ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Terceira Secção Alargada)
22 de Outubro de 1996 *

Nos processos apensos T-79/95 e T-80/95,

Société nationale des chemins de fer français, empresa pública de direito francês, com sede em Paris, representada pelas advogadas Barbara Rapp-Jung e Nathalie Flandin, do foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Victor Elvinger, 31, rue d'Eich,

recorrente no processo T-79/95,

e

British Railways Board, sociedade de direito inglês, com sede em Londres, representada por Thomas Sharpe, QC, do foro de Inglaterra e do País de Gales, mandatado por Alexandre R. M. Nourry, solicitor, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

recorrente no processo T-80/95,

apoiadas por

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por Lindsey Nicoll e Stephanie Ridley, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agentes, assistidas por K. P. E. Lasok, barrister of Gray's Inn, e Kenneth Parker, QC, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada do Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

* Línguas de processo: inglês e francês.

e

Channel Tunnel Group Ltd, sociedade de direito inglês, com sede em Londres,

France Manche SA, sociedade de direito francês, com sede em Paris,

tendo ambas constituído

Eurotunnel, sociedade em participação, com sede em Londres,

representadas por Christine Héron Schwaighofer e Christian Roth, advogados no foro de Paris, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Aloyse May, 31, Grand-rue,

British Railways Board, apoiada igualmente por

European Passenger Services Ltd, sociedade de direito inglês, com sede em Londres, representada por Thomas Sharpe, QC, do foro de Inglaterra e do País de Gales, mandatado por Alexandre R. M. Nourry, solicitor, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

intervenientes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Francisco Enrique González Díaz e Carmel O'Reilly, membros do Serviço Jurídico, e Guy Charrier, funcionário nacional destacado na Comissão, na qualidade de agentes, 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 pedidos de anulação da Decisão 94/894/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE e do artigo 53.° do acordo EEE (IV/32.490 — Eurotunnel) (JO L 354, p. 66) e, a título subsidiário, das condições estabelecidas no artigo 2.°, parte A, desta decisão,

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

composto por: C. P. Briët, presidente, B. Vesterdorf, P. Lindh, A. Potocki e J. D. Cooke, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 25 de Junho de 1996,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

1 Por tratado assinado em 12 de Fevereiro de 1986, a República Francesa e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (a seguir «Reino Unido») comprometeram-se a autorizar a construção e a exploração por concessionários privados de uma ligação ferroviária sob a Mancha (a seguir «ligação fixa» ou «túnel») entre Fréthun no Pas-de-Calais e Cheriton no Kent.

2 Nos termos do contrato assinado em 14 de Maio de 1986 com o secretário de Estado para os Transportes do Reino Unido e o Ministro do Urbanismo, Habitação e Transportes francês, as sociedades Channel Tunnel Group e France Manche obtiveram a concessão para a construção e exploração do túnel sob a Mancha. Para este fim, criaram uma sociedade em participação sob o nome de «Eurotunnel». A duração da concessão inicialmente fixada em 55 anos foi alargada para 65 anos em 1994.

3 O anexo I do contrato de concessão prevê as condições de exploração de um serviço de *navettes* entre Fréthun e Cheriton (a seguir «navettes»). Incumbe à Channel Tunnel Group e à France Manche SA (a seguir «Eurotunnel»), na qualidade de concessionários, assegurar as frequências mínimas de *navettes* definidas no contrato (artigo A. I. 32 do contrato de concessão). Além disso, resulta das disposições do anexo I do contrato de concessão que o túnel será também utilizado para assegurar a passagem de comboios internacionais das outras companhias de caminho de ferro para além da Eurotunnel entre localidades situadas no Reino Unido e localidades situadas no continente (a seguir «comboios internacionais»).

4 Em 29 de Julho de 1987, a Eurotunnel, por um lado, e as recorrentes, por outro lado, celebraram uma convenção relativa à utilização da ligação fixa (a seguir «convenção»). A convenção foi celebrada no quadro e com a duração da concessão obtida pela Eurotunnel.

5 Nos termos do seu artigo 6.2, as recorrentes «terão direito, em qualquer momento durante o período de vigência da convenção, a 50% da capacidade da ligação fixa, por hora e em cada uma dos sentidos... a não ser que dêem o seu consentimento para renunciar a uma parte deste seu direito, devendo uma eventual recusa ser justificada». A restante capacidade do túnel, medida em linhas-tipo por hora, continua à disposição da Eurotunnel, gestora da infra-estrutura. Em contrapartida da utilização da ligação fixa, as recorrentes devem pagar à Eurotunnel encargos de utilização que incluem um elemento fixo e um elemento variável calculado em função do tráfego efectivo e que apresenta um carácter degressivo. Durante os doze primeiros anos, estes encargos não podem ser inferiores a um determinado limiar. Em conformidade com o artigo 10.° da convenção, as recorrentes devem igualmente reembolsar à Eurotunnel uma parte dos custos de exploração da ligação

fixa tal como descritos no anexo V. Obrigam-se além disso a fazer investimentos importantes com vista a adaptar as suas respectivas infra-estruturas ferroviárias na medida necessária à utilização do túnel assim como a disporem de material específico adaptado a esta utilização.

6 Em 2 de Novembro de 1987, a Eurotunnel, de acordo com as recorrentes, notificou a convenção à Comissão, a fim de obter uma declaração de inaplicabilidade da proibição prevista no artigo 2.° do Regulamento (CEE) n.° 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 75, p. 1; EE 08 F1 p. 106, a seguir «Regulamento n.° 1017/68»). A Comissão publicou um resumo da notificação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 16 de Novembro de 1988 (JO C 292, p. 2), em conformidade com o artigo 12.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1017/68. A Comissão decidiu deixar correr o prazo de noventa dias previsto no artigo 12.°, n.° 3, do referido regulamento sem suscitar dúvidas sérias, concedendo assim uma isenção de três anos a contar da data da publicação no Jornal Oficial do resumo da notificação.

7 Por carta de 25 de Janeiro de 1989, a Eurotunnel solicitou à Comissão uma decisão formal de isenção com uma duração igual à da convenção. A Comissão publicou um resumo deste pedido no Jornal Oficial de 17 de Julho de 1990 (JO C 176, p. 2), em conformidade com o artigo 26.°, n.° 3, do Regulamento n.° 1017/68.

8 Em 20 de Setembro de 1991, a Eurotunnel enviou um memorando à Comissão, no qual explicava que as disposições da convenção eram compatíveis com o artigo 2.° do Regulamento n.° 1017/68.

9 A Comissão, por carta de 28 de Fevereiro de 1994, pediu à Société nationale des chemins de fer français (a seguir «SNCF») para lhe comunicar «as previsões do tráfego de passageiros e mercadorias entre o Reino Unido e o continente durante

os doze primeiros anos de exploração do túnel» assim como «o número de linhas horárias, segundo as horas do dia, que (as recorrentes previam) utilizar para efectuar este tráfego». Por carta de 29 de Março de 1994, a SNCF respondeu: «No horizonte de doze anos, e nos limites que naturalmente tais previsões comportam, a capacidade necessária para assegurar a totalidade deste tráfego representa em média aproximadamente 75% da capacidade reservada às (recorrentes) pela convenção de utilização celebrada com a Eurotunnel. Este número tem em conta as características diversas em termos de velocidade dos diferentes tipos de circulação no túnel. A taxa média de 75% é aliás susceptível de variar à volta deste valor conforme as horas do dia, sem que seja de momento possível ser mais explícito dadas as incertezas quanto ao esquema da procura.»

10 Por carta de 2 de Maio de 1994, a Comissão comunicou às recorrentes o projecto de uma nova comunicação que se preparava para publicar no Jornal Oficial relativa à possível isenção da convenção. A SNCF formulou observações sobre este projecto por cartas de 19 de Maio e 13 de Junho de 1994. A British Railways Board (a seguir «BR») fez o mesmo por carta de 14 de Junho de 1994.

11 No Jornal Oficial de 30 de Julho de 1994 (JO C 210, p. 15), a Comissão publicou uma comunicação em conformidade com o artigo 19.°, n.° 3, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»), e o artigo 26.°, n.° 3, do Regulamento n.° 1017/68. Nesta comunicação (n.° 19), a Comissão salienta que as condições de funcionamento do sector dos transportes ferroviários foram sensivelmente alteradas pela adopção da 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»). A comunicação sublinha seguidamente (n.° 21) que a convenção contém dois aspectos diferentes: uma repartição da capacidade da infra-estrutura que é

abrangida pelo Regulamento n.° 17 e uma repartição do mercado dos transportes que é abrangida pelo Regulamento n.° 1017/68. Considera necessária (n.° 24) uma redução de 20% da percentagem das linhas horárias atribuídas às recorrentes, para que a convenção possa beneficiar de uma isenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CE.

12 A Directiva 91/440, à qual a comunicação da Comissão de 30 de Julho de 1994 faz referência, introduz duas inovações com vista a melhorar a eficácia e a competitividade da rede de caminhos-de-ferro comunitária. Por um lado, prevê uma separação contabilística entre a exploração dos serviços de transportes e a gestão da infra-estrutura (artigo 6.°). Por outro lado, visa em certa medida promover a liberdade de prestação de serviços no sector ferroviário. Assim, o seu artigo 10.° instituí, em benefício das empresas ferroviárias, a partir de 1 de Janeiro de 1993 e sob determinadas condições, um direito de acesso às infra-estruturas ferroviárias situadas na Comunidade. Posteriormente, o Conselho adoptou ainda a Directiva 95/19/CE, de 19 de Junho de 1995, relativa à repartição das capacidades da infra-estrutura ferroviária e à cobrança de taxas de utilização da infra-estrutura (JO L 143, p. 75, a seguir «Directiva 95/19»).

13 Por cartas de 11 e 14 de Outubro de 1994, a Comissão informou a SNCF e a BR que tencionava reduzir as capacidades atribuídas às recorrentes em 25% e não em 20%, na sequência das observações que lhe tinham sido apresentadas por dez terceiros interessados. As recorrentes formularam observações quanto a esta intenção da Comissão por cartas datadas de 19 de Outubro de 1994.

Decisão controvertida

14 A Comissão adoptou a decisão controvertida em 13 de Dezembro de 1994. Esta (n.° 49) baseia-se no Regulamento n.° 1017/68, na medida em que a convenção diz respeito aos serviços de transporte, e no Regulamento n.° 17, na medida em que diz respeito à colocação à disposição de capacidades da infra-estrutura.

15 A decisão distingue os diferentes mercados em causa (n.os 51 a 67):

— por um lado, o mercado do fornecimento de linhas horárias para o transporte ferroviário no túnel, considerando o facto de o túnel sob a Mancha constituir uma facilidade essencial para as empresas ferroviárias que pretendam fornecer serviços de transporte entre o Reino Unido e o continente, estando a dimensão geográfica deste mercado limitada ao túnel e às suas zonas de acesso;

— por outro lado, diversos mercados de serviços de transporte internacional de passageiros e de mercadorias entre o Reino Unido e o continente.

16 Seguidamente, a Comissão constata (n.os 69 a 84) as duas seguintes restrições da concorrência que resultam da convenção.

17 Nos mercados de transporte, a convenção consagra uma repartição dos mercados entre, por um lado, a Eurotunnel, que se concentra na exploração das *navettes* e, por outro lado, as recorrentes, que exploram comboios internacionais de transporte de passageiros e de mercadorias. Tendo em conta o facto de cada parte na convenção ter juridicamente a possibilidade de explorar serviços reservados à outra parte, esta repartição do mercado restringe a concorrência entre a Eurotunnel e as recorrentes.

18 No mercado do fornecimento de linhas horárias para o transporte ferroviário no túnel sob a Mancha, a convenção permite às recorrentes disporem em qualquer momento de 50% da capacidade do túnel. Tendo em conta o facto de, nos termos da convenção, a metade da capacidade do túnel ser reservada aos serviços de *navettes* e de a outra metade ser reservada aos comboios internacionais de passageiros e de mercadorias, as recorrentes dispõem, de facto, de 100% das linhas horárias

disponíveis para esta última categoria de transportes. Assim, outras empresas ferroviárias não podem obter do gestor da infra-estrutura as linhas horárias necessárias para explorarem comboios internacionais de transporte de passageiros ou de mercadorias em concorrência com as recorrentes.

19 A decisão declara as disposições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, do artigo 2.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 1, do acordo EEE inaplicáveis à convenção por um período de 30 anos a contar de 16 de Novembro de 1991. Tendo em conta o facto de a Comissão considerar que a reserva às recorrentes da totalidade das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais não é indispensável para que estas possam realizar as suas prestações de transporte e de contribuir para o êxito do projecto (n.° 102 da decisão controvertida), sujeitou a isenção a condições e obrigações.

20 As condições (a seguir «condições controvertidas») são enunciadas no artigo 2.°, parte A, da decisão controvertida:

«a) Nos termos do disposto no n.° 2 do artigo 6.° da convenção de utilização, a BR e a SNCF não se podem opor a que o gestor da infra-estrutura em causa venda a outras empresas ferroviárias as linhas horárias necessárias para prestarem serviços de transporte internacional de passageiros e de mercadorias.

b) A BR e a SNCF devem, todavia, poder dispor das linhas horárias necessárias para assegurar um nível de serviço apropriado, no decurso do período que expira em 31 de Dezembro de 2006, ou seja, até 75% da capacidade horária do túnel em cada sentido, reservada aos comboios internacionais de transporte de passageiros e de mercadorias para explorarem os seus próprios serviços e os das suas filiais.

c) No decurso do mesmo período referido em b), as outras empresas ferroviárias e agrupamentos de empresas ferroviárias devem poder dispor de, pelo menos, 25% da capacidade horária do túnel em cada um dos sentidos para explorar comboios internacionais de passageiros e de mercadorias.

d) As condições referidas em b) e c) não obstam a que a BR e a SNCF utilizem no decurso do período referido em b) mais de 75% da capacidade horária se as outras empresas ferroviárias não utilizarem os 25% de capacidade restante.

e) As condições referidas em b) e c) não obstam a que as outras empresas ferroviárias utilizem no decurso do período referido em b) mais de 25% da capacidade horária se a BR e a SNCF não utilizarem 75% da capacidade que lhes é reservada.

f) Estes ajustamentos não devem, no entanto, prejudicar o direito da BR e da SNCF de utilizarem, se necessário, durante o período referido em b), até 75% das linhas horárias reservadas para os comboios internacionais, nem o direito das outras empresas ferroviárias de utilizarem até 25% da capacidade em causa.

g) A proporção de linhas horárias reservadas à BR e à SNCF será reexaminada pela Comissão antes de 31 de Dezembro de 2006.»

Tramitação processual e pedidos das partes

21 Por petições apresentadas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 7 e 8 de Maio de 1995, respectivamente, a SNCF e a BR interpuseram os presentes recursos.

22 Cada uma das recorrentes apresentou igualmente um pedido de suspensão da execução do artigo 2.°, parte A, da decisão impugnada, nos termos dos artigos 185.° e 186.° do Tratado. Por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Maio de 1995 (SNCF e British Railways/Comissão, T-79/95 R e T-80/95 R, Colect., p. II-1433), os pedidos foram indeferidos e reservada para final a decisão quanto a despesas.

23 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal, respectivamente, em 31 de Julho de 1995 e em 18 de Agosto de 1995, o Reino Unido e a Eurotunnel requereram a sua intervenção em apoio dos pedidos das recorrentes nos dois processos. Por requerimento apresentado em 18 de Agosto de 1995, a European Passenger Services Ltd (a seguir «EPS») requereu a intervenção em apoio dos pedidos da recorrente no processo T-80/95. As requerentes solicitaram um tratamento confidencial de determinados elementos do requerimento relativamente à Eurotunnel. Os pedidos de intervenção e os pedidos de tratamento confidencial foram admitidos por despachos do Tribunal (Terceira Secção Alargada) datados de 18 de Dezembro de 1995.

24 As recorrentes, assim como o Reino Unido e a EPS, concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão;

— a título subsidiário, anular a decisão na parte em que estabelece condições (artigo 2.°, parte A);

— condenar a Comissão nas despesas.

25 A Eurotunnel conclui pedindo que o Tribunal se digne anular a decisão da Comissão de 13 de Dezembro de 1994 relativa à Eurotunnel (IV/32.490).

26 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento aos recursos;

— condenar as recorrentes nas despesas.

27 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Terceira Secção Alargada) decidiu iniciar a fase oral do processo sem medidas de instrução prévias. Todavia, convidou as partes a responderem a determinadas questões escritas antes da audiência, às quais foi respondido nos prazos fixados.

28 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas do Tribunal na audiência que teve lugar em 25 de Junho de 1996.

29 Ouvidas as partes na audiência, o Tribunal (Terceira Secção Alargada) decidiu apensar os dois processos para efeitos do acórdão.

Quanto ao mérito

Observações liminares

30 As recorrentes invocam seis fundamentos idênticos com vista a obter a anulação da decisão ou, a título subsidiário, das condições controvertidas. O primeiro fundamento consiste na inobservância do alcance do Regulamento n.° 1017/68, o segundo na violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, do artigo 2.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 1, do acordo EEE, o terceiro na violação do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 3, do acordo EEE, o quarto em excesso de poder, o quinto em violação dos

direitos da defesa e o sexto em violação do artigo 190.° do Tratado. A SNCF baseia-se igualmente em violação dos artigos 8.°, n.° 3, do Regulamento n.° 17 e 13.°, n.° 3, do Regulamento n.° 1017/68, relativos à revogação de uma isenção. Finalmente, nos seus articulados de intervenção, a Eurotunnel interroga-se sobre a competência da Comissão para adoptar a decisão controvertida.

31 O Tribunal constata que nos segundo e terceiro fundamentos as recorrentes alegam antes de mais que o raciocínio jurídico da Comissão se baseou num erro de facto, o que terá viciado não só a avaliação dos efeitos anticoncorrenciais da convenção, mas igualmente o exame desta convenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 3, do acordo EEE.

32 O Tribunal considera oportuno examinar antes de mais o mérito das partes dos segundo e terceiro fundamentos relativos a erro de facto.

Quanto ao alegado erro de facto

Exposição sumária da argumentação das partes

33 As recorrentes alegam que a apreciação da Comissão no n.° 84 da decisão controvertida segundo a qual a convenção «tem por objecto e por efeito restringir a concorrência no mercado do fornecimento das linhas horárias para o transporte ferroviário no túnel, bem como no mercado dos transportes» se baseia na consideração de que «metade da capacidade do túnel se encontra reservada aos serviços de *navettes* e que a outra metade é reservada aos comboios internacionais de passageiros e de mercadorias» (n.° 81) e que, portanto, as recorrentes dispõem de 100% das linhas horárias disponíveis para esta última categoria de transportes (n.° 82). Apoiadas por todos os intervenientes, as recorrentes insistem no facto de a con-

venção não conter qualquer disposição que reserve metade da capacidade do túnel à Eurotunnel com vista à exploração de *navettes* e que reserve o restante às recorrentes com vista à exploração de comboios internacionais de passageiros e de mercadorias.

34 A Comissão ter-se-á baseado quase unicamente numa declaração isolada que figura na notificação [ponto III.1. c ii) da notificação] para concluir por uma pretensa impossibilidade das empresas ferroviárias terceiras obterem linhas no túnel para efeitos de explorar comboios internacionais. Além disso, a Comissão terá passado em silêncio as declarações posteriores feitas pela Eurotunnel no seu memorando de 20 de Setembro de 1991 (v. *supra*, n.° 8) que contradizem a interpretação dada à convenção pela Comissão. As recorrentes salientam a este propósito que o ponto 3.1.3 do memorando enuncia: «A Eurotunnel não tem qualquer interesse em favorecer um meio de transporte de preferência a outro, uma vez que estes satisfazem necessidades diferentes. Na realidade, a repartição da capacidade será decidida no futuro pela procura dos utentes.»

35 As recorrentes observam que a Eurotunnel poderá manter o túnel aberto a outras empresas ferroviárias colocando à disposição destas uma parte da capacidade de que dispõe. Incumbe à Eurotunnel, enquanto gestora da infra-estrutura, permitir às empresas ferroviárias terceiras que o pedirem o acesso ao túnel. Como não existe qualquer obrigação da Eurotunnel de afectar os 50% da capacidade de que dispõe ao serviço de *navettes*, a possibilidade das empresas terceiras pedirem o acesso ao túnel é plenamente conforme com a economia da convenção.

36 Nos seus articulados de intervenção (n.° 4 e n.^{os} 80 a 86) assim como na audiência, a Eurotunnel afirmou igualmente que nenhuma estipulação da convenção impõe a reserva aos serviços de *navettes* dos 50% da capacidade que não foram atribuídos

às recorrentes. Por conseguinte, a convenção não impede a Eurotunnel de colocar à disposição de terceiros uma parte da sua própria capacidade para a exploração de comboios internacionais. Fisicamente, o túnel oferece em média disponibilidades suficientes para os eventuais pedidos de terceiros. Juridicamente, por força das Directivas 91/440 e 95/19, as empresas terceiras beneficiam em todo o caso de um *direito de acesso às infra-estruturas dos Estados-Membros.*

37 As recorrentes entendem que o erro de facto que consiste em considerar que dispõem de 100% das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais, excluindo assim qualquer possibilidade de as empresas terceiras obterem as linhas horárias necessárias para essa categoria de transporte, teve como consequência que a Comissão incluiu na decisão de isenção condições que qualificam de supérfluas e desproporcionadas.

38 A Comissão refuta a argumentação das recorrentes e intervenientes citando vários documentos, alguns dos quais provavam a existência de uma partilha de mercado entre as recorrentes e a Eurotunnel — ponto que não é tratado no âmbito do presente fundamento — e alguns outros que visam demonstrar a realidade de uma repartição da capacidade do túnel, em partes iguais, entre as *navettes* e os comboios internacionais. No que se refere a esta pretensa repartição da capacidade do túnel, a Comissão reporta-se particularmente ao ponto III.1. c ii) da notificação.

39 A Comissão remete igualmente para os pontos 3.1.1 e 3.1.2 do memorando de 20 de Setembro de 1991 (v. *supra,* n.° 8), que estão redigidos nos termos seguintes:

«3.1.1. Dado que a capacidade do túnel é necessariamente limitada, tinha de ser dividida entre os dois meios de transporte. Segundo a repartição actual, nem os comboios nem as *navettes* podem utilizar mais de 50% daquela capacidade.

3.1.2. Esta repartição de 50/50 não foi estabelecida definitivamente. Se a experiência demonstrar que um dos meios de transporte é objecto de uma maior procura, a sua parte da capacidade pode ser aumentada; v. o artigo 6.2 i) da convenção.»

40 À luz destes diversos elementos, a Comissão considera que, nos termos da convenção, os 50% da capacidade do túnel que não foram atribuídos às recorrentes devem ser utilizados para a exploração de *navettes.* Perante o facto de os outros 50% deverem ser utilizados para a exploração de comboios internacionais e de a totalidade da capacidade destinada à exploração de «comboios internacionais» estar reservada às recorrentes, as empresas terceiras que pretendam explorar comboios internacionais utilizando o túnel não terão possibilidade de obter as linhas horárias necessárias.

41 A Comissão acrescenta que, mesmo supondo que o acordo não procedeu a uma tal repartição dos mercados de transportes e que as companhias ferroviárias estrangeiras conservam consequentemente a possibilidade de recorrer às linhas da Eurotunnel para explorar comboios internacionais, a cláusula que reserva 50% da capacidade do túnel às recorrentes durante 65 anos restringe, em qualquer circunstância, a concorrência.

Apreciação do Tribunal

42 Na decisão controvertida (n.os 73 a 79), a Comissão afirmou em primeiro lugar a existência de uma partilha de mercado entre a Eurotunnel e as recorrentes, por força da qual as partes se teriam obrigado a se concentrarem respectivamente no mercado das *navettes* e no mercado dos comboios internacionais. Considerou (n.os 86 a 103) que estas restrições da concorrência no mercado dos transportes preenchem as quatro condições necessárias para poder beneficiar de uma isenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado.

43 Seguidamente (n.os 80 a 84 e 101 a 103), a Comissão afirma a existência no pretenso mercado do fornecimento de linhas horárias para o transporte ferroviário no túnel de restrições da concorrência que não eram enquanto tais «isentáveis» nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 3, do acordo EEE.

44 O raciocínio seguido para avaliar os efeitos anticoncorrenciais no mercado da reserva, em benefício das recorrentes, de 50% da capacidade é retomado nos n.os 81 a 83 da decisão controvertida nos termos seguintes:

«(81) ... resulta da convenção que metade da capacidade do túnel se encontra reservada aos serviços de *navettes* e que a outra metade é reservada aos comboios internacionais de passageiros e de mercadorias.

(82) Para além disso, a BR e a SNCF têm direito em qualquer momento a 50% da capacidade do túnel para explorar comboios internacionais, o que corresponde na prática a 100% das linhas horárias disponíveis para esta categoria de transportes, salvo se renunciarem a uma parte do seu direito. Devido a estas disposições da convenção, a BR e a SNCF não se comprometem a adquirir 50% da capacidade do túnel, comprometendo-se no entanto o concessionário a vender esta capacidade se tal se revelar necessário.

(83) Outras empresas ferroviárias não podem assim obter do gestor da infra-estrutura as linhas horárias necessárias para explorarem comboios internacionais de transporte de passageiros ou de mercadorias em concorrência com a BR e a SNCF.»

45 É facto assente que, nos termos do artigo 6.2 i) da convenção, as recorrentes têm direito, pelo período de duração desta, a 50% da capacidade do túnel.

46 As recorrentes e a Eurotunnel contestam, todavia, as premissas de facto reproduzidas nos n.os 81 e 82 da decisão, que estão subjacentes à apreciação feita pela Comissão das possibilidades de acesso ao túnel por empresas ferroviárias terceiras.

47 Assim, todas as partes na convenção alegam perante o Tribunal que, contrariamente à afirmação feita no n.° 81 da decisão controvertida, a convenção não prevê em parte alguma que a metade da capacidade do túnel está reservada às *navettes*. Quanto à conclusão contida no n.° 82 da referida decisão, segundo a qual as recorrentes dispõem da totalidade das linhas horárias para os comboios internacionais, também será inexacta. A este propósito, tanto nos seus articulados de intervenção como na audiência, a Eurotunnel afirmou expressamente que nenhuma disposição da convenção a impede de colocar capacidades à disposição das empresas ferroviárias terceiras que pretendam explorar comboios internacionais retirando as linhas horárias necessárias para este efeito das suas capacidades próprias.

48 Resulta, portanto, à primeira vista das afirmações de todas as partes na convenção que a Comissão cometeu um erro de interpretação da referida convenção. Todavia, não se poderá excluir que a interpretação proposta pelas recorrentes e pela Eurotunnel constitua na realidade uma alteração da convenção ocorrida posteriormente à adopção da decisão controvertida, alteração que poderia eventualmente dar lugar a uma revogação da decisão pela Comissão mas não à sua anulação pelo Tribunal. Considerando que a legalidade de uma decisão deve ser apreciada no momento da sua adopção (v., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1973, Schroeder, 40/72, Colect., p. 59, n.° 14, e de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni e o., C-133/93, C-300/93 e C-362/93, Colect., p. I-4863, n.° 43), há que verificar se no momento da adopção da decisão controvertida a Comissão cometeu um erro de facto ao constatar a existência de uma repartição da capacidade do túnel entre *navettes* e comboios internacionais à concorrência de 50/50, de forma que a capacidade atribuída à Eurotunnel estaria exclusivamente reservada às *navettes* e a das recorrentes exclusivamente aos comboios internacionais.

49 Deve constatar-se que nenhuma disposição da convenção reserva explícita ou implicitamente a metade da capacidade do túnel aos serviços de *navettes* e a outra metade aos comboios internacionais de passageiros e de mercadorias, não obstante o n.° 81 da decisão controvertida afirmar que tal repartição «resulta da convenção».

50 A Comissão alega que a sua interpretação da convenção assenta no texto da notificação assim como em algumas passagens do memorando da Eurotunnel de 20 de Setembro de 1991 (v. n. ° 8 *supra).* Segundo a Comissão, a notificação permite às partes num acordo transmitirem-lhe a sua interpretação sobre a natureza e o teor desse acordo. Por conseguinte, a Comissão considera que se as recorrentes eram de opinião que a notificação feita pela Eurotunnel dava uma interpretação errada da convenção, não teriam aprovado o conteúdo da referida notificação.

51 O ponto III.1. c ii) da notificação para o qual a Comissão remete (processo T-79/95, contestação, n.° 107; processo T-80/95, tréplica, n.° 36) está redigido da seguinte forma:

«A convenção tem por finalidade regular uma partilha equitativa e realizável da nova infra-estrutura que representa a ligação fixa entre, por um lado, os mercados de transporte de passageiros e de mercadorias por comboio e, por outro, o mercado do transporte de veículos automóveis acompanhados por um sistema específico de *navettes.*»

52 Embora esta passagem se refira a uma «partilha equitativa e realizável» do túnel, o Tribunal constata não obstante que a mesma não apoia a tese da Comissão, segundo a qual a convenção prevê uma partilha em partes iguais entre os serviços de *navettes* e os serviços de comboios internacionais.

53 Os termos do memorando de 20 de Setembro de 1991 não estão em si isentos de equívocos. Tem que se constatar, com efeito, que tanto a Comissão como as recorrentes se baseiam em passagens do memorando de 20 de Setembro de 1991 para demonstrar a exactidão das suas respectivas interpretações. Embora o extracto citado pela Comissão (v. *supra,* n.° 39) pareça apoiar a sua interpretação, coloca igualmente em evidência que a «repartição 50/50 não foi estabelecida definitivamente» e que poderá variar em função da procura.

54 Importa além disso observar que as recorrentes, no decurso do processo administrativo na Comissão, chamaram expressamente a atenção desta para o facto de a convenção não prever a reserva da metade do túnel às *navettes* e da outra metade aos comboios internacionais, de forma que as empresas ferroviárias terceiras poderão recorrer às linhas horárias da Eurotunnel para explorar comboios internacionais.

55 Assim, numa carta da BR à Comissão datada de 19 de Outubro de 1994 (petição inicial no processo T-80/95, anexo 16), vem referido que: «...It is a fundamental misconception to consider for the purposes of directive 91/440 and competition policy, that the capacity of the tunnel available for the passage of through trains is limited to the capacity reserved by the contract that BR and SNCF made with Eurotunnel. It is the case... that the contract puts us under obligations to pass the trains of other railway operators. But the contract in no way prevents Eurotunnel from making other capacity available to other railways operators and the contract does not give to BR and SNCF any right to oppose that course of action. For Eurotunnel to refuse to do so would no doubt be abusive.»

«... É manifestamente errado considerar que para efeitos da Directiva 91/440 e da política de concorrência a capacidade do túnel disponível para a passagem de comboios internacionais está limitada à capacidade reservada pela convenção que a BR e a SNCF celebraram com a Eurotunnel. Com efeito... a convenção obriga-nos a deixar passar os comboios de outras companhias ferroviárias. Mas a convenção não impede de forma alguma a Eurotunnel de colocar outra capacidade à disposição de outras companhias ferroviárias e a convenção não atribui à BR nem à SNCF o direito de se oporem a tal actuação. A eventual recusa da Eurotunnel de agir desta forma seria sem dúvida abusiva.»

56 Da mesma forma, numa carta da BR à Comissão de 25 de Outubro de 1994 (petição inicial no processo T-80/95, anexo 16), a recorrente no processo T-80/95 alegou: «... There is a profound misunderstanding about the nature of the usage contract... The usage contract does not in any way prevent third parties from entering the same market [as BR and SNCF]. It provides for BR and SNCF to pass the trains of other railways through the tunnel, as we are keen to do. But as well as that, there is nothing in the contract to stop Eurotunnel from giving access to third parties. The contract that Eurotunnel made with BR and SNCF secures us entitlement to only half the capacity...»

«... Existe um profundo equívoco quanto à natureza da convenção de utilização... A convenção de utilização não impede de forma alguma que terceiros penetrem no mesmo mercado (que o da BR e da SNCF). A convenção dispõe que a BR e a SNCF devem deixar passar através do túnel os comboios de outras companhias ferroviárias, o que tencionamos respeitar. Além disso, nenhuma cláusula da convenção impede a Eurotunnel de dar acesso a terceiros. A convenção que a Eurotunnel celebrou com a BR e a SNCF concede-nos unicamente direitos sobre a metade da capacidade...»

57 A carta da SNCF à Comissão datada de 19 de Outubro de 1994 também contradiz a tese de que as recorrentes dispõem da totalidade das linhas horárias para a exploração de comboios internacionais (petição inicial no processo T-79/95, anexo 8):

«... Como a Eurotunnel... dispõe dos restantes 50% da capacidade do túnel, pode utilizá-los quer para a sua actividade de exploração dos serviços de *navettes*, quer para cumprir a sua tarefa de gestor da infra-estrutura do túnel... ou seja, satisfazer os pedidos de acesso provenientes de empresas ferroviárias terceiras. Com efeito, a Eurotunnel não está sujeita pelos Governos francês e britânico a qualquer obrigação de utilizar uma percentagem determinada da capacidade da infra-estrutura em causa para a exploração dos serviços de *navettes*. Ora, a frota de *navettes* de que dispõe potencialmente a Eurotunnel não requer de forma alguma a integralidade dos 50% que são a parte da Eurotunnel por força da convenção de utilização.»

58 Resulta do que antecede que as afirmações de todas as partes na convenção no decurso do processo no Tribunal, segundo as quais os n.^{os} 81 e 82 são inexactos quanto aos factos (v. *supra* n.° 47) assentam não apenas numa interpretação da convenção que é compatível com os próprios termos desta e da notificação de 2 de

Novembro de 1987, mas correspondem além disso aos esclarecimentos prestados pelas recorrentes na última fase do processo administrativo na Comissão. Nestas circunstâncias, a interpretação que as recorrentes e a Eurotunnel deram à sua convenção não pode ser considerada como uma alteração da convenção que tivesse ocorrido posteriormente à adopção da decisão controvertida.

59 Daqui resulta que as constatações que a Comissão fez nos n.^{os} 81 e 82 da decisão controvertida, segundo as quais, por um lado, metade da capacidade do túnel estaria reservada às *navettes* e a outra aos comboios internacionais, e, por outro, as recorrentes disporiam da totalidade da capacidade reservada aos comboios internacionais, estão viciadas por erro de facto.

60 O Tribunal constata seguidamente que a apreciação dos efeitos anticoncorrenciais da convenção a que se procedeu na decisão controvertida assenta neste erro de facto (n.^{os} 83 e 84 da decisão controvertida). Assim, avaliando os efeitos restritivos da convenção relativamente a empresas ferroviárias terceiras, a Comissão não teve em conta a hipótese de que a Eurotunnel poderá ainda ceder uma parte da sua própria capacidade a empresas terceiras que pretendam explorar comboios internacionais através do túnel.

61 Importa acrescentar que a possibilidade de as empresas ferroviárias terceiras obterem linhas horárias retiradas da capacidade da Eurotunnel constitui uma oportunidade realista. Assim, o serviço de *navettes* mínimo que a Eurotunnel é obrigada a explorar por força do contrato de concessão (v. *supra* n.° 3) representa apenas 40% da sua própria capacidade (n.° 113 do articulado de intervenção da Eurotunnel no processo T-79/95 e n.° 112 do articulado de intervenção da Eurotunnel no processo T-80/95). Além disso, foi expressamente afirmado na audiência que a Eurotunnel apenas utiliza actualmente 66% da sua capacidade.

62 No que diz respeito ao argumento da Comissão de que a reserva de 50% da capacidade às redes ferroviárias durante 65 anos constitui em qualquer circunstância uma violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, importa salientar que, mesmo que uma tal reserva constitua uma restrição da concorrência, não deixa de ser verdade que na decisão litigiosa a Comissão não avaliou correctamente os efeitos anticoncorrenciais da convenção relativamente às empresas ferroviárias terceiras.

63 O erro de facto cometido pela Comissão influenciou igualmente a apreciação que fez da convenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 e do artigo 53.°, n.° 3, do acordo EEE. Com efeito, resulta da decisão controvertida que «a reserva à BR e à SNCF da totalidade das linhas horárias disponíveis para os comboios internacionais não parece indispensável para que estas possam realizar as suas prestações de transporte e contribuir para o êxito do projecto» (n.° 102) e que tal reserva corre o risco de eliminar toda a concorrência (n.° 103). Para tornar a convenção «isentável», a Comissão entendeu necessário impor condições (n.^{os} 102 e 103 da decisão controvertida) a fim de garantir às empresas ferroviárias terceiras a possibilidade de obterem linhas horárias para explorar comboios internacionais. Por força destas condições formuladas no artigo 2.°, parte A, da decisão controvertida, as recorrentes podem ser obrigadas a ceder até 25% da capacidade que lhes foi reservada pelo artigo 6.2 i) da convenção.

64 O Tribunal considera que se a Comissão tivesse avaliado correctamente as possibilidades oferecidas às empresas ferroviárias terceiras de obterem linhas horárias necessárias à exploração dos comboios internacionais através do túnel, não é de excluir que não teria considerado necessário impor condições às recorrentes. Em alternativa, teria podido impor condições tanto às recorrentes como à Eurotunnel, o que poderia ter tido como efeito permitir a imposição às recorrentes de condições menos onerosas que as condições actuais. Todavia, uma vez que não compete ao Tribunal, no quadro do contencioso de anulação, substituir pela sua própria apreciação a da Comissão (v., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Primeira

Instância de 24 de Março de 1994, Air France/Comissão, T-3/93, Colect., p. II-121, n.° 113, e de 18 de Setembro de 1995, Ladbroke Racing/Comissão, T-548/93, Colect., p. II-2565, n.° 54), deve ser anulado o artigo 2.°, parte A, da decisão em litígio que impõe às recorrentes as condições controvertidas.

65 O Tribunal constata que as condições controvertidas constituem uma parte essencial da decisão em litígio, inseparável das outras disposições desta decisão. Assim, devem ser julgados procedentes os pedidos principais das recorrentes e anulada a decisão na sua totalidade, sem que seja necessário decidir sobre os outros fundamentos de anulação.

Quanto às despesas

66 Nos termos do artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrida sido vencida e as recorrentes pedido a sua condenação, há que condená-la nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

67 Nos termos do artigo 87.°, n.° 4, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas. Nestas condições, o Reino Unido suportará as suas despesas. No que se refere aos outros intervenientes, o Tribunal verifica que a Eurotunnel não formulou qualquer pedido quanto a despesas. Assim, suportará as suas despesas. As despesas da EPS, que pediu a condenação da Comissão, serão suportadas por esta última.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção Alargada)

decide:

1) Os processos T-79/95 e T-80/95 são apensados para efeitos do acórdão.

2) É anulada a Decisão 94/894/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE e do artigo 53.° do acordo EEE (IV/32.490 — Eurotunnel).

3) A Comissão suportará as suas despesas e as despesas efectuadas pelas recorrentes, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias. Suportará igualmente as despesas da interveniente European Passenger Services Ltd.

4) O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte assim como a Channel Tunnel Group Ltd e a France Manche SA (Eurotunnel) suportarão as suas despesas.

Briët Vesterdorf Lindh

Potocki Cooke

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 22 de Outubro de 1996.

O secretário

H. Jung

O presidente

C. P. Briët