência entre fundadores, dado que a) cada uma das partes nos acordos ENS podia constituir um agrupamento quer com uma empresa estabelecida no Reino Unido quer com a sua própria filial britânica, fazendo assim concorrência à ENS, b) cada parte nos acordos ENS podia criar uma filial especializada na qualidade de «operador de transporte» e adquirir às empresas partes nos acordos ENS os mesmos serviços ferroviários indispensáveis que estes vendiam à ENS e c) cada empresa ferroviária podia colocar-se, ela própria, em situação de operador de transporte e explorar os serviços internacionais de comboios nocturnos adquirindo às empresas de transporte ferroviário em causa os serviços ferroviários indispensáveis.

141 Relativamente à possibilidade de cada parte nos acordos ENS constituir um agrupamento quer com uma empresa estabelecida no Reino Unido, quer com a sua própria filial britânica a constituir, fazendo assim concorrência à ENS, saliente-se, em primeiro lugar, que, dado que segundo o artigo 10.º da Directiva 91/440, uma linha internacional só poder ser assegurada por um agrupamento internacional constituído pelas empresas de transporte ferroviário estabelecidas em cada um dos países em causa, os únicos «parceiros obrigatórios» para constituir um tal agrupamento internacional em cada linha são necessariamente as empresas de transporte ferroviário estabelecidas em cada um dos Estados em causa. Como as recorrentes sublinharam, por exemplo a propósito da linha Londres-Amsterdão, na altura dos factos, os únicos parceiros obrigatórios eram a NS e a EPS, de modo que a participação da SNCF e da DB neste agrupamento não podia ter quaisquer efeitos na concorrência actual, porque, no contexto estabelecido pela Directiva 91/440, nenhuma destas duas empresas ferroviárias podia entrar em concorrência com a EPS e a NS nessa linha. O mesmo acontecia em relação a cada uma das outras três linhas efectivamente servidas pela ENS (v., *supra*, n.º 9). De onde se conclui que a exploração em comum das quatro linhas em causa pela EPS, pela DB, pela SNCF e pela NS não pode ter como efeito restringir sensivelmente a concorrência actual entre os fundadores.

142 Quanto às restrições à concorrência potencial resultantes do facto de cada uma das empresas fundadoras poder criar filiais nos Estados-Membros dos outros fundadores e constituir quer com as suas próprias filiais quer com outras empresas ferroviárias estabelecidas nos outros Estados-Membros agrupamentos internacionais, em concorrência directa com a ENS, o Tribunal entende que se está, nesse caso, perante uma hipótese que nenhum facto vem sustentar, tal como nenhuma análise das estruturas do mercado relevante permite concluir que se trata de uma possibilidade real e concreta. Com efeito, nem a decisão impugnada nem os autos contêm indicações sobre a existência de empresas ferroviárias que possuam noutros Estados-Membros filiais que tenham, elas próprias, o estatuto de empresa de transporte ferroviário, comprovando um exercício efectivo da liberdade de estabelecimento no mercado ferroviário comunitário.

143 Sublinhe-se, a este propósito, que, no quadro das medidas de organização processual por ele ordenadas, o Tribunal convidou a Comissão a indicar se empresas ferroviárias estabelecidas nos Estados-Membros possuem filiais com o estatuto de empresa de transporte ferroviário, na acepção da Directiva 91/440, noutros

Estados-Membros e, em caso de resposta afirmativa, a precisar quais as empresas ferroviárias criadas após a entrada em vigor da Directiva 91/440. Na resposta, a Comissão reconheceu que não tinha conhecimento de outras filiais criadas nem antes nem depois da adopção da Directiva 91/440 pelas empresas fundadoras da ENS, reiterando no entanto a sua tese de que o direito de estabelecimento é conferido directamente a qualquer empresa ferroviária interessada pelo artigo 52.º do Tratado.

144 O Tribunal entende que este argumento da Comissão de que não existe, em teoria, nenhum obstáculo jurídico que impeça as empresas ferroviárias de se estabelecerem num Estado-Membro diferente do da sua sede social, não tem em conta o contexto económico e as características do mercado relevante tal como estas resultam dos autos e não é, pois, bastante, por si só, para demonstrar a existência de restrições à concorrência potencial entre fundadores e entre estes e a ENS.

145 Tal como as recorrentes expuseram largamente nos seus articulados, se se tiver presente a novidade dos serviços de transporte ferroviário nocturno em causa e os seus aspectos particulares, não é realista imaginar que os fundadores procedam à criação de outras filiais noutros Estados-Membros com o estatuto de empresa de transporte ferroviário, com o objectivo único de formar uma nova empresa comum para fazer concorrência à ENS. O custo proibitivo do investimento requerido para esse tipo de serviços que utilizam o túnel do canal da Mancha e a falta de economias de escala resultante da exploração de uma única linha ferroviária, ao contrário do que acontece com as quatro linhas exploradas em comum pela ENS demonstram, com efeito, a natureza pouco realista da concorrência potencial entre os fundadores e entre estes e a ENS. Acresce que, como resulta dos autos, na sequência da publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* da comunicação da Comissão convidando as partes interessadas a apresentarem-lhe as suas observações sobre os acordos ENS, tal como estes foram resumidos nessa publicação, nenhum terceiro interessado se manifestou durante o procedimento administrativo apresentando observações enquanto concorrente potencial, eventualmente afectado ou atingido pela aplicação dos acordos ENS (v., *supra*, n.º 17). Finalmente, a existência, no caso em apreço, de concorrentes quer actuais quer potenciais da ENS pode igualmente ser seriamente posta em dúvida tendo em conta o facto de que, como a Comissão admitiu nas respostas às perguntas escritas do Tribunal, nenhuma filial foi criada,

até à presente data, por empresas ferroviárias comunitárias noutros Estados-Membros nem antes nem depois da adopção da Directiva 91/440.

- 146 Com base em quanto precede, o Tribunal considera que a apreciação da Comissão de que os acordos ENS são susceptíveis de reduzir sensivelmente a concorrência actual e/ou potencial entre os fundadores e entre estes e a ENS padece de falta de fundamentação e/ou está viciada por erro de apreciação.
- 147 Relativamente às restrições à concorrência entre fundadores, pelo facto de cada uma das empresas de transporte ferroviário parte nos acordos ENS poder ou criar uma empresa especializada na qualidade de operador de transporte, ou colocar-se ela própria em situação de operador de transporte e competir com a ENS, adquirindo às empresas de transporte ferroviário em causa os mesmos serviços ferroviários indispensáveis, o Tribunal entende que esta apreciação da Comissão se funda igualmente, numa análise do mercado que não corresponde à realidade. Com efeito, a Comissão parte da ideia de que, no mercado do transporte ferroviário de passageiros, existe, a par das empresas de transporte ferroviário, uma outra categoria de operadores económicos, a dos operadores de transporte, que forneceriam o mesmo serviço que as empresas de transporte ferroviário, isto é, o transporte de passageiros, mas comprando ou alugando a estas os «serviços ferroviários indispensáveis», isto é, as locomotivas, o pessoal de serviço e o acesso à infra-estrutura. Sendo a sociedade ENS, segundo a decisão, um operador de transporte, poderia estar sujeita à concorrência quer de filiais especializadas, na qualidade de operadores de transporte, criadas pelas empresas de transporte ferroviário, quer destas actuando directamente no mercado nesta qualidade, de modo que a sua criação implicaria uma restrição à liberdade das partes de operar individualmente, enquanto operador de transporte, no mercado em causa.
- 148 Porém, o exame desta apreciação da Comissão pressupõe que se responda à questão de saber se, para além dos agrupamentos internacionais a que se refere a Directiva 91/440, os serviços internacionais de transporte de passageiros são igualmente fornecidos por operadores de transporte. Tendo esta questão sido levantada

pelas recorrentes no quadro do segundo fundamento por elas invocado, será nesse quadro que iremos examiná-la (v., *infra*, n.ºs 161 a 189).

— Quanto às restrições à concorrência face a terceiros

- 149 O Tribunal recorda que a decisão impugnada sublinha que o acesso de terceiros aos mercados em causa arrisca ser entravado devido, por um lado, à existência de relações privilegiadas entre a ENS e as sociedades-mãe que colocam os outros operadores numa situação concorrencial desfavorável no que respeita à aquisição de serviços ferroviários indispensáveis fornecidos pelas sociedades-mãe e, por outro, à convenção de utilização do túnel do canal da Mancha entre a BR, a SNCF e a Eurotunnel, que permite à BR e à SNCF conservarem uma parte significativa, isto é, 75%, das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais.
- 150 No que se refere, em primeiro lugar, às relações privilegiadas da ENS com as empresas de transporte ferroviário em causa, verifica-se que a análise da Comissão parte da premissa de que o mercado ferroviário de transporte de passageiros está cindido em dois mercados, um mercado a montante de fornecimento de «serviços ferroviários indispensáveis» (linhas horárias, locomotivas especiais e pessoal respectivo) e um mercado a jusante de transporte de passageiros no qual operam, a par das empresas de transporte ferroviário, operadores de transporte, como a ENS. Segundo a decisão, as empresas-mãe poderiam abusar da sua posição dominante no mercado a montante recusando a terceiros, concorrentes da ENS, que operam no mercado a jusante, o fornecimento dos serviços ferroviários indispensáveis.
- 151 Porém, o exame deste aspecto da análise da Comissão depende, também ele, da questão de saber se existem, para além dos agrupamentos internacionais, operadores de transporte que operam igualmente nesses mercados, questão esta que examinaremos no quadro do segundo fundamento, tal como a questão de saber se os serviços prestados pelos fundadores à ENS podem ser qualificados como «serviços ou elementos essenciais ou indispensáveis», que se enquadra no terceiro funda-

mento e deve, por conseguinte, ser examinada no quadro deste (v., *infra*, n.ºs 190 a 221).

- 152 Em segundo lugar, no que diz respeito aos efeitos restritivos resultantes da convenção de utilização do túnel do canal da Mancha, o Tribunal lembra que a decisão da Comissão que isentou esta convenção da proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (a seguir «decisão Eurotunnel») foi anulada por acórdão do Tribunal de 22 de Outubro de 1996, SNCF e British Railways/Comissão (T-79/95 e T-80/95, Colect., p. II-1491), por a Comissão ter cometido um erro de facto ao interpretar as disposições desta convenção relativas à repartição das linhas horárias no túnel, entre a SNCF e a BR, por um lado, e a Eurotunnel, por outro.
- 153 No quadro das medidas de organização do processo que ordenou, o Tribunal convidou as partes a tomarem posição sobre a pertinência deste acórdão do Tribunal no presente litígio. Na resposta a esta questão, a Comissão alegou que este acórdão não era pertinente para efeitos de apreciação da legalidade da decisão impugnada e que, do ponto 47 desta resultava que a BR e a SNCF, não beneficiando embora da totalidade das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais, dispunham de parte significativa. Pelo seu lado, as recorrentes responderam que o acórdão do Tribunal confirma que o acesso ao túnel do canal da Mancha não está fechado e que os efeitos restritivos da convenção de utilização do túnel face a terceiros foram mal avaliados pela Comissão.
- 154 O Tribunal entende que, dado que, por um lado, foi precisamente na «convenção Eurotunnel» que a Comissão se baseou para demonstrar, na decisão impugnada, que o acesso alegadamente privilegiado da SNCF e da BR às linhas horárias no túnel colocava as empresas concorrentes da ENS numa posição concorrencial desfavorável e, por outro, que a decisão Eurotunnel foi anulada pelo Tribunal por erro de facto na interpretação das disposições da mencionada convenção relativa à repartição das linhas horárias, a Comissão não pode basear nela nenhum argumento válido para efeitos de apreciação dos acordos ENS.

— Quanto ao reforço dos efeitos restritivos da concorrência resultantes da existência de uma rede de empresas comuns

155 No que diz respeito, por último, ao alegado reforço das restrições da concorrência resultante da existência de redes de empresas comuns (pontos 49 a 53 da decisão), o Tribunal recorda, liminarmente, que segundo a comunicação da Comissão de 1993 relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação, a existência de redes de empresas comuns deve ser objecto de uma análise particular, quer sejam criadas pelos mesmos fundadores, por um dos fundadores com diferentes parceiros ou, paralelamente, por vários fundadores (ponto 17 da comunicação). As redes de empresas comuns poderiam nomeadamente restringir a concorrência quando os fundadores concorrentes criem várias empresas comuns para produtos complementares destinados a ser transformados por eles próprios, ou mesmo para produtos não complementares por eles próprios comercializados, aumentando deste modo a extensão e a intensidade da restrição à concorrência. Estas considerações valem igualmente para o sector dos serviços (ponto 29 da comunicação).

156 Na decisão impugnada, a Comissão considerou que era esse o caso, uma vez que a BR/EPS, a SNCF, a DB e a NS participam, a diferentes níveis, numa rede de empresas comuns que tem por objecto não só a exploração de serviços de transporte de mercadorias, mas também de passageiros, nomeadamente através do túnel do canal da Mancha. A Comissão referiu-se a este propósito à empresa comum ACI, criada conjuntamente, designadamente pela BR e pela SNCF, que é um operador de transporte combinado de mercadorias [Decisão 94/594/CE da Comissão, de 27 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE e do artigo 53.º do acordo EEE (Processo n.º IV/34.518-ACI) (JO L 224, p. 28), a seguir «decisão ACI»], e à Autocare Europe, na qual a BR e a SNCB têm uma participação, e que assegura o transporte ferroviário de veículos automóveis. Nos articulados, a Comissão referiu-se ainda, e pela primeira vez, à empresa comum Intercontainer, criada por 29 empresas ferroviárias, entre as quais se contam a BR e a SNCF, e que opera igualmente no mercado do transporte combinado de mercadorias.

- 157 A decisão impugnada não precisa, no entanto, quais as empresas comuns criadas pelos fundadores especializadas no serviço de transporte de passageiros. O Tribunal, no quadro das medidas de organização do processo, convidou a Comissão a precisar quais as empresas comuns que operam no mercado do transporte de passageiros em que, segundo o ponto 51 da decisão, participam os fundadores da ENS. Na resposta, a Comissão declarou não ter conhecimento de outras empresas comuns das empresas fundadoras da ENS para o transporte de passageiros. Salientou, porém, que «a SNCF, a SNCB e a BR (e, na sequência da privatização desta última, a London & Continental Railways Ltd) participam conjuntamente na Eurostar para o transporte de passageiros entre o Reino Unido e o continente», não sustentando, no entanto, que era à empresa Eurostar que o ponto 51 se referia implicitamente. O Tribunal entende assim que a decisão impugnada, no que se refere à alegada existência de uma rede de empresas comuns criadas pelos fundadores para o transporte de passageiros, está viciada por falta de fundamentação.
- 158 Quanto à participação dos fundadores em empresas comuns para o transporte combinado de mercadorias, resulta do ponto 29 da comunicação da Comissão de 1993 que, quando os fundadores criam empresas comuns para serviços «não complementares», a concorrência pode ser restringida quando esses serviços «não complementares» são comercializados pelos próprios fundadores.
- 159 O Tribunal faz notar que nada na decisão impugnada indica que os fundadores asseguram eles próprios a comercialização dos serviços fornecidos pela ACI, Intercontainer e Autocar. No quadro das medidas de organização do processo, o Tribunal convidou as recorrentes a precisar se são elas ou uma empresa terceira que asseguram a comercialização dos serviços de transporte fornecidos pelas três referidas empresas. Resulta das respostas que nenhuma das empresas fundadoras assegura a comercialização ou vende serviços fornecidos pela ACI, a Intercontainer ou a Autocar. Mesmo admitindo que assim era, o Tribunal verifica que, de qualquer modo, a decisão impugnada não explica as razões por que considera que a participação de alguns ou de todos os fundadores numa rede de empresas comuns operando em mercados diferentes do da ENS restringiria a concorrência entre eles ao

nível da criação da ENS. De onde se conclui que a apreciação da Comissão dos efeitos agravantes das restrições à concorrência resultantes da existência de uma rede de empresas comuns não está suficientemente fundamentada.

- 160 Conclui-se de quanto precede que, relativamente à apreciação das restrições à concorrência resultantes dos acordos ENS, a decisão impugnada padece de falta ou de insuficiência de fundamentação.

2. Quanto ao segundo fundamento, baseado em violação do Regulamento n.º 1017/68 e do quadro legal estabelecido pela Directiva 91/440

Argumentos das partes

- 161 As recorrentes sustentam que a Comissão, ao impor a condição constante do artigo 2.º da decisão impugnada, utilizou poderes que lhe são conferidos pelo artigo 5.º do Regulamento n.º 1017/68, de modo incompatível com as disposições da Directiva 91/440.
- 162 Com efeito, a Comissão teria alargado o âmbito de aplicação da directiva, uma vez que, nos termos do seu artigo 10.º, n.º 1, os direitos de acesso às infra-estruturas só seriam concedidos aos agrupamentos internacionais de empresas ferroviárias, tal como estes são definidos na directiva, e não a qualquer operador de transporte interessado na exploração de comboios. Acrescentam que, além disso, a Comissão, quando exerce os seus poderes ao abrigo do Regulamento n.º 1017/68, tem, a obrigação de ter em conta orientações fundamentais da política comum dos transportes, tal como estas são definidas pelo Conselho. O controlo jurisdicional da apreciação pela Comissão dos acordos ENS, em aplicação do artigo 85.º do Tratado, deveria, pois, exercer-se no contexto da legislação comunitária relativa ao sector dos transportes ferroviários, que constitui o quadro legislativo no qual a concorrência neste sector deve funcionar.

163 Mais particularmente, os elementos fundamentais da política comum dos transportes da Comunidade no sector ferroviário estariam actualmente consagrados na Directiva 91/440, que, pela primeira vez, teria introduzido um certo grau de concorrência entre modos de transporte e que teria como objectivo a realização do objectivo principal da política dos transportes ferroviários, a saber, a melhoria da eficácia dos transportes ferroviários e da sua competitividade em relação aos outros modos de transporte. Ora, por força da directiva, os direitos de acesso e trânsito seriam concedidos unicamente às empresas com o estatuto de empresas de transporte ferroviário e aos agrupamentos internacionais formados por estas. Além disso, a directiva só diria respeito a direitos de acesso à infra-estrutura e não concederia direitos relativos ao fornecimento de serviços ferroviários como o fornecimento da tracção (locomotivas e pessoal de trânsito). A directiva também não conteria regras de separação da gestão das locomotivas e do pessoal dos comboios da exploração de outros serviços ferroviários, como por exemplo, nem regras relativas à repartição dos serviços de tracção e ao pagamento desses serviços, o que seria conforme à finalidade da directiva, que é a de permitir às empresas ferroviárias organizarem-se em moldes comerciais e adaptarem-se às necessidades do mercado, designadamente através da criação de novos serviços.

164 Pelas razões que precedem, a distinção feita pela Comissão entre empresas de transporte ferroviário e operadores de transporte constituiria assim uma distinção artificial porque, por razões ligadas à segurança e à responsabilidade pelos riscos de transporte, só as empresas de transporte ferroviário estariam autorizadas à matrícula dos vagões e ao transporte de pessoas através da infra-estrutura ferroviária. Fora das empresas de transporte ferroviário e dos agrupamentos internacionais que estas criam, nenhuma outra pessoa poderia oferecer ao público serviços de transporte ferroviário de passageiros. Tal não excluiria a possibilidade de uma empresa ferroviária colocar um comboio inteiro à disposição, por exemplo, de uma cadeia hoteleira, ou mesmo de alugar os vagões, mas, mesmo nesta hipótese, a empresa ferroviária continuaria a ser o operador de transporte que suportaria todos os riscos inerentes ao serviço de transporte. Neste exemplo, a cadeia hoteleira, por seu lado, limitar-se-ia a vender ao público capacidades em lugares sentados ou em «couchettes» de comboio. Segundo as recorrentes, a actividade essencial das empresas de transporte ferroviário não é a de assegurar um serviço de base consistente em fazer circular, a pedido dos operadores de transporte, locomotivas em redes ferroviárias, permitindo assim a estes ligar vagões a uma locomotiva de uma empresa ferroviária e fazê-los circular numa determinada linha, mas fornecer directamente ao público serviços integrados de transporte de passageiros.

165 Por outro lado, segundo as recorrentes, embora a ENS seja uma empresa comum criada por quatro empresas de transporte ferroviário, constitui, na realidade, um agrupamento internacional de empresas ferroviárias, na acepção do artigo 3.º da Directiva 91/440, e não um «operador de transporte». Resultaria do n.º 3 do artigo 5.º da Directiva 91/440 que as empresas ferroviárias são livres de constituir com «outra ou outras» empresas ferroviárias um agrupamento internacional, sem que seja imposta uma forma jurídica específica para essa associação. A Comissão também não poderia inferir dos acordos de exploração celebrados entre a ENS e a SNCB que a ENS constitui um operador de transporte. Com efeito, seria numa base voluntária que a SNCB teria decidido, antes do abandono definitivo da linha Bruxelas-Glasgow/Plymouth, fornecer à ENS «serviços ferroviários indispensáveis», e não em consequência de uma qualquer obrigação decorrente da Directiva 91/440 ou do direito comunitário da concorrência.

166 De onde se concluiria que a ENS não é um operador de transporte activo no mercado a jusante, diferente daquele em que operam os seus fundadores, mas, precisamente devido ao seu estatuto de agrupamento internacional de empresas ferroviárias, um instrumento por meio do qual os seus fundadores põem ao dispor do público transportes ferroviários. Esta distinção do mercado ferroviário geral entre um mercado a jusante e um mercado a montante, feita pela Comissão para demonstrar que a ENS é um operador de transporte, seria tanto mais artificial quanto, no que se refere ao transporte de passageiros, numerosos serviços de transporte são fornecidos por «comboios com locomotiva integrada», em que a locomotiva é uma parte inseparável do resto do comboio, de modo que, mesmo de um ponto de vista puramente técnico, seria impossível distinguir estes dois mercados.

167 O facto de a ENS ter que ir buscar tracção às empresas de transporte ferroviário para oferecer os seus serviços também não a privaria da sua qualidade de agrupamento internacional, na acepção do artigo 3.º da directiva, visto que basta à ENS ser a emanação dessas empresas de transporte ferroviário, que estão, por definição, aptas a assegurar a tracção. É a este agrupamento que está reservado o benefício dos direitos de acesso à infra-estrutura ferroviária dos Estados-Membros onde as empresas fundadoras estão estabelecidas. Admitir a tese da Comissão equivaleria, pelo contrário, a permitir a qualquer empresa oferecer serviços de transporte internacional de passageiros mesmo que essa empresa não seja uma emanação de empresas de transporte ferroviário e não esteja, portanto, em condições de assegurar a tracção através delas.

- 168 As recorrentes acrescentam que a criação desta nova categoria de operadores de transporte, conjugada com o facto de os serviços ferroviários indispensáveis serem considerados «elementos essenciais» teria como efeito esvaziar de conteúdo a Directiva 91/440, porque, na sua pretensa qualidade de operador de transporte, uma empresa ferroviária poderia, efectivamente, reclamar o acesso às redes dos Estados-Membros sem ter que satisfazer as condições requeridas pela directiva, isto é, estar estabelecida num dos Estados-Membros ou ter constituído um agrupamento com uma empresa ferroviária estabelecida num desses Estados-Membros.
- 169 As recorrentes sustentam, além disso, que, ao impor às empresas de transporte ferroviário o fornecimento a operadores de transporte de locomotivas e do pessoal respectivo, em condições técnicas e financeiras idênticas às concedidas ao seu agrupamento, a Comissão teria esquecido que o direito de acesso à infra-estrutura está dependente da condição prévia de esse operador poder assegurar a tracção, e, portanto, de ter a qualidade de empresa ferroviária ou de agrupamento de empresas ferroviárias. Esta condição seria, além disso, incompatível com o objectivo, visado pela directiva, de garantir às empresas de transporte ferroviário um estatuto de operador independente, que lhe permita actuar em moldes comerciais, adaptando-se às necessidades do mercado (terceiro considerando) e, para tal, assegurar-lhes a liberdade de «controlar o fornecimento e a comercialização dos serviços e (de) fixar a respectiva tarifação» (artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 91/440).
- 170 Finalmente, a UIC e a NS sustentam que a decisão impugnada tem como resultado comprometer o direito de constituir agrupamentos internacionais, visto que a Comissão interpreta o n.º 1 do artigo 85.º de tal modo que a criação de qualquer agrupamento internacional constituiria, doravante, uma violação deste artigo. Segundo as recorrentes, ainda que a criação de um agrupamento internacional pudesse beneficiar da isenção da proibição prevista no n.º 3 do artigo 85.º, ainda assim as condições das quais a Comissão faz depender, no caso concreto, essa isenção, isto é, por um período limitado a sete anos e com a obrigação de fornecer a qualquer operador de transporte serviços ferroviários indispensáveis nas mesmas condições que à ENS, tornariam ilusória a aplicação da Directiva 91/440. As condições impostas pela Comissão obrigariam indirectamente os participantes em

agrupamentos internacionais a fornecer ao seu agrupamento os «serviços ferroviários indispensáveis» em condições não privilegiadas, privando-os desse modo da liberdade de determinarem as condições comerciais em que fornecem os seus serviços a terceiros. Os participantes num agrupamento poderiam, assim, ver-se obrigados a partilhar com qualquer terceiro o benefício da sua cooperação, quando esse terceiro em nada contribuiu para os custos de implementação de um projecto inovador, nem participa nos riscos comerciais daí decorrentes.

- 171 A Comissão alega que o argumento de que as regras da concorrência do Tratado não se aplicam aos transportes ferroviários contraria a jurisprudência nesta matéria e deve, conseqüentemente, ser rejeitado (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1974, Comissão/França, 167/73, Colect., p. 187, e de 30 de Abril de 1986, Asjes e o., 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 e 213/84, Colect., p. 1425).
- 172 A Comissão sublinha que a participação conjugada das quatro empresas de transporte ferroviário não é, no presente caso, indispensável à exploração das linhas a que os acordos ENS dizem respeito. Considera que cada linha em que a ENS opera poderia ser explorada por um agrupamento internacional constituído por duas empresas ferroviárias estabelecidas respectivamente num Estado-Membro de partida e num Estado-Membro de destino final. Assim, a linha Londres-Frankfurt/Dortmund poderia ser assegurada por um grupo constituído pela BR e pela DB, que têm direitos de acesso às infra-estruturas no seu Estado de estabelecimento respectivo e direitos de trânsito na Bélgica, em França e no túnel do canal da Mancha. Do mesmo modo, o serviço entre Londres e Amsterdão poderia ser explorado por um agrupamento composto pela BR e pela NS, que têm direitos de acesso no Reino Unido e nos Países Baixos e de trânsito na Bélgica, em França e no túnel do canal da Mancha.
- 173 Segundo a Comissão, esta análise seria corroborada por três elementos. Em primeiro lugar, a ENS não seria uma empresa ferroviária na acepção da directiva, mas um operador de transporte que, para fornecer os serviços ferroviários nocturnos em questão, compraria os serviços ferroviários necessários às empresas de transporte ferroviário. A Comissão contesta o argumento das recorrentes de que a ENS é apenas um instrumento através do qual as empresas fundadoras podem oferecer, no quadro legal estabelecido pela Directiva 91/440, serviços internacionais de

transporte ferroviário ao público. Com efeito, a ENS não exerceria por ela mesma o direito concedido pela directiva aos agrupamentos internacionais de empresas ferroviárias, isto é, o direito de explorar comercialmente os seus próprios comboios, fornecendo a sua própria tracção ferroviária, porque tem que comprar esses serviços às suas empresas fundadoras e à SNCB. Em consequência, a ENS escaparia ao domínio coberto pela directiva, porque na realidade é apenas uma variante da forma tradicional de cooperação entre empresas ferroviárias e, ao contrário do que afirmam as recorrentes, a ENS e as empresas de transporte ferroviário em causa não operam, portanto, no mesmo mercado. Em consequência, o argumento de que a decisão estaria em contradição com a directiva e alargaria a categoria de empresas habilitadas a aceder às infra-estruturas ferroviárias seria destituído de pertinência. Em apoio da alegação de que a ENS e as empresas fundadoras operam em dois mercados distintos, a Comissão invoca a jurisprudência segundo a qual se deve, em determinados casos, distinguir entre dois mercados que, apesar de ligados entre si, nem por isso deixam de ser distintos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Colect., p. 119, de 31 de Maio de 1979, Hugin/Comissão, 22/78, Recueil, p. 1869, de 3 de Outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1991, RTE/Comissão, T-69/89, Colect., p. II-485 e BBC/Comissão, T-70/89, Colect., p. II-535).

- 174 Quanto ao argumento das recorrentes de que a distinção entre mercado de serviços de transporte e mercado de serviços ferroviários indispensáveis é tanto mais injustificada quanto um bom número de serviços de transporte no sector do transporte de passageiros são assegurados por «comboios com motor integrado», nos quais a locomotiva é indissociável do resto do comboio, a Comissão responde que a própria ENS só obtém as locomotivas das suas empresas fundadoras com as carruagens à parte.
- 175 Em segundo lugar, a linha Bruxelas-Glasgow/Plymouth seria explorada pela ENS, embora a SNCB não seja parte no acordo, o que demonstra que a participação de cada uma das quatro empresas de transporte ferroviário estabelecidas nos Estados-Membros em causa não é uma condição *sine qua non* à exploração dos serviços em causa.

- 176 Em terceiro lugar, a BR, a SNCF, e a Intercontainer teriam formado uma empresa comum denominada ACI, especializada no transporte combinado de mercadorias entre o Reino Unido e o continente, que também não seria uma empresa ferroviária na acepção da directiva, mas um operador de transporte, que só conta entre os seus accionistas duas empresas de transporte ferroviário e que opera de modo análogo à ENS, quer dizer, adquirindo serviços ferroviários indispensáveis às empresas de transporte ferroviário para fornecimento das prestações de transporte.
- 177 A Comissão alega ainda que os operadores de transporte que não têm, eles próprios, o estatuto de empresa de transporte ferroviário, e que não dispõem, portanto, de direitos de acesso à infra-estrutura ferroviária, devem, apesar disso, poder propor prestações de transporte por caminho de ferro, comprando às empresas de transporte ferroviário os serviços de tracção e os direitos de acesso à infra-estrutura, a exemplo da ENS e da ACI. De onde se concluiria que o direito de oferecer serviços de transporte ferroviário de passageiros não poderia ser reservado à ENS. O presidente da ENS teria, aliás, por carta de 13 de Abril de 1994, dirigida à Comissão (documento n.º 6 junto à contestação), confirmado o acordo das empresas de transporte ferroviário para fornecimento dos serviços necessários aos concorrentes nas mesmas linhas. Segundo a Comissão, mesmo antes dessa carta, a ENS, por carta datada de 4 de Junho de 1992, tê-la-ia informado da decisão das notificantes de fornecer «sem condições» a tracção e os outros serviços indispensáveis a concorrentes da ENS que operam nas linhas por ela asseguradas.
- 178 A Comissão considera, por outro lado, que a independência das empresas de transporte ferroviário não está de modo nenhum comprometida pela condição imposta. Como todas as empresas comunitárias, estas empresas estariam sujeitas à obrigação de não discriminação e às regras do direito da concorrência, como resulta dos acórdãos do Tribunal de Justiça, Comissão/França e Asjes e o., já referidos.
- 179 Por último, a Comissão contesta as acusações da recorrente, por um lado, de que consideraria que qualquer agrupamento internacional recai sob a alçada do disposto no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e, por outro, de que imporiam aos notificantes condições dissuasivas que comprometem os objectivos da Directiva 91/440 e a

criação de outros agrupamentos internacionais. O favorecimento da constituição desses agrupamentos não implica que todos os agrupamentos internacionais de empresas ferroviárias devam, automaticamente, ser considerados compatíveis com o direito comunitário da concorrência.

Apreciação do Tribunal

180 O Tribunal salienta que, segundo a decisão impugnada, as empresas de transporte ferroviário abrangidas estão presentes em dois mercados, um mercado a montante, ou seja, o mercado do fornecimento de serviços ferroviários indispensáveis, e um mercado a jusante, ou seja, o mercado da prestação de serviços de transporte de passageiros. Neste último mercado operariam não só empresas de transporte ferroviário, mas também uma outra categoria de empresas, a dos operadores de transporte, empresas estas que, no entanto, a fim de poderem operar neste mercado, são obrigadas a adquirir previamente os serviços ferroviários indispensáveis fornecidos pelas empresas de transporte ferroviário no mercado a montante. A ENS constitui, segundo a Comissão, um exemplo concreto desta categoria de operador de transportes, de modo que, qualquer tratamento privilegiado desta pelas empresas notificantes deverá igualmente ser concedido a terceiros, quer sejam agrupamentos internacionais ou operadores de transporte, nas mesmas condições técnicas e financeiras. Finalmente, segundo o artigo 2.º da decisão, os serviços indispensáveis em questão dizem respeito ao fornecimento da locomotiva, ao pessoal desta e à linha horária, em cada rede nacional e no túnel do canal da Mancha.

181 Deve, assim, examinar-se se, ao impor aos fundadores a condição de os serviços ferroviários indispensáveis serem fornecidos não só a agrupamentos internacionais, mas também a operadores de transporte, como a ENS, a Comissão aplicou, como sustentam as recorrentes, as regras da concorrência em violação do quadro legal criado pela Directiva 91/440, de modo que a decisão impugnada estaria viciada por desvio de poder ou por falta de competência. Esta análise implica que se responda previamente à questão de saber se a ENS constitui um operador de transporte, como sustenta a Comissão, ou um agrupamento internacional, na acepção da Directiva 91/440, como defendem as recorrentes. Será com base na resposta a esta questão que se examinará, igualmente, a correcção da análise efectuada pela

Comissão das restrições à concorrência entre fundadores, resultante do facto de cada uma das empresas de transporte ferroviário parte no acordo ENS poder, quer criar uma empresa especializada na qualidade de operador de transporte, quer colocar-se ela própria na situação de operador de transporte e fazer concorrência à ENS, adquirindo às empresas de transporte ferroviário em causa os mesmos serviços ferroviários indispensáveis (v., *supra*, n.ºs 147 e 148).

- 182 O Tribunal lembra que, nos termos do artigo 3.º da Directiva 91/440, um agrupamento internacional se define como «qualquer associação de pelo menos duas empresas de transporte ferroviário estabelecidas em Estados-Membros diferentes, com vista a fornecer serviços de transporte internacionais entre Estados-Membros». Esta disposição não define as formas precisas que esta associação deve revestir. Com efeito, o elemento essencial que se destaca desta definição é que deve tratar-se de uma forma de associação que permita tornar possível o fornecimento de prestações de serviço de transporte internacional, independentemente, portanto, da forma escolhida para o efeito. Nestas condições, o Tribunal entende que, ao contrário do que a Comissão sustenta, não existindo no texto da Directiva uma definição precisa, a utilização do conceito de «agrupamento internacional» não pode ser reservada apenas às formas de associação de tipo «cooperativo» entre empresas de transporte ferroviário («acordos tradicionais de exploração em comum»), com exclusão de qualquer outra forma de sociedade, como uma empresa comum de natureza cooperativa, ou mesmo fruto de uma concentração.

- 183 Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, por força do artigo 2.º da Directiva 91/440, esta se aplicar apenas às empresas de transporte ferroviário, quer dizer às únicas empresas cuja actividade principal é o transporte de mercadorias e/ou de passageiros por caminho de ferro e que asseguram elas próprias a tracção (artigo 3.º da Directiva 91/440), de modo que a ENS, porque compra a tracção às empresas notificantes, não poderia prevalecer-se das disposições da directiva e da qualidade de agrupamento internacional. Em primeiro lugar, como a própria Comissão sublinhou nas peças processuais por ela apresentadas, aquando da adopção da Directiva 91/440, uma declaração conjunta da Comissão e do Conselho precisou que a noção de tracção não implicava necessariamente a propriedade desta. Se é verdade que este tipo de declarações é desprovido de valor jurídico, não é menos verdade que a Comissão já fez sua essa declaração na sua prática decisio-

nal nesta matéria, como se pode ver no ponto 6 da sua Decisão 93/174/CEE, de 24 de Fevereiro de 1993, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/34.494 — Estruturas tarifárias de transporte combinado de mercadorias) (JO L 73, p. 38), segundo o qual «deve entender-se por empresa de transporte ferroviário as empresas estabelecidas ou que venham a estabelecer-se num Estado-Membro e que disponham dos meios de tracção ferroviária, tendo em conta que a noção de tracção não implica necessariamente que a empresa seja proprietária do material de tracção nem que utilize o seu próprio pessoal».

184 Em segundo lugar, uma vez que, tal como acabámos de ver, um agrupamento internacional pode revestir a forma de uma empresa comum cooperativa, como a ENS, resulta da própria natureza desta forma que os fundadores, na sua qualidade de empresas de transporte ferroviário que exercem os direitos que a directiva lhes reconhece, podem, em vez de dotar directamente a sua empresa comum do material e do pessoal necessário para exercerem as suas funções no mercado, fornecer-lhos, com base em acordos de cooperação com ela celebrados, sem que essa escolha do modo de funcionamento da empresa comum possa afectar a sua qualificação jurídica de agrupamento internacional na acepção da Directiva 91/440. Com efeito, como as recorrentes explicaram nas respostas escritas às perguntas do Tribunal e na audiência, sem contestação por parte da Comissão, a opção de fornecimento à ENS de locomotivas e do respectivo pessoal com base em acordos de exploração devia-se unicamente a considerações de ordem fiscal e não ao facto de a ENS ser suposta actuar no mercado como operador de transporte. O facto de a ENS não se ter registado no Reino Unido como empresa ferroviária, como as recorrentes indicaram nas suas respostas às perguntas escritas do Tribunal em nada afecta a sua qualificação jurídica como agrupamento internacional, porque, como a própria Comissão declarou na audiência, as licenças ferroviárias das empresas fundadoras bastam para que os comboios da ENS possam circular nas linhas em causa.

185 Em terceiro lugar, resulta dos autos que, como alegaram as partes, a actividade de operador de transporte se revela, no contexto económico do sector ferroviário, como uma actividade desconhecida em relação ao transporte ferroviário de passageiros. Aliás, nem na decisão impugnada nem nos articulados, a Comissão deu exemplos dessa categoria de empresas em matéria de transporte ferroviário de passageiros. A referência da Comissão à empresa ACI não é pertinente a este respeito.

Com efeito, essa referência ignora as especificidades do mercado ferroviário do transporte de passageiros, que se distingue claramente do mercado do transporte combinado de mercadorias no qual a ACI opera efectivamente enquanto operador de transporte. Mais precisamente, no mercado do transporte combinado de mercadorias, as empresas de transporte ferroviário não vendem directamente prestações de transporte aos carregadores, salvo raras excepções, para remessas importantes. Neste mercado, as prestações de transporte combinado são preparadas e vendidas aos carregadores por operadores de transporte combinado, que são, eventualmente, filiais das empresas de transporte ferroviário. Estes operadores são empresas de transporte que dispõem de um material específico, isto é, de equipamento para manutenção e de vagões especiais, e que, para realizarem as suas prestações de serviço, devem comprar os serviços de tracção ferroviária e o acesso às infra-estruturas às empresas de transporte ferroviário que são as únicas capazes de os fornecer [v. pontos 6 a 8 da decisão ACI, já referida, e Decisão 94/210/CE da Comissão, de 29 de Março de 1994, relativa a um processo nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (IV/(33.941 — HOV SVZ/MCN) (JO L 104, p. 34, pontos 10 a 12)].

186 Ora, se é verdade que actualmente, o mercado ferroviário do transporte combinado de mercadorias se caracteriza por uma certa abertura, no sentido de que as empresas de transporte ferroviário não são as únicas a operar nesse mercado, o mesmo não acontece no mercado do transporte de passageiros onde só operam empresas de transporte ferroviário e, em certa medida, agrupamentos internacionais destas.

187 Daqui resulta que a Comissão não pode validamente referir-se às características de um mercado separado e distinto, isto é, o mercado do transporte combinado de mercadorias, a fim de justificar a qualificação da ENS como operador de transporte.

188 Esta conclusão também não pode ser infirmada pelo facto de a ENS dever inicialmente assegurar a linha Bruxelas-Glasgow/Plymouth, quando a SNCB, à qual a ENS tinha adquirido o direito de acesso à infra-estrutura belga não se conta entre os seus fundadores. Com efeito, como alegam as recorrentes, trata-se, neste caso, de um acordo de cooperação tradicional entre diferentes redes. Além disso, a pos-

sibilidade, para a ENS, enquanto agrupamento internacional na acepção da Directiva 91/440, de assinar esses acordos com empresas ferroviárias terceiras, para obter um acesso contratual à respectiva infra-estrutura, não é posta em causa por essa directiva.

189 O Tribunal entende — sem que seja necessário examinar se a Comissão cometeu desvio de poder ou se a decisão impugnada está viciada por falta de competência — que resulta do que precede que a apreciação da Comissão sobre a qualificação jurídica da ENS como operador de transporte se baseia em premissas erradas. Por outro lado, uma vez que, como acabámos de ver, a actividade de operador de transporte é uma actividade estranha às realidades actuais do mercado ferroviário do transporte de passageiros, a análise da Comissão, a respeito das restrições à concorrência entre fundadores ligadas ao facto de que cada um deles poderia agir no mercado em causa, enquanto operador de transporte, em concorrência com a ENS e os outros fundadores (v., *supra*, n.º 147) assenta, igualmente, nas mesmas premissas erradas e também não merece, portanto, acolhimento (v., *supra*, n.º 148).

3. Quanto ao terceiro fundamento baseado no carácter desproporcionado e não necessário da condição imposta no artigo 2.º da decisão impugnada

Argumentos das partes

190 A EPS, a ENS e a SNCF sustentam que a Comissão, ao impor às notificantes a obrigação de fornecer a outros agrupamentos internacionais e operadores de transporte os mesmos serviços ferroviários indispensáveis que fornecem à ENS, teria efectuado uma errada aplicação da teoria dos «elementos essenciais», dado que, pondo de parte o fornecimento das linhas horárias imposto pela Directiva 91/440 em determinadas condições, nenhum dos serviços fornecidos à ENS pode satisfazer as condições de aplicação desta teoria. A NS acrescenta, a este respeito, que essa obrigação teria como efeito, não apenas comprometer os esforços das empre-

sas ferroviárias para constituir agrupamentos internacionais, mas também obrigá-las a partilhar com terceiros os frutos dessa cooperação sem que estes últimos tenham que suportar os riscos comerciais inerentes. Segundo a NS, os efeitos económicos da obrigação, para as empresas de transporte ferroviário, de fornecimento a operadores de transporte de serviços indispensáveis em condições que não podem determinar livremente equivaleria a uma expropriação.

¹⁹¹ As recorrentes alegam, além disso, que a teoria dos elementos essenciais só se aplica no quadro do artigo 86.º do Tratado e quando uma empresa recusa aos seus concorrentes o acesso a instalações ou a serviços essenciais tanto para a competitividade do concorrente como para a existência da concorrência.

¹⁹² No caso em apreço, a Comissão não teria efectuado nenhuma distinção entre as instalações ou serviços que correspondem apenas a uma vantagem para os concorrentes e as que são essenciais à manutenção da concorrência. Mais precisamente, esta última condição não teria sido examinada, uma vez que, por um lado, embora a posse ou o domínio da infra-estrutura possa ser considerada uma «instalação ou serviço essencial» o acesso a esta é garantido aos agrupamentos internacionais pela Directiva 91/440 e que, por outro, relativamente às locomotivas utilizadas para o serviço nocturno via túnel do canal da Mancha e ao pessoal de condução ou de gestão, a decisão não contém a mínima prova de que as empresas de transporte ferroviário tenham o respectivo acesso exclusivo ou que qualquer concorrente actual ou potencial teria dificuldades em obtê-los. A este propósito, a ENS e a EPS alegam que as locomotivas concebidas especialmente para a travessia do canal da Mancha ou susceptíveis de nele circular podem ser adquiridas aos construtores ou alugadas a outros operadores de serviços ferroviários num mercado livre. A Comissão também não teria examinado a questão da disponibilidade das locomotivas ou do pessoal de comboio e não teria demonstrado a existência de penúria de pessoal ferroviário qualificado. Além disso, a condição imposta obrigaria as empresas de transporte ferroviário a fornecer os serviços ferroviários necessários a agrupamentos internacionais e a operadores de transporte na sua rede, quer dizer, para além e fora dos itinerários em causa.

193 As recorrentes consideram, a seguir, que a condição imposta não é necessária. Por um lado, não teria qualquer ligação com a primeira restrição à concorrência identificada na decisão, isto é, a que existiria entre as partes em consequência da criação da empresa comum. Por outro lado, não teria qualquer justificação relativamente à restrição à concorrência em relação a terceiros, resultante da posição dominante que seria detida pelas sociedades-mãe da ENS no fornecimento de serviços ferroviários no Estado-Membro de origem. Em primeiro lugar, nenhuma das empresas de transporte ferroviário teria estabelecido qualquer relação exclusiva com a ENS, de modo que seriam livres de fazer beneficiar qualquer outra empresa das suas locomotivas, do seu pessoal e de qualquer via férrea à qual tenham direitos. Por outro lado, sendo os mercados das viagens de negócios e das viagens de turismo nos referidos itinerários igualmente explorados pelos transportes aéreos, pelo autocarro e pelo automóvel, a ENS não ocupa uma posição dominante, e a recusa de fornecimento a um terceiro dos serviços em causa na decisão não teria efeito na concorrência nos mercados a jusante. De onde resulta que não é indispensável que um futuro prestador de serviços de transporte de passageiros obtenha os serviços ferroviários em causa para poder estar presente no mercado, tal como este é definido na decisão. De qualquer modo, a Comissão não teria apresentado qualquer prova fornecida por terceiros, designadamente operadores actuais ou potenciais de serviços concorrentes, em apoio da sua afirmação de que a empresa comum arrisca colocar os outros operadores numa posição desfavorável. A preocupação da Comissão seria, portanto, da ordem das hipóteses.

194 A Comissão começa por lembrar que uma condição semelhante foi imposta pela decisão ACI, ACI esta que é uma empresa comum da BR, da SNCF e da Intercontainer para o transporte de mercadorias entre o Reino Unido e o continente, e invoca o facto de esta decisão não ter sido objecto de nenhum recurso interposto pelas empresas fundadoras.

195 A Comissão precisa igualmente que a condição imposta não obriga ao fornecimento a terceiros, pelas empresas fundadoras da ENS, do conjunto dos serviços que estas fornecem à sua filial comum (limpeza, comercialização), e, em especial, que não é imposta nenhuma obrigação às empresas fundadoras da ENS relativamente aos vagões cujo custo constitui, porém, segundo as próprias empresas fundadoras, o principal obstáculo à penetração no mercado.

- 196 A Comissão alega ainda que o acesso à infra-estrutura ferroviária é, actualmente e na maior parte dos casos, controlado pelas empresas de transporte ferroviário na sua qualidade de gestoras da infra-estrutura e que o acesso à infra-estrutura constitui uma barreira importante à entrada no segmento ferroviário do mercado em causa. Como os gestores da infra-estrutura e as empresas de transporte ferroviário constituem entidades distintas, a obrigação decorrente da condição imposta para estas empresas não teria, portanto, qualquer efeito.
- 197 Relativamente às locomotivas especiais com o respectivo pessoal, a Comissão salienta que, embora possam teoricamente pertencer a outros que não as empresas de transporte ferroviário fundadoras da ENS e possam, eventualmente, ser adquiridas ou alugadas pelos operadores de transporte, só as empresas de transporte ferroviário fundadoras da ENS as possuem de facto. Existiria, assim, uma impossibilidade real e prática de encontrar alternativa para os operadores de transporte. Nestas condições, não se poderia negar que, no mercado dos serviços essenciais, as empresas de transporte ferroviário ocupam uma posição dominante, o que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância (Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão, CBEM, RTE/Comissão, já referidos), justificaria a condição imposta.
- 198 Quanto ao argumento baseado no carácter desproporcionado da condição imposta, a Comissão alega que o direito de acesso à infra-estrutura, reservado pela directiva às empresas de transporte ferroviário e aos agrupamentos internacionais destas empresas, não significa que outros operadores de transporte não possam explorar serviços idênticos aos propostos pela ENS. Como só as empresas de transporte ferroviário é que têm acesso à infra-estrutura e um novo concorrente não está habilitado pela directiva a solicitar por si uma linha horária aos gestores da infra-estrutura em causa, as empresas de transporte ferroviário deveriam fornecer uma linha horária aos operadores a fim de lhes garantir o acesso ao mercado. Além disso, só seriam visados pela condição imposta os serviços ferroviários indispensáveis à entrada no segmento ferroviário dos mercados relevantes, pelo que a condição não seria desproporcionada e permitiria assegurar a presença de vários operadores de transporte ferroviários, a fim de intensificar a concorrência com os outros modos de transporte.

- 199 A Comissão contesta, por outro lado, a interpretação que leva a entender que a condição imposta às empresas de transporte ferroviário em causa as obriga a fornecer os serviços ferroviários indispensáveis no conjunto das redes, quer dizer, para além das linhas em discussão. Com efeito, a obrigação só existiria em relação ao acesso aos mercados identificados na decisão impugnada.
- 200 Por último, a Comissão sustenta que o carácter não exclusivo do acordo entre as empresas de transporte ferroviário e a ENS não tem qualquer relevância. Com efeito, como no quadro do acordo, as empresas de transporte ferroviário distribuem os lucros e os prejuízos da ENS, seria pouco provável, segundo a Comissão, que estas mesmas empresas quisessem fornecer serviços a concorrentes potenciais.
- 201 O Reino Unido, interveniente, sustenta que a condição imposta não pode ser considerada indispensável, dado que, no ponto 65 da decisão, a Comissão já se tinha pronunciado no sentido de que as restrições à concorrência eram necessárias. A justificação invocada, respeitante à necessidade de garantir a presença nos mercados de operadores de transporte ferroviário concorrentes da ENS, seria, além disso, inadequada, uma vez que esses operadores concorrentes não existem. Por esta razão, a Comissão teria falseado as condições da concorrência, ao encorajar artificialmente operadores a entrarem no mercado, actuação para a qual a Comissão não tem competência com base no artigo 13.º do Regulamento n.º 1017/68.
- 202 A decisão impugnada estaria igualmente viciada por falta de fundamentação, por não expor de modo adequado e suficiente os motivos por que a Comissão aplicou a teoria dos «elementos essenciais». Em qualquer caso, as condições exigidas para a aplicação desta teoria não estariam reunidas. Por um lado, como as empresas de transporte ferroviário não ocupam uma posição dominante nos mercados identificados pela Comissão na sua decisão, os serviços ferroviários em causa não podem ser havidos como essenciais para a entrada de concorrentes nos mercados. A justificação da condição imposta, baseada na divisão dos mercados em causa em diferentes segmentos, demonstraria aliás a imperfeição do raciocínio da Comissão, que estaria, a este respeito, em contradição com a análise do mercado exposta na decisão. Por outro lado, a Comissão, ao referir, na decisão, que as partes nos acordos

ENS devem fornecer os «serviços ferroviários indispensáveis» aos novos candidatos a entrar no mercado, no caso de estes não poderem fornecê-los eles próprios, está implicitamente a admitir que as empresas de transporte ferroviário não são as únicas a controlar as instalações e serviços relativamente aos quais o acesso é considerado essencial, de modo que a condição imposta seria, de facto, injustificada.

203 Respondendo ao Reino Unido, a Comissão começa por afirmar que o facto de admitir que um acordo que cria uma empresa comum implica restrições à concorrência que considera necessárias não significa que todas as restrições sejam indispensáveis. A condição imposta destinar-se-ia precisamente a evitar que as restrições à concorrência excedam o indispensável. Por outro lado, a condição imposta reflectiria uma preocupação distinta da teoria dos «elementos essenciais», que se destinaria, no presente caso, a permitir que as condições de isenção previstas pelo n.º 3 do artigo 85.º do Tratado e pelo artigo 5.º do Regulamento n.º 1017/68 sejam satisfeitas.

204 Por último, a Comissão alega que, num mercado complexo como o definido na decisão, não é necessário que as barreiras contra o acesso sejam erigidas em todos os segmentos do mercado. Se assim fosse, a consequência seria que, em caso de predominância de um modo de transporte num mercado integrado, só os obstáculos ao acesso de terceiros a esse modo de transporte cairiam sob a alçada do disposto no artigo 85.º do Tratado, ficando os restantes modos de transporte subtraídos ao direito da concorrência.

Apreciação do Tribunal

205 O Tribunal sublinha que, segundo o ponto 79 da decisão impugnada, a condição constante do artigo 2.º do dispositivo é imposta a fim de «evitar que as restrições de concorrência ultrapassem o indispensável».

- 206 Ora, como resulta da análise efectuada pelo Tribunal dos primeiro e segundo fundamentos, deve considerar-se que a Comissão não analisou de modo correcto e bastante, na decisão impugnada, o contexto económico e jurídico no qual se inscrevem os acordos ENS. Em consequência, não ficou demonstrado que os acordos ENS sejam restritivos da concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que, por isso, necessitem de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Nestas condições, não havendo na decisão impugnada elementos de análise pertinentes a propósito da estrutura e do funcionamento do mercado em que a ENS opera, nem sobre o grau de concorrência existente nesse mercado, nem, por conseguinte, sobre a natureza e a extensão das restrições à concorrência alegadas, a Comissão não podia avaliar se a condição imposta pelo artigo 2.º da decisão impugnada é ou não indispensável, no quadro de uma eventual isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 207 Porém, mesmo que a Comissão tivesse efectuado uma avaliação suficiente e correcta das restrições à concorrência em causa, dever-se-ia, ainda assim, examinar se, ao impor às notificantes a condição de que as linhas horárias, as locomotivas e o respectivo pessoal sejam fornecidos a terceiros nas mesmas condições que à ENS, pelo facto de serem indispensáveis ou constituírem, como foi discutido pelas partes nos articulados e na audiência, elementos essenciais, a Comissão fez uma correcta aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 208 Quanto a este aspecto, o Tribunal faz notar que resulta da jurisprudência relativa à aplicação do artigo 86.º do Tratado que um produto ou serviço só pode considerar-se essencial ou indispensável se não existir qualquer alternativa real ou potencial (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.ºs 53 e 54, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Junho de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão, T-504/93, Colect., p. II-923, n.º 131).
- 209 Em consequência, quando, como no presente caso, se está perante um acordo de criação de uma empresa comum abrangido pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, o Tribunal entende que as empresas-mãe c/ou a empresa comum assim criada só podem ser consideradas como estando na posse de infra-estruturas, de produtos ou

serviços «indispensáveis» ou «essenciais» para o acesso ao mercado relevante se essas infra-estruturas, produtos ou serviços não forem «alternativos entre si» e se, pelas suas características particulares, designadamente o custo proibitivo da sua reprodução e/ou do tempo razoável requerido para esse efeito, não existirem alternativas viáveis para os potenciais concorrentes da empresa comum, que ficariam, por isso, excluídos do mercado.

210 É à luz destas considerações e por analogia com a jurisprudência que referimos (v., *supra*, n.º 208) que deve examinar-se, por um lado, se a Comissão podia validamente qualificar, no presente caso, o fornecimento pelos fundadores à ENS de a) linhas horárias, b) de locomotivas, e c) de pessoal, como serviços essenciais ou indispensáveis, que tenham que ser prestados a terceiros nas mesmas condições do que à ENS e, por outro lado, se, ao fazê-lo, a Comissão fundamentou de modo suficiente a sua decisão. Finalmente, é com base neste exame que se deve verificar igualmente a correcção da análise da Comissão sobre as alegadas restrições à concorrência em relação a terceiros, resultantes dos laços privilegiados entre os fundadores e a ENS (v., *supra*, n.º 151).

211 Em primeiro lugar, no que diz respeito às linhas horárias, se é verdade que o artigo 2.º da decisão impugnada impõe às empresas notificantes o dever de «prestarem, se necessário, a qualquer agrupamento internacional de empresas ferroviárias [as linhas horárias]» não é menos verdade que, segundo a jurisprudência, o dispositivo de uma decisão deve ser lido à luz dos fundamentos que lhe servem de suporte, isto é, no presente caso, o ponto 81 da decisão impugnada. Ora, segundo este ponto 81, as empresas notificantes «não devem... ser obrigadas a fornecer um itinerário se a entidade que o solicita intervém na qualidade de agrupamento de empresas ferroviárias nos termos do artigo 10.º da Directiva 91/440/CEE, e pode, por conseguinte, ela própria solicitar esse itinerário aos respectivos gestores de infra-estruturas». Assim, esta obrigação só é imposta pela decisão impugnada no caso de os terceiros serem não agrupamentos internacionais mas, como sustenta a Comissão, operadores de transporte, como a ENS. Ora, como acabámos de verificar, a ENS não é um operador de transporte, mas um agrupamento internacional na acepção da Directiva 91/440. Por outro lado, o conceito de operador de transporte é um conceito estranho às realidades actuais do mercado ferroviário do transporte de passageiros. Em consequência, sendo a condição ora em exame baseada

em premissas incorrectas, na medida em que se destina a obrigar os fundadores que já estão na posse das linhas horárias a fornecê-las a terceiros que actuem no mercado como operadores de transporte, é desprovida de fundamento.

212 Em segundo lugar, quanto ao fornecimento das locomotivas, há que lembrar que, como acabámos de sublinhar, para que as locomotivas possam ser consideradas elementos essenciais ou indispensáveis, é necessário que o sejam para os concorrentes da ENS, no sentido de que, por delas não disporem, estes últimos não podem nem penetrar no mercado em causa nem continuar a nele operar. Ora, tendo a decisão, por um lado, definido o mercado em causa como um mercado integrado de transporte de passageiros em viagens de negócios e outro, igualmente integrado, de transporte de passageiros em viagem de recreio, e, por outro, tendo determinado que nestes dois mercados integrados, a parte do mercado da ENS não ultrapassa 7% ou 8%, segundo a Comissão, ou 5%, segundo a notificação das partes, não se pode admitir que a recusa eventual das empresas notificantes de fornecimento a concorrentes da ENS de locomotivas especiais para a passagem do túnel do canal da Mancha tenha como efeito excluí-las do mercado em causa, tal como este é definido na decisão impugnada. Com efeito, não se provou que uma empresa que detém uma parte do mercado tão pouco significativa esteja em condições de exercer uma qualquer influência no funcionamento e na estrutura do mercado em causa.

213 Só se nos colocarmos num mercado totalmente diferente, isto é, no mercado integrado do transporte ferroviário de pessoas em viagem de negócios e de turismo, no qual as empresas de transporte ferroviário detêm presentemente uma posição dominante, é que a recusa de fornecimento das locomotivas poderia, eventualmente, ter efeitos sobre a concorrência. Deve sublinhar-se, no entanto, que não foi finalmente este mercado integrado que foi considerado relevante pela Comissão, mas o mercado integrado de transporte (v. pontos 17 a 27 da decisão impugnada). Foi só na fase escrita que a Comissão se referiu, pela primeira vez, ao mercado integrado dos serviços ferroviários como segmento do mercado integrado do transporte de pessoas em viagens de negócios e de turistas para justificar a obrigação de fornecimento das locomotivas a concorrentes da ENS imposta às empresas notificantes. Ora, se não é de excluir que a análise dos efeitos de um acordo possa ser efectuada tanto no mercado principal como em segmentos deste, tal — isto é, tanto a distinção entre mercado principal e segmento(s) desse mercado como as razões

em que essa distinção se funda — deve resultar de modo claro e não ambíguo de uma decisão de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, o que não acontece no presente caso.

- 214 Mesmo admitindo que as explicações fornecidas a este respeito pela Comissão na fase escrita não implicam uma redefinição do mercado relevante, tal como este é definido nos pontos 17 a 27 da decisão impugnada, constituindo tão só uma clarificação dessa definição, ainda assim a apreciação da Comissão estaria, neste caso, viciada por falta de fundamentação.
- 215 Com efeito, como alegaram as recorrentes, a decisão impugnada não contém elementos de análise que comprovem o carácter essencial ou indispensável das locomotivas em causa. Mais precisamente, a leitura da decisão impugnada não permite concluir que os terceiros não possam adquirir essas locomotivas quer directamente aos construtores, quer indirectamente, comprando-as ou tomando-as de aluguer a terceiros. Também não consta dos autos qualquer correspondência entre a Comissão e terceiros, da qual resulte que estes estão impossibilitados de adquirir as locomotivas em causa no mercado. Ora, como sublinharam as recorrentes, qualquer empresa interessada em explorar os mesmos serviços ferroviários que a ENS utilizando o túnel do canal da Mancha pode livremente adquirir ou alugar as locomotivas no mercado. Resulta dos autos, além disso, que não consta dos contratos de fornecimento das locomotivas celebrados entre as notificantes e a ENS qualquer cláusula de exclusividade a favor da ENS, sendo todas as empresas notificantes livres de fornecer as mesmas locomotivas a terceiros e não apenas à ENS.
- 216 Acrescente-se a este propósito que a Comissão não contestou o facto de que os terceiros podem livremente comprar ou alugar as locomotivas em causa no mercado, limitando-se a considerar que se trata, na realidade, de uma possibilidade puramente teórica e que só as empresas notificantes estão efectivamente na posse dessas locomotivas. Este argumento da Comissão não merece, porém, acolhimento.

O facto de as empresas notificantes terem sido as primeiras a adquirir no mercado as locomotivas em causa não significa que só elas é que podem adquiri-las.

- 217 De onde se conclui que a apreciação, efectuada pela Comissão, do carácter essencial ou indispensável das locomotivas especiais para a passagem do túnel do canal da Mancha e, portanto, a obrigação, imposta aos fundadores, de fornecerem a terceiros essas locomotivas, padece de falta, ou, pelo menos, de insuficiência de fundamentação.
- 218 Pelas mesmas razões que as acima expostas, a obrigação imposta aos fundadores de fornecerem também a terceiros o pessoal das locomotivas especiais para a passagem do túnel do canal da Mancha está ferida do mesmo vício de falta ou insuficiência de fundamentação.
- 219 De onde se conclui que a decisão impugnada, na parte em que impõe às recorrentes a obrigação de fornecer a terceiros, concorrentes da ENS, os mesmos «serviços indispensáveis» que fornecem a esta, padece de falta, ou, pelo menos, de insuficiência, de fundamentação.
- 220 Resulta igualmente do que precede que a análise da Comissão das restrições à concorrência em relação a terceiros, devido às relações privilegiadas dos fundadores com a ENS, também não tem fundamento (v., *supra*, n.ºs 150 e 151). Com efeito, uma vez que, como foi demonstrado acima, a ENS não é um operador de transporte, o mercado ferroviário não pode, finalmente, ser cindido em dois mercados de serviços distintos, isto é, um mercado integrado de prestação de serviços de transporte de passageiros no qual se movem as empresas ferroviárias e os seus agrupamentos internacionais e um mercado de acesso e gestão da infra-estrutura, gerido por gestores de infra-estrutura, na acepção da Directiva 91/440 (v., *supra*, enquadramento jurídico, n.ºs 1 a 6). Acresce que o argumento invocado pela Comissão na audiência, segundo o qual resulta do n.º 55 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Outubro de 1997, Deutsche Bahn/Comissão

(T-229/94, Colect., p. II-1689), que o mercado dos serviços ferroviários constitui um submercado distinto do mercado dos transportes ferroviários em geral, não tem fundamento, visto que as conclusões do Tribunal nesse processo dizem apenas respeito ao mercado ferroviário do transporte combinado. É, pois, nos dois mercados acima referidos que a análise das restrições à concorrência em relação a terceiros deve ser efectuada.

- 221 Assim em primeiro lugar, em relação à infra-estrutura (linhas horárias), o Tribunal faz notar que, se é verdade que o acesso de terceiros a essa infra-estrutura pode ser dificultado quando são empresas concorrentes que controlam esse acesso, não é menos verdade que a obrigação das empresas de transporte ferroviário, que são simultaneamente gestoras da infra-estrutura, de permitir o acesso a esta infra-estrutura em condições equitativas e não discriminatórias a agrupamentos internacionais concorrentes da ENS está expressamente consagrada e garantida pela Directiva 91/440. Em consequência, os acordos ENS não podem, por definição, dificultar o acesso de terceiros à infra-estrutura. Quanto ao fornecimento à ENS de locomotivas especiais para a passagem do túnel do canal da Mancha, bem como do pessoal destas, o benefício deste serviço, por si só, só pode dificultar o acesso de terceiros ao mercado a jusante se essas locomotivas e o respectivo pessoal deverem ser considerados como elementos essenciais. Ora, não podendo as locomotivas especiais e o respectivo pessoal, pelas razões acima expostas (v. n.ºs 210 a 215) ser qualificadas como elementos essenciais, o facto de os acordos de exploração dos serviços nocturnos de comboio preverem o seu fornecimento à ENS não pode ser visto como implicando uma restrição da concorrência em relação a terceiros. Por conseguinte, esta análise da Comissão das restrições à concorrência relativamente a terceiros também não tem fundamento (v., *supra*, n.ºs 150 e 151).

4. *Quanto ao quarto fundamento, baseado na insuficiência do período de isenção concedido*

Argumentos das partes

- 222 As recorrentes sublinham que nos acordos ENS está em causa um investimento importante a longo prazo e que o rendimento do projecto assenta na obtenção de uma financiamento vantajoso, por um prazo de 20 anos, para compra do material

circulante especial, de modo que a limitação da isenção a um prazo de oito anos seria insuficiente. A referência, na decisão, ao prazo julgado necessário por determinadas empresas ferroviárias para assegurar a viabilidade de um outro acordo, relativo a serviços de transporte combinado de mercadorias via túnel do canal da Mancha, seria destituída de pertinência, por dizer respeito a uma empresa comum que opera num sector diferente da ENS, do qual nenhuma das notificantes é parte.

223 Quanto à justificação, invocada no ponto 73 da decisão, baseada no facto de o prazo de eficácia da isenção depender, nomeadamente, do período em que, de forma razoável, se pode considerar que as condições de funcionamento do mercado não irão ser sensivelmente alteradas, as recorrentes entendem que a Comissão não apresenta nenhum dado que permita prever que essas modificações irão ocorrer no termo do período de isenção, sabendo-se que os riscos financeiros se acentuariam devido à duração, relativamente curta, do período de isenção.

224 As recorrentes acrescentam, a este propósito, que na sua prática decisória, a Comissão sempre considerou que as empresas comuns que exigiam investimentos importantes a longo prazo, e cujo objecto é o desenvolvimento de um novo produto, precisam necessariamente de um longo período para rentabilizar o capital investido. Entendem que a consideração, constante da decisão, de que a aquisição de material em comum seria dissociável do modo de exploração comercial desse mesmo material não tem fundamento no presente caso, visto que o material circulante utilizado pela ENS só pode servir para percursos entre o Reino Unido e o continente. Por todas estas razões, as recorrentes concluem que a decisão impugnada está viciada por erro manifesto de apreciação e/ou falta ou insuficiência de fundamentação.

225 A Comissão, por sua vez, explica que o prazo da isenção deve ser determinado tendo em conta as condições do mercado existentes no momento de tomada da decisão, à luz das modificações razoavelmente previsíveis que poderão ocorrer

nesse mercado. Entende que, no presente caso, o prazo da isenção concedida, isto é, dez anos a contar da notificação e oito a contar da data da decisão, permite conciliar previsões económicas realistas, por um lado, com a necessidade de segurança jurídica das empresas, por outro. Com efeito, resultaria da notificação dos acordos que as projecções financeiras das empresas ferroviárias em causa indicam que os serviços nocturnos prestados pela ENS criarão receitas suficientes para cobrir as despesas a partir do quarto ano da exploração (notificação, p. 35, ponto II.4. e.1.4., documento n.º 1 junto à contestação). Segundo a Comissão, o facto de o financiamento da aquisição de material circulante se estender por um período de 20 anos não é justificação para a concessão de uma isenção a longo prazo, porque a aquisição de material em comum seria dissociável do modo de exploração comercial desse mesmo material.

226 A Comissão acrescenta que, de qualquer modo, por força do n.º 2 do artigo 13.º do Regulamento n.º 1017/68, a isenção pode ser renovada mais de uma vez, se as circunstâncias o exigirem, e que, na prática, a renovação é concedida sempre que as condições do mercado não se tenham alterado significativamente. Mesmo em caso de alterações importantes, a Comissão pode sempre renovar a decisão de isenção e subordiná-la a condições diferentes das previstas na decisão anterior.

227 O Reino Unido, interveniente, sustenta que a condição imposta às empresas de transporte ferroviário e a duração da isenção alteram a base financeira em que as partes nos acordos ENS se apoiaram para assumir o compromisso de fornecimento dos novos serviços ferroviários em causa. A importância do investimento acordado pelas partes deveria ter sido, segundo este interveniente, um elemento essencial da determinação da duração da isenção. Não tendo tomado em consideração este elemento, a decisão é incompatível com a política de favorecimento da participação do sector privado no desenvolvimento das redes transeuropeias.

228 Em resposta, a Comissão afirma que a duração da isenção concedida é simultaneamente suficiente e justificada e acrescenta que, ao contrário do que pretende o Reino Unido, a sua decisão é conforme à sua política a respeito do papel do sector privado no desenvolvimento das redes transeuropeias.

Apreciação do Tribunal

229 Como resulta da análise efectuada pelo Tribunal dos primeiro e segundo fundamentos, deve considerar-se que a Comissão não analisou de modo correcto e bastante, na decisão impugnada, o contexto económico e jurídico no qual se inscrevem os acordos ENS. Em consequência, não ficou demonstrado que os acordos ENS sejam restritivos da concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que, por isso, necessitem de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. A Comissão não tinha, portanto, os meios de avaliar que prazo era adequado para uma eventual isenção ao abrigo deste artigo.

230 Porém, mesmo que a Comissão tivesse efectuado, na decisão, uma avaliação suficiente e correcta das restrições à concorrência em causa, o Tribunal entende que o prazo por que é concedida uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, ou, como no caso em apreço, ao abrigo do artigo 5.º do Regulamento n.º 1017/68 e do artigo 53.º, n.º 3, do acordo EEE, deve ser suficiente para permitir aos beneficiários realizar os benefícios que justificam a isenção em questão, isto é, no presente caso, o contributo para o progresso económico e as vantagens resultantes para os utentes da implementação de novos serviços de transporte de um elevado nível de qualidade, como se refere nos pontos 59 a 61 da decisão impugnada. Por outro lado, dado que esse progresso económico e essas vantagens não podem ser conseguidos sem investimentos importantes, o período necessário para rentabilizar esses investimentos constitui necessariamente um elemento essencial na avaliação do prazo da isenção, tanto mais quanto, como no caso ora em apreço, é manifesto que se trata de serviços totalmente novos que necessitam de investimentos consideráveis e implicam riscos financeiros importantes e a colocação em comum do *know-how* das empresas participantes (pontos 63, 64 e 75 da decisão impugnada).

231 Nestas condições, é entendimento do Tribunal que a afirmação constante do ponto 73 da decisão, de que «o prazo de eficácia da isenção depende, nomeadamente, do

período em que, de forma razoável, se pode considerar que as condições de funcionamento do mercado não irão ser sensivelmente alteradas» não pode ser havida como um elemento determinante, por si só, para a determinação do prazo de isenção, sem ter em conta, igualmente, o período de tempo necessário para permitir às partes obter uma remuneração suficiente do seu capital.

232 Ora, o Tribunal verifica que a decisão impugnada não contém uma avaliação circunstanciada do prazo necessário para rentabilizar os investimentos em causa em condições de segurança jurídica, tomando em consideração, designadamente, o facto de os compromissos financeiros das partes para a compra de material circulante especial terem sido assumidos por 20 anos. A afirmação da Comissão, constante do ponto 76 da decisão, de que no domínio do transporte combinado de mercadorias, as empresas ferroviárias lhe tinham comunicado ser necessário um período de cinco anos para conseguir assegurar a viabilidade de novos serviços, é impertinente, posto que, como acabámos de verificar (v., *supra*, n.ºs 185 a 187), se está perante uma empresa comum que opera num mercado diferente do da ENS.

233 Quanto à afirmação da Comissão, constante do ponto 75 da decisão impugnada, de que o montante dos investimentos não pode constituir um elemento determinante para a fixação do período de isenção, porque a aquisição do material em comum é dissociável das modalidades da sua exploração comercial, é forçoso concluir que a decisão não contém qualquer dado que permita compreender por que é que a exploração comercial desse material é «dissociável» da sua aquisição, quando é sabido que o material circulante em causa foi adquirido e os compromissos financeiros correspondentes assumidos unicamente no quadro dos acordos notificados. De qualquer modo, a Comissão não contestou a afirmação das recorrentes de que outras possibilidades de utilização do material circulante em causa eram extremamente limitadas.

- 234 De onde se conclui que, qualquer que seja o caso, a decisão da Comissão, de limitar a oito anos o prazo de concessão da isenção aos acordos ENS padece de falta de fundamentação.
- 235 Tendo em conta o que acima se disse, o quarto fundamento das recorrentes deve considerar-se procedente.
- 236 Resulta de quanto precede, e sem que seja necessário que o Tribunal se pronuncie sobre o fundamento invocado pela SNCF no processo T-384/94, baseado em violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 1017/68, que a decisão impugnada deve ser anulada.

Quanto às despesas

- 237 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido pedido. Tendo a Comissão sido vencida e tendo as recorrentes apresentado o correspondente pedido, há que condená-la nas despesas, incluindo as efectuadas pela SNCF, interveniente nos processos T-374/94 e T-384/94.
- 238 Nos termos do n.º 4 do artigo 87.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, o Reino Unido suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção),

decide:

- 1) A Decisão 94/663/CEE da Comissão, de 21 de Setembro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE e do artigo 53.º do acordo EEE (IV/34.600 - «Night services»), é anulada.
- 2) A Comissão é condenada no pagamento das despesas.
- 3) O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, interveniente, suportará as suas próprias despesas.

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 15 de Setembro de 1998.

O secretário

O presidente

H. Jung

A. Kalogeropoulos