ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Primeira Secção Alargada)
21 de Outubro de 1997 *

No processo T-229/94,

Deutsche Bahn AG, sociedade de direito alemão, com sede em Francoforte (Alemanha), representada por Jochim Sedemund, advogado em Colónia, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de Aloyse May, 31, Grand-rue,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada inicialmente por Norbert Lorenz, membro do Serviço Jurídico, e Géraud de Bergues, funcionário nacional destacado na Comissão, e depois por Klaus Wiedner, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Heinz-Joachim Freund, advogado em Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da Decisão 94/210/CE da Comissão, de 29 de Março de 1994, relativa a um processo nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN, JO L 104, p. 34), ou, a título subsidiário, a anulação ou a redução da multa aplicada por essa decisão à recorrente,

* Língua do processo: alemão.

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

composto por: A. Saggio, presidente, A. Kalogeropoulos, V. Tiili, R. M. Moura Ramos e M. Jaeger, juízes,

secretário: A. Mair, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 28 de Janeiro de 1997

profere o presente

Acórdão

Factos

1 Em 1 de Abril de 1988, as empresas Deutsche Bundesbahn (a seguir «DB», à qual sucedeu, em 1994, a Deutsche Bahn, a seguir «recorrente»), a Société nationale des chemins de fer belges (a seguir «SNCB»), a Nederlandse Spoorwegen (a seguir «NS»), a Intercontainer e a Transfracht concluíram um acordo sobre a criação de uma rede de cooperação dita «Maritime Container Network (MCN)» (a seguir «acordo MCN»).

2 A expressão «contentor marítimo» («maritime container») designa um contentor que é transportado no essencial por via marítima, mas que exige ser transportado por via terrestre antes e depois do transporte por via marítima. O acordo MCN dizia respeito aos transportes ferroviários de contentores marítimos com destino

ou provenientes da Alemanha que transitavam, para esse efeito, por um porto alemão, belga ou neerlandês. Entre os portos alemães, designados, no contexto do acordo MCN, como os «portos do norte», encontravam-se os de Hamburgo, de Bremen e de Bremerhaven. Entre os portos belgas e neerlandeses, ditos «portos do oeste», encontravam-se os de Antuérpia e de Roterdão.

3 A DB, presentemente a recorrente, a SNCB e os NS são empresas ferroviárias nacionais, respectivamente, da Alemanha, da Bélgica e dos Países Baixos. A Intercontainer e a Transfracht são empresas que operam no sector do transporte dos contentores marítimos e compram com essa finalidade, às empresas ferroviárias, os serviços ferroviários indispensáveis, tais como a tracção ferroviária e o acesso à infra-estrutura ferroviária. A Intercontainer é uma sociedade de direito belga, filial comum de 24 empresas ferroviárias europeias. A Transfracht é uma sociedade de direito alemão com 80% do capital detido pela DB, presentemente pela recorrente.

4 Já antes da conclusão do acordo MCN, a organização dos transportes visados pelo acordo era, de facto, repartida entre as cinco empresas supramencionadas. Segundo essa repartição, na qual o acordo MCN nada mudou, a Transfracht assegurava os transportes de contentores marítimos com destino ou provenientes da Alemanha e transitando por portos alemães. A Intercontainer, por seu lado, assegurava os transportes de contentores marítimos com destino à ou provenientes da Alemanha e transitando por portos belgas e neerlandeses. A fim de poder fornecer um serviço de transporte completo aos seus clientes, a Transfracht e a Intercontainer eram obrigadas a comprar certos serviços ferroviários à DB (Transfracht), bem como à SNCB e aos NS (Intercontainer), dado o monopólio legal que estas detinham, cada uma no seu próprio território, para a prestação desses serviços, tais como a colocação à disposição de locomotivas e de maquinistas e o acesso à infra-estrutura ferroviária.

5 O acordo MCN tinha estabelecido duas estruturas de coordenação, sem personalidade jurídica, isto é, um Steering Committee e um Bureau Commun. Os membros e os colaboradores desses dois órgãos eram designados pela Transfracht e pela Intercontainer. Entre os seis membros do Steering Committee deviam necessaria-

mente encontrar-se três representantes da DB e/ou da Transfracht, um representante da SNCB e um representante dos NS. O Committee era concebido como o órgão de decisão e de controlo do acordo, ao passo que o Bureau Commun funcionava como o órgão de gestão. Concretamente, o Steering Committee estava investido do poder de tomar as decisões relativas aos serviços e aos preços a oferecer para os transportes de contentores marítimos, e o Bureau Commun era encarregado da elaboração e da comercialização das actividades de compra, de venda e de fixação de tarifas da Transfracht e da Intercontainer. Algumas outras actividades, tais como a facturação junto dos clientes, eram realizadas separadamente pela Transfracht e pela Intercontainer.

6 Nos termos do § 9 do acordo MCN, as decisões no seio do Steering Committee deviam ser tomadas por unanimidade.

7 Por denúncia com data de 16 de Maio de 1991, a associação Havenondernemersvereniging SVZ (a seguir «HOV-SVZ»), que reagrupa empresas que operam no porto de Roterdão, assinalou à Comissão que a DB praticava tarifas muito mais elevadas para os transportes de contentores marítimos com destino ou provenientes da Alemanha e transitando pelos portos belgas e neerlandeses que para os transportes de contentores marítimos transitando pelos portos alemães. Segundo a HOV-SVZ, a DB tinha em vista assim privilegiar os transportes para os quais fornecia a totalidade dos serviços ferroviários. Essa prática constituía um abuso de posição dominante contrária às disposições do artigo 86.° do Tratado CE. Além disso, considerava que o acordo MCN era contrário ao artigo 85.° do Tratado.

8 Em 31 de Julho de 1992, a Comissão enviou uma comunicação de acusações às empresas vinculadas pelo acordo MCN, que, em consequência, rescindiram o referido acordo. Após ter recebido a comunicação de acusações, a DB reconheceu igualmente que impunha para os transportes que transitavam pelos portos do norte tarifas diferentes das que praticava para os que transitavam pelos portos do oeste,

mas contestou o carácter discriminatório dessas diferenças. Sublinhou que as tarifas eram objectivamente fixadas tendo em conta a distância do trajecto, os custos de produção e a situação concorrencial do mercado.

9 Em 25 de Agosto de 1992, o advogado da DB teve ocasião de consultar os elementos do processo na Comissão e fez cópias da maior parte das suas peças.

10 Em 15 de Dezembro de 1992, teve lugar uma audição na Comissão. Nela participaram representantes da Comissão, da DB e da Transfracht, da SNCB, dos NS, da Intercontainer, e de sete Estados-Membros.

11 Em 29 de Março de 1994, a Comissão adoptou a Decisão 94/210/CE, relativa a um processo nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (JO L 104, p. 34, a seguir «decisão»). A decisão é baseada no Tratado CE e no 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 175, p. 1; EE 08 F1 p. 106, a seguir «Regulamento n.° 1017/68»).

12 Quanto à compatibilidade do acordo MCN com as regras comunitárias da concorrência, a decisão considera que o acordo MCN, em violação das disposições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, tinha por objecto e por efeito restringir a concorrência no mercado dos transportes terrestres de contentores marítimos entre o território alemão e os portos situados entre Hamburgo e Antuérpia, pois que a eliminava entre a Intercontainer e a Transfracht, na venda dos serviços de transporte combinado aos carregadores e aos armadores marítimos, entre as empresas ferroviárias na venda de serviços de transporte aos carregadores e aos armadores marítimos, entre as empresas ferroviárias, por um lado, e a Intercontainer e a Transfracht, por outro, na venda de serviços de transporte aos carregadores e aos armadores marítimos, e porque tornava mais difícil o acesso ao mercado de novos concorrentes da Transfracht e da Intercontainer (pontos 76 a 89 da decisão). A este propósito, a decisão acrescenta que o acordo não entra no âmbito de aplicação da excepção legal prevista no artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68, pois não visa

nem aplicar directamente melhoramentos técnicos, nem assegurar directamente uma cooperação técnica (pontos 91 a 98 da decisão), e que, além disso, uma isenção por força do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 não poderia ser contemplada, pois que o acordo não ia melhorar a qualidade dos serviços de transportes ferroviários nem promover a produtividade das empresas ou o progresso técnico e económico (pontos 99 a 103 da decisão).

13 Quanto à compatibilidade das práticas de tarifas da DB com as regras comunitárias da concorrência, a decisão salienta, em primeiro lugar, que, tendo em conta o monopólio legal de que dispõe, a DB detinha uma posição dominante no mercado dos serviços ferroviários na Alemanha, e reconhece, em seguida, que abusou dessa posição dominante, agindo por forma a que sejam praticadas tarifas de transporte sensivelmente mais elevadas para os transportes realizados entre um porto belga ou neerlandês e a Alemanha que para os transportes realizados entre as localidades alemãs e os portos alemães. A este propósito, a decisão especifica que a DB controlava não somente o nível das tarifas dos transportes de contentores para e provenientes dos portos do norte, mas igualmente o nível das tarifas dos transportes para e provenientes dos portos do oeste. Com efeito, em primeiro lugar, a DB, na qualidade de fornecedor obrigatório dos serviços ferroviários para a parte do trajecto realizado na Alemanha, tinha o poder de controlar o nível das tarifas de venda praticadas pela Intercontainer; em segundo lugar, tendo em conta a posição do Steering Committee e pelo facto de o Bureau Commun estar instalado no seio da sociedade Transfracht, dispunha do poder de bloquear qualquer decisão no quadro do acordo MCN; em terceiro lugar, tinha unilateralmente introduzido, fora do quadro do acordo MCN e quase após a conclusão deste, um novo sistema de tarifas chamado «kombinierter Ladungsverkehr-Neu» (a seguir «sistema KLV-Neu»), que previa reduções de preços nos trajectos para e provenientes dos portos do norte, mas não para os trajectos para e provenientes dos portos do oeste (pontos 139 a 187 da decisão).

14 A decisão considera, em seguida, que as diferenças de tarifas salientadas não podiam justificar-se nem por o transporte rodoviário estar sujeito a uma concorrência rodoviária e fluvial mais viva nos trajectos via portos do oeste que nos trajectos via portos do norte, nem por os custos de produção serem mais elevados

nos trajectos via portos do oeste que nos trajectos via portos do norte. A este propósito, a decisão explica que a concorrência mais viva nos trajectos via portos do oeste poderia unicamente justificar uma diferença de tarifas em favor desses trajectos e que a DB não demonstrou a existência de uma relação lógica entre as diferenças de custos e as diferenças de tarifas (pontos 199 a 234 da decisão).

15 Finalmente, a decisão considera que a existência de uma infracção do artigo 86.° do Tratado pela DB está demonstrada pelo menos relativamente ao período de 1 de Outubro de 1989 a 31 de Julho de 1992 e que lhe deve ser aplicada multa, tomando em conta o facto de esta não ter assumido qualquer compromisso de adaptar as suas práticas de tarifas, de a infracção ter sido cometida deliberadamente e de revestir uma gravidade particular, além do mais, porque entravou o desenvolvimento do transporte ferroviário, que é um objectivo importante da política dos transportes da Comunidade (pontos 255 a 263 da decisão).

16 No seu artigo 1.°, a decisão declara, em primeiro lugar, que a DB, a SNCB, os NS, a Intercontainer e a Transfracht infringiram o artigo 85.° do Tratado ao celebrarem o acordo MCN, que prevê a comercialização de todos os transportes ferroviários de contentores marítimos a partir de ou com destino à Alemanha e transitando por um porto alemão, belga ou neerlandês, através de um Bureau Commun com base em tarifas acordadas no âmbito desse Bureau. No seu artigo 2.°, declara, em seguida, que a DB infringiu o artigo 86.° do Tratado ao utilizar a sua posição dominante no mercado dos transportes ferroviários na Alemanha para impor tarifas de transporte ferroviário discriminatórias no mercado dos transportes terrestres de contentores marítimos a partir da ou com destino à Alemanha transitando por um porto alemão, belga ou neerlandês. Finalmente, no seu artigo 4.°, aplica, por força do artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68, uma multa de 11 000 000 de ecus à DB, por violação do artigo 86.° do Tratado (v. igualmente os pontos 255 e 256 da decisão).

17 A decisão foi notificada à recorrente em 8 de Abril de 1994.

18 Por carta de 27 de Abril de 1994, o advogado da recorrente pediu à Comissão para consultar as peças do processo no qual a decisão era baseada, a fim de melhor proteger os interesses da sua cliente. Por carta de 5 de Maio de 1994, a Comissão recusou o pedido por a DB ter já sido autorizada a fazê-lo na fase pré-contenciosa.

Tramitação do processo e pedidos das partes

19 Foi nestas circunstâncias que a recorrente, por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 14 de Junho de 1994, interpôs o presente recurso.

20 Por carta de 31 de Agosto de 1994, a recorrente transmitiu ao Tribunal um relatório de peritagem intitulado «Kosten-und Marktanalyse für Containerverkehre in die West-und Nordhäfen ex BRD für den Zeitraum 1989-1992 im Auftrag der Deutschen Bahn AG» («Análise dos custos e do mercado de tráfego de contentores provenientes da RFA nos portos do oeste e do norte, para o período de 1989-1992, a pedido da Deutsche Bahn AG»). O Tribunal aceitou juntar esse relatório aos autos sendo, em 15 de Setembro de 1994, transmitida à recorrida uma cópia.

21 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal decidiu abrir a fase oral do processo sem proceder a medidas de instrução prévias. No quadro das medidas de organização do processo, as partes foram todavia convidadas a responder por escrito a algumas questões antes da audiência.

22 As partes foram ouvidas em alegações e nas suas respostas às questões orais do Tribunal na audiência pública de 28 de Janeiro de 1997.

23 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

— a título subsidiário, anular a decisão na medida em que lhe aplica uma multa;

— a título ainda mais subsidiário, reduzir o montante da multa;

— condenar a recorrida nas despesas do processo.

24 A recorrida conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Quanto aos pedidos de anulação da decisão em litígio

25 Na sua petição, a recorrente invocou, em substância, quatro fundamentos em apoio dos seus pedidos de anulação. O primeiro, de violação do artigo 85.° do Tratado e dos actos adoptados pelo Conselho com vista a precisar o âmbito de aplicação do artigo 85.° do Tratado no domínio dos transportes. O segundo, de violação do artigo 86.° do Tratado. Os terceiro e quarto fundamentos são, respectivamente, a violação dos direitos de defesa e a violação dos princípios da segurança jurídica e da boa administração.

Primeiro fundamento, baseado na violação do artigo 85.° do Tratado e dos actos adoptados pelo Conselho com vista a precisar o âmbito de aplicação do artigo 85.° do Tratado no domínio dos transportes

Argumentos das partes

26 A recorrente sustenta que o acordo MCN era um acordo técnico na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 1017/68, e que não caía, por conseguinte, na alçada da proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas prevista no artigo 2.° do Regulamento n.° 1017/68 e no artigo 85.° do Tratado. Lembra, a este propósito, que o acordo tinha por finalidade estabelecer uma cooperação em matérias técnicas, tais como a fixação dos horários, a mudança das locomotivas e do pessoal nas fronteiras e a escolha dos terminais.

27 Na medida em que o acordo visava uma fixação comum das tarifas, a recorrente observa que o artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68, bem como o artigo 4.° da Decisão 82/529/CEE do Conselho, de 19 de Julho de 1982, relativa à formação dos preços para os transportes ferroviários internacionais de mercadorias (JO L 234, p. 5; EE 07 F3 p. 61; a seguir «Decisão 82/529»), e os artigos 1.° e 4.° da Recomendação 84/646/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1984, dirigida às empresas de caminho de ferro nacionais dos Estados-Membros relativa ao reforço da cooperação do tráfego internacional de passageiros e de mercadorias (JO L 333, p. 63; EE 07 F3 p. 220, a seguir «Recomendação 84/646») permitem expressamente a formação de tarifas comuns adoptadas entre várias empresas ferroviárias para os transportes combinados de mercadorias.

28 A título subsidiário, a recorrente alega que o acordo MCN deveria ter sido isento da proibição dos acordos, de decisões e práticas concertadas por força do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 e que a decisão não contém qualquer fundamentação quanto à razão pela qual não foi feito uso dessa disposição.

29 A título ainda mais subsidiário, a recorrente observa que a conclusão da Comissão de que o acordo MCN eliminou a concorrência é errónea, pois a Intercontainer e a Transfracht operam em trajectos diferentes e não são portanto concorrentes, e as empresas ferroviárias nacionais não se encontram, também elas, num relação de concorrência.

30 Segundo a recorrida, o artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68 permite unicamente a celebração de acordos que têm exclusivamente por objecto e por efeito trazer melhoramentos técnicos ou estabelecer uma cooperação técnica. O acordo MCN ultrapassou esse quadro técnico, pois que visava estabelecer um sistema de fixação de tarifas comum.

31 A esse propósito, a recorrida sustenta que a autorização, conferida pelo artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68, a favor da «determinação e aplicação de preços e condições globais... incluindo os preços de concorrência» não equivale a uma autorização de concertações sobre os preços que tenham por finalidade eliminar a concorrência e repartir mercados. Acontecia a mesma coisa em relação ao artigo 4.° da Decisão 82/529. Este artigo não permite às empresas ferroviárias organizar em comum o conjunto dos transportes rodoviários transfronteiras de contentores, mas unicamente formas de cooperação com vista a evitar que os monopólio em matéria de tracção ferroviária e de acesso à rede ferroviária impeçam o bom funcionamento dos transportes transfronteiras. Quanto à Recomendação 84/646, a recorrida observa que o acordo MCN não entra no seu âmbito de aplicação, pois o acordo dizia respeito não somente a três empresas de caminhos de ferro, mas igualmente a dois operadores de transportes, ao passo que a recomendação é dirigida unicamente às empresas de caminhos de ferro e, de qualquer forma, tem unicamente por finalidade encorajar as formas de cooperação transfronteiras tornadas necessárias pela existência dos monopólios.

32 Quanto ao argumento da recorrente de que o acordo MCN deveria ter sido isento por força do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68, a recorrida observa que as condições de aplicação definidas pela referida disposição não estavam preenchidas por causa de importantes restrições de concorrência acarretadas pelo acordo MCN.

33 Finalmente, a recorrida observa que existia uma verdadeira concorrência entre a DB, a SNCB e os NS, e entre a Intercontainer e a Transfracht, nomeadamente na medida em que a DB e a Transfracht tinham interesse em realizar tantas operações de transporte quantas as possíveis nos trajectos para os portos do norte, ao passo que a SNCB, os NS e a intercontainer tinham um interesse comercial numa concentração do tráfego para o oeste. A recorrida fala, neste contexto, de uma «concorrência nos eixos de transporte».

Apreciação do Tribunal

34 Deve reconhecer-se, a título preliminar, que o acordo MCN tinha, nomeadamente, por objecto estabelecer uma gestão comum da fixação de tarifas dos transportes ferroviários de contentores marítimos com destino à ou provenientes da Alemanha e transitando por portos alemães, belgas e neerlandeses. Resulta com efeito da própria redacção do acordo que este atribuía ao Steering Committee «a definição e a modificação da política comercial a longo, médio e curto prazos para o tráfego sujeito ao presente acordo, em particular a definição e a modificação da política de vendas e da política de preços» e ao Bureau Commun a de assegurar «a função "compras/formação dos preços/vendas"».

35 O Tribunal considera que essa iniciativa comum consistia em «fixar de forma directa ou indirecta os preços» na acepção do artigo 85.°, n.° 1, alínea a), do Tratado e do artigo 2.°, alínea a), do Regulamento n.° 1017/68. Resulta com efeito da jurisprudência que um acordo que estabelece um regime comum de fixação de preços releva das referidas disposições [quanto ao artigo 85.°, n.° 1, alínea a), do Tratado, v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1972, Cementhandelaren/Comissão, 8/72, Colect., p. 333, n.os 18 e 19, e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Enichem Anic/Comissão, T-6/89, Colect., p. II-1623, n.° 198; quanto ao artigo 2.°, alínea a), do Regulamento n.° 1017/68, v. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Junho de 1995, Union internationale des chemins de fer/Comissão, T-14/93, Colect., p. II-1503, n.° 50], e isto independentemente de saber em que medida as disposições do acordo foram de facto respeitadas (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão, 246/86, Colect., p. 2117, n.° 15, bem como o acórdão Cementhandelaren/Comissão, já referido, n.° 16).

36 Isto é assim porque a formação comum de preços restringe o jogo da concorrência, nomeadamente permitindo a cada participante prever com um grau razoável de certeza qual será a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes ou co-participantes (acórdão Cementhandelaren/Comissão, já referido, n.° 21). O acordo MCN não poderá escapar a esta análise. Dado que cada uma das empresas em causa tem um interesse comercial evidente em que tantas operações de transporte quantas as possíveis sejam efectuadas nos trajectos em que ela é mais activa, existe uma relação concorrencial entre a DB e os NS, e entre a DB e a SNCB. Da mesma forma, os NS estão em concorrência com a SNCB, e a Transfracht com a Intercontainer. Por isso, ao estabelecer um sistema de formação comum de preços, as referidas empresas restringiram sensivelmente, ou até mesmo eliminaram, toda a concorrência em matéria de preços na acepção da jurisprudência já referida.

37 O Tribunal entende, em seguida, que, contrariamente às alegações da recorrente, o acordo MCN não releva da excepção legal prevista no artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 1017/68, que autoriza os «acordos, decisões e práticas concertadas que tenham apenas por objecto ou efeito a aplicação de melhoramentos técnicos ou a cooperação técnica mediante... a organização e a execução de transportes... combinados, bem como a determinação e aplicação de preços e condições globais para esses transportes, incluindo os preços de concorrência». Com efeito, a introdução de uma excepção legal a favor de acordos de ordem puramente técnica não poderá equivaler a uma autorização, por parte do legislador comunitário, que permite a celebração de acordos que têm por objecto a formação comum de preços. Se assim não fosse, qualquer acordo que estabelecesse um sistema de formação comum de preços no sector dos transportes ferroviários, rodoviários ou fluviais deveria ser considerado como um acordo técnico na acepção do artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68, e o artigo 2.°, alínea a), do mesmo regulamento seria privado de qualquer utilidade.

38 Há que salientar, além disso, que a determinação autónoma, por cada operador económico, da sua política comercial e nomeadamente da sua política de preços corresponde à concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, 26/76, Colect., p. 659, n.° 21; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1991, Rhône-Poulenc/Comissão, T-1/89, Colect., p. II-867, n.° 121). Segue-se que a excepção prevista no artigo 3.° do Regulamento n.° 1017/68, nome-

adamente os termos «preços globais» e «preços de concorrência», devem ser interpretados com circunspecção. O Tribunal já sublinhou que, tendo em conta o princípio geral da proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas anticoncorrenciais consagrado no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, as disposições com carácter derrogatório inseridas num regulamento devem ser objecto de uma interpretação restritiva (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Outubro de 1996, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Colect., p. II-1201, n.° 48, e de 22 de Abril de 1993, Peugeot/Comissão, T-9/92, Colect., p. II-493, n.° 37).

39 À luz das considerações que precedem, o Tribunal entende que a expressão «preços globais» deve ser compreendida como designando os preços «de uma extremidade à outra», englobando as diferentes partes nacionais de um trajecto transnacional, e que a expressão «preço de concorrência», que é ligada pela expressão «incluindo» à noção de «preços globais», supra-referida, deve ser entendida como permitindo às diferentes empresas que operam no mesmo trajecto transnacional fixar preços globais não somente procedendo à adição das tarifas de cada uma delas, mas igualmente trazendo a esta adaptações comuns susceptíveis de garantir o carácter concorrencial dos transportes em causa em relação a outros modos de transporte, sem todavia ser inteiramente eliminada a autonomia de cada empresa quanto à fixação das suas próprias tarifas em função dos seus interesses concorrenciais. Ora, o acordo MCN conduzia a essa eliminação e ultrapassava o quadro das acções autorizadas pelos termos supra-referidos, pois confiava, sem qualquer limitação, a política e a formação dos preços a um órgão comum, e, além disso, os preços globais para cada trajecto coberto pelo acordo MCN eram co-fixados por uma empresa que não operava nesse trajecto.

40 Resulta dos números precedentes que a Comissão concluiu, com razão, que o acordo MCN ultrapassava o quadro descrito pelo artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 1017/68.

41 Esta interpretação do artigo 3.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 1017/68 não está em contradição com o artigo 4.° da Decisão 82/529, mas, pelo contrário, em conformidade com ele. Com efeito, o artigo 4.° da Decisão 82/529 autoriza o estabelecimento, pelas empresas de caminhos de ferro, de «tabelas tarifárias comuns

com preços para todo o trajecto», acrescentando que «os preços indicados nessas tarifas podem ser independentes dos que forem obtidos pela soma dos preços das tarifas nacionais», tendo essa independência por finalidade salvaguardar a posição concorrencial do transporte ferroviário em relação a outros modos de transporte tal como o especifica o quarto considerando da Decisão 82/529. Todavia, o referido artigo 4.° supõe, do mesmo modo, que as empresas ferroviárias tenham em conta «os seus próprios interesses». Como demonstra o seu segundo considerando, a Decisão 82/529 atribui um certo valor a uma «autonomia comercial suficiente» das empresas ferroviárias.

42 A Recomendação 84/646, igualmente invocada pela recorrente, não poderá pôr em causa esta conclusão. O seu artigo 4.° confirma de novo a possibilidade de estabelecer tarifas globais que não sejam iguais à soma das tarifas nacionais e encoraja o estabelecimento de bureaux communs em função das vendas junto dos agentes de transporte, mas não permite atribuir a tais órgãos um poder ilimitado em matéria de gestão comercial e de formação dos preços, como o acordo MCN o fez.

43 Finalmente, o Tribunal considera que a Comissão não era de modo algum obrigada a fazer uso, em relação ao acordo MCN, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68, que prevê que «a proibição prevista no artigo 2.° pode ser declarada inaplicável... a qualquer acordo ou categoria de acordos entre empresas... que contribuam para melhorar a qualidade dos serviços de transportes, ou para promover uma maior continuidade e estabilidade na satisfação das necessidades de transportes em mercados sujeitos a consideráveis flutuações no tempo da oferta e da procura, ou para promover o progresso técnico ou económico... sem... dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência, relativamente a uma parte substancial do mercado de transportes em causa». A este propósito, deve reconhecer-se liminarmente que, contrariamente às alegações da recorrente, a Comissão fundamentou a sua recusa de isentar o acordo MCN, indicando, nos pontos 99 a 103 da decisão, que não estava demonstrado que o referido acordo trouxesse um progresso técnico ou económico, um melhoramento da qualidade dos serviços ferroviários ou um aumento da produtividade, sendo certo que impunha restrições de concorrência importantes, de tal forma que as condições requeridas pelo artigo 5.° do Regulamento n.° 1017/68 não estavam de qualquer forma preenchidas. Em seguida, é forçoso reconhecer que, tal como resulta das declarações feitas *supra* (n.^{os} 30 a 40), declarando inaplicável o artigo 2.° do Regulamento

n.° 1017/68 ao acordo MCN, a Comissão teria dado às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência entre si.

44 Tendo em conta tudo o que precede, há que concluir que foi com razão que a Comissão considerou que o acordo MCN era incompatível com o mercado comum. Por consequência, há que rejeitar o primeiro fundamento.

Segundo fundamento, baseado na violação do artigo 86.° do Tratado

45 Este fundamento articula-se em dois vectores. A recorrente alega, em primeiro lugar, que a DB não ocupava posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Sustenta, em seguida, que o comportamento incriminado na decisão não apresentava um carácter abusivo.

O fundamento tomado no seu primeiro vector, relativo à ausência de posição dominante

— Argumentos das partes

46 A recorrente entende que a decisão define erradamente o mercado pertinente e conclui erradamente que a DB possuía uma posição dominante.

47 O mercado pertinente compreende, segundo a recorrente, o transporte ferroviário bem como os transportes rodoviário e fluvial de contentores marítimos. A este propósito, invoca a jurisprudência segundo a qual a definição material do mercado deve compreender todos os serviços e bens intermutáveis entre si. Aplicando essa

jurisprudência aos factos do caso concreto, a recorrente entende que a delimitação do mercado no qual a Comissão reconheceu a existência de uma posição dominante da DB comporta dois erros.

48 Em primeiro lugar, ao limitar o mercado apenas aos serviços ferroviários, a Comissão não teve em conta o facto de a Transfracht ser uma filial da DB e que, constituindo as sociedades-mãe e filial uma única entidade económica, as actividades económicas da DB incluíam, em toda a Alemanha, além dos serviços ferroviários de transporte, tais como o acesso à rede ferroviária e a colocação à disposição de locomotivas e de maquinistas, as outras componentes do transporte ferroviário de contentores marítimos.

49 Em seguida, ao excluir do mercado os transportes rodoviário e fluvial, a Comissão ignorou o facto de, para quase todas as agências de transporte de contentores, esses modos de transporte serem intermutáveis com o transporte ferroviário. Esta intermutabilidade é nomeadamente ilustrada pelo facto de existir entre os transportadores ferroviários, rodoviários e fluviais uma importante concorrência nos preços.

50 Entendendo assim que o mercado pertinente devia compreender todas as componentes do transporte ferroviário de contentores marítimos tal como os transportes rodoviário e fluvial, a recorrente conclui que o facto de a DB deter um monopólio legal no território alemão para o fornecimento dos serviços ferroviários não bastava para demonstrar a existência de uma posição dominante. Lembra que a detenção de um monopólio legal só equivale a uma posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado se englobar o conjunto do mercado pertinente e se, nesse mercado, as prestações em causa não estiverem sujeitas a uma concorrência efectiva. Ora, por causa da concorrência dos transportes rodoviários e fluviais, a DB só detinha, a despeito do seu monopólio legal, uma quota de 6% do mercado do transporte de contentores.

51 A recorrida lembra que o Tribunal de Justiça declarou, em várias ocasiões, que uma empresa que beneficie de um monopólio legal num Estado-Membro detém, por essa razão, uma posição dominante e que o território de um Estado-Membro deve ser considerado uma parte substancial do mercado comum na acepção do artigo 87.° do Tratado.

52 O argumento da recorrente de que a DB só detinha uma quota de 6% do mercado do transporte de contentores assentava numa delimitação totalmente diferente do mercado, não conforme com a jurisprudência. A recorrida sublinha, a este propósito, que a jurisprudência exige que a intermutabilidade das prestações de serviços seja avaliada do ponto de vista dos consumidores e em função das propriedades das prestações em questão e da estrutura da oferta e da procura. Ora, em todos esses aspectos, os serviços ferroviários fornecidos pela DB apresentam-se como não intermutáveis com as outras prestações fornecidas no quadro do transporte de contentores marítimos.

— Apreciação do Tribunal

53 Com vista a estabelecer se a DB dispunha, à data dos factos incriminados, de uma posição dominante, é necessário examinar, em primeiro lugar, a delimitação do mercado das prestações em causa. Para esse efeito, deve recordar-se que a Comissão delimitou o mercado no qual reconheceu uma posição dominante como sendo, do ponto de vista material, o dos serviços ferroviários, que são vendidos pelas empresas ferroviárias às empresas de transporte e que consistem essencialmente na colocação à disposição de locomotivas, no fornecimento da tracção destas e no acesso à infra-estrutura ferroviária e, do ponto de vista geográfico, como cobrindo o território alemão. A despeito da utilização, no artigo 2.° da decisão, de uma definição material do mercado mais extensa («transportes ferroviários»), a delimitação supra-referida corresponde à empregada nos considerandos da decisão e à que foi compreendida pela recorrente. A Comissão, por outro lado, confirmou essa definição em resposta a uma questão formulada pelo Tribunal antes da audiência.

54 Quanto à delimitação material do mercado, o Tribunal recorda que, para ser considerado como constituindo objecto de um mercado suficientemente distinto, o serviço ou o bem em causa deve poder ser individualizado por características particulares que o diferenciem de outros serviços ou bens a ponto de ser pouco intermutável com eles e sofrer a sua concorrência apenas de maneira pouco sensível (v. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, 66/86, Colect., p. 803, n.os 39 e 40, e de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão, 27/76, Colect., p. 277, n.os 11 e 12, e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1991, Hilti/Comissão, T-30/89, Colect., p. II-1439, n.° 64). Neste quadro, o grau de intermutabilidade entre produtos deve ser avaliado em função das características objectivas destes, bem como em função da estrutura da procura, da oferta no mercado e das condições de concorrência (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.° 37, e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão, T-83/91, Colect., p. II-755, n.° 63).

55 O Tribunal declara que o mercado dos serviços ferroviários constitui um submercado distinto do mercado dos transportes ferroviários em geral. Oferece um conjunto específico de prestações, nomeadamente a colocação à disposição de locomotivas, a sua tracção e o acesso à infra-estrutura ferroviária, que é, por certo, fornecido em função dos pedidos dos operadores de transporte ferroviário, mas que não é de modo algum intermutável nem está em concorrência com as prestações destes últimos. O carácter distinto dos serviços ferroviários resulta, além disso, do facto de relevarem de uma procura e de uma oferta específicas. Com efeito, os operadores de transporte encontram-se na impossibilidade de fornecer as suas prestações se não dispuserem dos serviços ferroviários. As empresas ferroviárias, por seu lado, dispunham, no momento dos factos incriminados, de um monopólio legal quanto ao fornecimento dos serviços ferroviários no território dos seus países respectivos. Assim, não é contestado entre as partes que, até 31 de Dezembro de 1992, a DB dispunha de um monopólio legal quanto ao fornecimento dos serviços ferroviários no território alemão.

56 Tal como resulta da jurisprudência, um submercado que tem características específicas do ponto de vista da procura e da oferta e que oferece produtos que ocupam um lugar indispensável e não intermutável no mercado mais geral do qual faz parte

deve ser considerado como um mercado de produto distinto (v. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1991, RTE/Comissão, T-69/89, Colect., p. II-485, n.os 61 e 62). À luz desta jurisprudência e tendo em conta as considerações que precedem, a Comissão tinha fundamento para não tomar em consideração, na delimitação material do mercado, as prestações dos operadores de transporte ferroviário, nem *a fortiori* as prestações dos operadores de transportes rodoviário e fluvial.

57 Resulta, em seguida, da jurisprudência que, se, como no caso vertente, as prestações que relevam do submercado constituem objecto de um exclusivo legal, que faz com que aqueles que as procuram se encontrem numa situação de dependência económica em relação ao fornecedor, a existência de uma posição dominante num mercado distinto não poderá ser negada, mesmo que as prestações fornecidas em exclusivo apresentem uma ligação com um produto que está, ele próprio, em concorrência com outros produtos (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1975, General Motors Continental/Comissão, 26/75, Recueil, p. 1367, n.os 5 a 10, Colect., p. 467, e de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão, 226/84, Colect., p. 3263, n.os 3 a 10).

58 Quanto à delimitação geográfica do mercado, basta recordar que um Estado-Membro pode constituir, só por si, uma parte substancial do mercado comum em que uma empresa pode deter uma posição dominante, e isto nomeadamente quando é titular nesse território de um monopólio legal (acórdão General Motors Continental/Comissão, já referido, n.° 9; acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1974, BRT/Sabam e Fonior, 127/73, Colect., p. 165, n.° 5).

59 Resulta do conjunto das considerações que precedem que o primeiro vector do fundamento deve ser rejeitado.

O fundamento tomado do segundo vector, relativo à ausência de exploração abusiva

— Argumentos das partes

60 A recorrente alega que, mesmo supondo que o Tribunal considere existir uma posição dominante, deveria, em todo o caso, concluir que a DB não abusou dessa posição. Com efeito, na medida em que a decisão impugnada se baseia no nível das tarifas dos transportes ferroviários para e provenientes dos portos do oeste, afirmando que este é mais elevado que o dos transportes ferroviários para e provenientes dos portos do norte, censurava, em substância, as práticas de tarifas da Intercontainer e não as da DB. Nesse contexto, a recorrente sublinhou, aquando da audiência, que as tarifas facturadas pela DB pelas suas prestações de serviços ferroviários à Intercontainer foram sempre inferiores às facturadas pela DB à Transfracht bem como às praticadas pelos NS em relação à Intercontainer, quando, na sua petição, ela tinha declarado não contestar que o nível das suas tarifas pelo tráfego que transita pelos portos do oeste era superior ao nível das praticadas para o tráfego que transita pelos portos do norte (petição, p. 25). A recorrente conclui que o nível médio mais elevado das tarifas aplicadas aos transportes para e provenientes dos portos do oeste, comparadas com as tarifas aplicadas aos transportes para e provenientes dos portos do norte, não podia ser imputada à DB. Observa, além disso, que, para um grande número de trajectos via portos do oeste, uma parte importante da componente das tarifas relativas aos serviços ferroviários não tinha nada a ver com a DB, mas dizia respeito às prestações fornecidas quer pelas NS quer pela SNCB (réplica, pp. 31 e 32).

61 No mesmo contexto, a recorrente contesta que a DB tenha bloqueado, no quadro do acordo MCN, qualquer diminuição das tarifas da Intercontainer e que tenha, de facto, imposto a manutenção dessas tarifas. Quanto a este ponto, sublinha que, por força do acordo MCN, toda a modificação do preço exigia a unanimidade no seio do Steering Committee, incluindo, portanto, o acordo das outras sociedades de caminhos de ferro e da Intercontainer, e que não foi demonstrado que foi a DB que impediu uma redução da diferença entre as tarifas de transporte ferroviário praticadas nos trajectos do oeste e as praticadas nos trajectos do norte.

62 A recorrente acrescenta que, de qualquer forma, cada uma das partes no acordo MCN tinha o direito, nos seus termos, de o rescindir. Conclui daí que estavam em condições de se subtrair à influência da DB, se o desejassem (réplica, p. 31).

63 A recorrente afirma, em seguida, que a diferença entre as tarifas praticadas nos trajectos do oeste e as praticadas nos trajectos do norte era, de qualquer forma, objectivamente justificada por uma diferença de situação concorrencial e de custos.

64 A fim de ilustrar essa diferença quanto à situação concorrencial, a recorrente indica que, nos trajectos do norte, a concorrência fluvial era fraca e a concorrência rodoviária limitada aos camiões alemães, enquanto, nos trajectos do oeste, a navegação fluvial é o modo de transporte mais barato e a concorrência rodoviária igualmente muito forte. Nomeadamente, as tarifas praticadas pelos transportadores rodoviários e fluviais nos trajectos do oeste eram inferiores em 20% a 40% às praticadas pela DB/Transfracht nos trajectos do norte. A recorrente sustenta que não lhe é possível, enquanto pequeno concorrente no mercado dos transportes nos trajectos do oeste, fazer face a tais preços e cobrir ao mesmo tempo os seus próprios custos. O seu saldo financeiro é deficitário desde há anos no que toca aos trajectos do oeste, e esse défice é ainda agravado desde que a DB tomou a iniciativa, em 1989 e 1991, de aproximar um pouco as tarifas praticadas nos trajectos do oeste das praticadas nos trajectos do norte. Uma iniciativa comum temporária da DB e dos NS, nos finais de 1993, tendente a praticar os mesmos preços que os concorrentes rodoviários num dos trajectos do oeste, frustrou-se por completo, na medida em que não permitiu ganhar novos clientes para o transporte ferroviário.

65 A recorrente entende, por outro lado, que a diferença entre a situação concorrencial existente nos trajectos do oeste e a existente nos trajectos do norte tem por consequência que a definição, pela Comissão, do mercado em que a DB pretensamente abusou da sua posição dominante está afectada de um erro fundamental. Observa, quanto a este ponto, que a Comissão definiu um mercado que abrange os transportes terrestres de contentores marítimos tanto nos trajectos do oeste como

nos do norte, quando, segundo uma jurisprudência bem assente, só as zonas territoriais em que as condições objectivas de concorrência forem similares podem ser consideradas como constituindo um mercado uniforme. A recorrente entende que esse erro na delimitação do mercado basta por si só para justificar a anulação da decisão impugnada.

66 No que toca aos custos de transporte, nomeadamente das prestações de serviços ferroviários, a recorrente sublinha que não são determinados exclusivamente pela distância dos trajectos, mas dependem igualmente de outros elementos, tais como o número e a duração das operações de triagem, as formalidades aduaneiras, o tempo de serviço do pessoal e a duração de utilização das locomotivas e dos vagões. Daí resultava que os custos de transporte podem ser muito diferentes em trajectos cuja distância é idêntica. No caso concreto, as diferenças de custos provinham do facto de o tráfego rodoviário ser mais intenso nos trajectos do norte e de, nos trajectos do oeste, as passagens dos comboios nas fronteiras belgas e neerlandesas gerarem despesas.

67 Em particular, a importância do volume dos transportes nos trajectos do norte permitia a utilização de comboios completos transportando contentores que têm todos o mesmo destino, e esses comboios não necessitam portanto de qualquer triagem. Além disso, nos trajectos do norte, as locomotivas dos comboios não têm necessidade de ser mudadas, pois que a DB é responsável pela tracção na totalidade desses trajectos. Assim, os custos eram mais baixos nos trajectos do norte, o que permitia praticar tarifas mais reduzidas nesses trajectos.

68 Finalmente, a circunstância de, com a introdução do sistema KLV-Neu, a DB ter ainda reduzido os custos e, por isso, os preços dos serviços ferroviários nos trajectos do norte não alterava em nada o facto de, na sua decisão, a Comissão ter baseado as suas conclusões numa comparação das tarifas da Intercontainer com as da Transfracht e, além disso, a Comissão não provou que a redução dos preços na Alemanha devido ao sistema KLV-Neu não era justificada de um ponto de vista económico.

69 A recorrida lembra, a título preliminar, que, segundo jurisprudência constante, existe um abuso na acepção do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado quando uma empresa utiliza a sua posição dominante para aplicar condições desiguais a prestações equivalentes, a fim de favorecer as suas próprias prestações.

70 A recorrida precisa, em primeiro lugar, que considerou como «prestações equivalentes» os transportes de contentores provenientes dos e com destino aos portos do oeste efectuados pela Intercontainer, por um lado, e os transportes de contentores provenientes e com destino aos portos do norte efectuados pela Transfracht, por outro.

71 A recorrida afirma, em seguida, que considerou como «condições desiguais» as diferenças entre os preços por quilómetro facturados pelas prestações da Intercontainer e da Transfracht. Essas diferenças variavam entre 2% e 77% para o transporte de contentores vazios e entre 4% e 42% para o de contentores carregados, segundo os dados fornecidos pelas empresas em causa com base nas tarifas da Intercontainer para os transportes de contentores para o porto de Roterdão, por um lado, e das tarifas da Transfracht para os transportes para o porto de Hamburgo, por outro, dados que figuram nos anexos 3 a 9 da decisão e são analisados nos pontos 162 a 171 desta. A recorrida indica que constatou essas diferenças com base em comparações que tinham como única variável a distância dos trajectos. Justifica esse método de comparação com referência a uma informação fornecida pela Transfracht aquando do inquérito segundo a qual a distância dos trajectos constitui o critério decisivo.

72 Segundo a recorrida, não existe qualquer justificação objectiva para as diferenças de preços verificadas.

73 No que respeita à situação concorrencial, a recorrida observa que a existência de uma concorrência intermodal mais forte nos trajectos do oeste poderia explicar tarifas menos elevadas da Intercontainer em relação às da Transfracht, mas não uma diferença ao contrário. A recorrida lembra, além disso, que a DB não estava em concorrência com os transportadores rodoviários e fluviais, pois as suas prestações

são por natureza ferroviárias e não são portanto, do ponto de vista da Intercontainer e da Transfracht, intermutáveis com as oferecidas pelos transportes rodoviários e fluviais.

74 No que respeita aos custos de produção, a recorrida entende que a recorrente não demonstrou que o tráfego via portos do oeste implique custos mais elevados que o tráfego via portos do norte. Nomeadamente, não está demonstrado que as passagens nas fronteiras aumentem de forma significativa os custos de transporte, e os dados disponíveis sobre o volume do tráfego e os tipos de envio não revelavam proporção lógica com os custos e as tarifas de transporte. A recorrida observa, além disso, que o preço médio por quilómetro facturado pela DB à Intercontainer é inferior ao preço médio exigido pela DB à Transfracht e que isto deixa supor que os custos dos serviços ferroviários fornecidos para os transportes para e provenientes dos portos do oeste são inferiores aos custos dos serviços ferroviários fornecidos para os transportes para e provenientes dos portos do norte (contestação, pp. 38 e 39).

75 Quanto à imputabilidade à DB das diferenças de tarifas supra-referidas, a recorrida retoma a sua análise já exposta nos pontos 143 a 156 da decisão, segundo a qual a DB dispunha de um poder de bloqueio no seio dos órgãos criados pelo acordo MCN e utilizou-o para impedir uma baixa das tarifas da Intercontainer, ao aplicar, nos trajectos do norte, um sistema de tarifas novo criado unilateralmente por ela. A recorrida lembra também que o descontentamento da Intercontainer, dos NS e da SNCB face à atitude adoptada pela DB no seio do acordo MCN resulta claramente das actas das reuniões tidas pela Intercontainer bem como de reuniões havidas no quadro do acordo MCN.

76 A recorrida conclui que a DB impôs diferenças de tarifas e que estas constituem discriminações. Sublinha que os efeitos económicos dessas discriminações não devem ser procurados nas relações entre os transportadores ferroviários e os outros transportadores, mas nas relações da DB com os NS e com a SNCB e nas da Transfracht com a Intercontainer. Segundo a recorrida, é claro que, nestas relações, a DB e a Transfracht tiraram proveito das referidas discriminações de tarifas.

— Apreciação do Tribunal

77 Há que salientar, a título preliminar, que o artigo 8.°, primeiro parágrafo, e segundo parágrafo, alínea c), do Regulamento n.° 1017/68 retoma a redacção do artigo 86.°, primeiro parágrafo, e segundo parágrafo, alínea c), do Tratado, proibindo, na medida em que o comércio entre Estados-Membros é susceptível de ser afectado, a exploração abusiva de uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum, pela aplicação em relação aos parceiros comerciais de «condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência». Além disso, nenhum considerando nem nenhuma disposição do Regulamento n.° 1017/68 atribui ao artigo 8.° do regulamento uma finalidade substancialmente diferente da do artigo 86.° do Tratado. Por conseguinte, ao reconhecer uma infracção ao artigo 86.° do Tratado e não ao artigo 8.° do Regulamento n.° 1017/68, a Comissão não cometeu um erro sem o qual a decisão poderia ter tido um conteúdo diferente. A escolha do artigo 86.° do Tratado como artigo de referência na decisão não foi, de resto, criticada pela recorrente.

78 Deve recordar-se, em seguida, que a noção de exploração abusiva de posição dominante equivale a proibir a uma empresa dominante reforçar a sua posição ao recorrer a meios diferentes dos que relevam de uma concorrência pelos méritos (v., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão, C-62/86, Colect., p. I-3359, n.° 70). Assim, uma empresa não poderá praticar diferenças artificiais de preços de natureza a provocar uma desvantagem para os seus clientes e a falsear a concorrência (acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.° 160).

79 Há que recordar também que a existência de uma exploração abusiva de posição dominante não poderá ser excluída pelo facto de a empresa que detém a posição dominante ter aderido formalmente a um acordo que tem por objecto a fixação comum de tarifas e que releva assim da proibição de acordos, decisões e práticas concertadas. Com efeito, a presença de um tal acordo não exclui a hipótese de uma das empresas vinculada por ele poder impor unilateralmente tarifas discriminatórias (v., por analogia, o acórdão Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, já referido, n.^{os} 34 e 37).

80 No caso concreto, o Tribunal entende que vários elementos do processo permitiam à Comissão concluir que a DB, a despeito do acordo MCN e do objectivo prioritário deste, que consistia, como a recorrente o confirmou aquando da audiência, em baixar as tarifas da Intercontainer e a restabelecer assim a posição concorrencial dos transportes ferroviários nos trajectos do oeste, agiu unilateralmente de uma forma que contrariou esse objectivo.

81 Em primeiro lugar, a Comissão dispunha de um conjunto de documentos, que cita nos pontos 152 a 154 da decisão, cuja existência não foi contestada pela recorrente e cujo conteúdo leva à confirmação de que a DB era, na realidade, responsável pela fixação das tarifas no seio do acordo MCN e, portanto, da manutenção das diferenças de tarifas. Assim, a acta de uma sessão plenária do conselho de administração da Intercontainer dá conta de uma declaração de um representante da SNCB segundo a qual o Steering Committee «foi posto em curto-circuito pela DB». Da mesma forma, uma nota interna da Intercontainer indica que «os tráfegos dos portos do norte se desenrolam sob o domínio directo e exclusivo da Transfracht e da DB sem participação do [Steering Committee]. Na prática, verificou-se além disso que o poder decisório em matéria de tarifas não emana do [Steering Committee]». Finalmente, certas propostas formuladas pela DB, consignadas na acta de uma reunião entre os representantes dos portos do oeste e da DB, da SNCB e dos NS, implicam sem ambiguidade que a DB dispunha de um poder que lhe permitia controlar o nível das tarifas tanto nos trajectos do oeste como nos do norte. A DB, nomeadamente, propôs, aquando da referida reunião, «[reexaminar] o nível dos preços [...] tendo em conta o contexto político alemão» com vista a obter assim uma «redução da diferença de 50% em 1 de Janeiro de 1990» e uma «nova redução em 1 de Julho de 1990».

82 Vários indícios apoiavam portanto a apreciação da Comissão segundo a qual a DB e a Transfracht se tinham servido da posição de bloqueio que lhes conferia a exigência de unanimidade aplicável ao processo decisório no seio do Steering Committee (v. n.° 6 *supra*) para impedir uma baixa das tarifas da Intercontainer. Contrariamente ao que sustenta a recorrente, a SNCB, os NS e a Intercontainer não estavam em condições de se subtrair a um tal bloqueio rescindindo o acordo

MCN. Em primeiro lugar, uma rescisão do acordo MCN não teria alterado em nada o facto de que, em cada trajecto que liga o porto de Antuérpia ou de Roterdão a uma cidade alemã, as empresas ferroviárias e de transporte que operam nos territórios belga e neerlandês dependiam da cooperação da DB para o seguimento do trajecto no território alemão. Em seguida, uma rescisão do acordo não teria alterado em nada o facto de a DB fixar, com toda a independência, o nível das tarifas dos transportes nos trajectos do norte e de influenciar assim a diferença entre as tarifas nos trajectos do oeste e as praticadas nos trajectos do norte.

83 Em segundo lugar, é claro que a DB estabeleceu unilateralmente, em 1 de Junho de 1988, isto é, três meses apenas após a entrada em vigor do acordo MCN, um novo sistema de tarifas, isto é, o sistema KLV-Neu. Isto foi confirmado pela recorrente em resposta a uma questão formulada pelo Tribunal antes da audiência. Nessa resposta, a recorrente confirmou igualmente que o sistema KLV-Neu levou a uma baixa dos preços apenas em proveito dos agentes dos transportes ferroviários de contentores marítimos que transitam pelos portos alemães, dado que esse sistema de tarifas era baseado em medidas de racionalização que, na prática, foram aplicadas apenas ao tráfego de contentores que transitam pelos portos do norte.

84 Decorre das declarações feitas nos números precedentes que os comportamentos da DB durante o período de inquérito contribuíram directamente para a manutenção de uma diferença entre os preços por quilómetro aplicáveis aos transportes que transitam pelos portos do oeste e os aplicáveis aos transportes que transitam pelos portos do norte.

85 Deve nesta altura examinar-se se a referida diferença dos preços por quilómetro era de natureza discriminatória e afectou assim a posição concorrencial de alguns operadores.

86 Para o efeito devem analisar-se os números reproduzidos nos anexos 3 a 9 da decisão. Esses números mostram que, fora o destino de Saarbrucken, para cada

destino claramente mais próximo de Roterdão que de Hamburgo e para o qual o transporte por Roterdão era portanto objectivamente mais vantajoso, essa vantagem comercial em relação ao transporte por Hamburgo era sempre contrabalançada ou por preços absolutos mais elevados para os transportes para Roterdão, ou por uma prática de preços absolutos iguais. Entre os preços absolutos desiguais encontram-se, por exemplo, os praticadas para os transportes de contentores vazios entre 1 de Outubro de 1990 e 31 de Dezembro de 1991 (anexo 3) para Duisburg, Bochum, Wuppertal, Mannheim e Karlsruhe. Estes preços absolutos traduzem-se em diferenças por quilómetro de 77,6% (Duisburg), 56,5% (Bochum), 42% (Wuppertal), 16,5% (Mannheim) e 22,6% (Karlsruhe). Entre os preços absolutos iguais encontram-se, por exemplo, os praticados a partir de 1 de Janeiro de 1992 (anexo 7) para os transportes de contentores carregados para Francoforte, Karlsruhe, Duisburg, Dusseldórfia, Wuppertal e Bochum. Esses preços traduzem-se em diferenças de preços por quilómetro de 4,6% (Francoforte), 11,35% (Karlsruhe), 58% (Dusseldórfia), 28% (Wuppertal) e 20,9% (Bochum). Além disso, verifica-se que, com a única excepção do destino de Saarbrucken, os preços absolutos aplicados aos transportes provenientes de ou com destino a Roterdão não eram para nenhuma cidade na Alemanha, que tenha sido mais próxima de Roterdão ou de Hamburgo, inferiores aos preços absolutos aplicados aos transportes provenientes de ou com destino a Hamburgo. Acontecia assim, por exemplo, com os preços KLV praticados para os transportes de contentores a partir de 1 de Julho de 1991 (anexo 9) para Francoforte (preço absoluto de 857 DM para Roterdão, contra 833 DM para Hamburgo), Dusseldórfia (653 DM, contra 618 DM) e Mayence (867 DM, contra 843 DM), por um lado (cidades mais próximas de Roterdão que de Hamburgo), e para Augsburg (1 456 DM, contra 1 415 DM), Munique (1 520 DM, contra 1 410 DM) e Ratisbonne (1 386 DM, contra 1 334 DM), por outro (cidades mais próximas de Hamburgo). O Tribunal considera que essa prática consolidou artificialmente uma situação de tarifas proteccionista dos transportes ferroviários que transitam pelos portos do norte e deve ser considerada como a imposição de condições de tarifas desiguais, em detrimento da posição concorrencial das empresas que operam nos trajectos ferroviários do oeste face às que operam nos trajectos ferroviários do norte.

87 A recorrente declarou que as diferenças de preços por quilómetro deviam-se ao facto de os custos de prestação serem mais elevados nos trajectos do oeste que nos do norte, bem como ao facto de o transporte ferroviário estar sujeito a uma concorrência intermodal mais forte nos trajectos do oeste que nos do norte.

88 O Tribunal declara, em primeiro lugar, que a diferença de custos invocada pela recorrente foi parcialmente criada pela própria DB. Esta tomou, nomeadamente, no seio do sistema de tarifas KLV-Neu, várias medidas de racionalização, tais como um aumento da utilização de comboios directos e completos, uma concentração no tráfego nocturno e nos transportes para certos terminais com exploração racionalizada. Essas medidas permitiram uma redução dos custos, mas unicamente no tráfego para e proveniente dos portos alemães (v. o n.° 83).

89 Deve precisar-se, a este propósito, que a recorrente não avançou qualquer argumento susceptível de demonstrar que as prestações de serviços ferroviários para os transportes para os portos belgas e neerlandeses deviam necessariamente ser excluídos das medidas de racionalização tomadas no quadro do sistema KLV-Neu e, assim, do conjunto das medidas de redução de custos tomadas pela DB. O argumento de que as medidas de racionalização introduzidas pelo sistema KLV-Neu não podiam ser aplicadas ao tráfego via portos do oeste em virtude do fraco volume deste e da impossibilidade que daí resultava de constituir comboios directos e completos não poderá convencer. A recorrente declarou, por outro lado, em duas ocasiões, em resposta a questões do Tribunal formuladas aquando da audiência, que comboios completos eram constituídos nos trajectos do oeste.

90 Na medida em que a recorrente invocou um custo específico dos trajectos do oeste, a saber, o resultante da mudança de locomotiva e da reconstituição de vagões na fronteira, o Tribunal considera que tal custo pode representar apenas uma parte restrita dos custos suportados para a prestação do conjunto dos serviços em questão (a colocação à disposição de locomotivas e a tracção dos comboios sob todos os seus aspectos), e que não é por isso susceptível de justificar as diferenças de preços constatadas. Resulta, além disso, dos números que figuram no anexo 15 da decisão e que não são contestados entre as partes que o total das tarifas exigidas pela DB, por um lado, e pelos NS, por outro, à Intercontainer pelas suas prestações de serviços ferroviários nos trajectos que ligam as cidades alemãs e o porto de Roterdão era, em média, inferior à tarifa reclamada pela DB da Transfracht pelas suas prestações de serviços ferroviários nos trajectos do norte. Nessas condições,

os custos directamente atinentes aos serviços prestados pelas empresas ferroviárias deviam logicamente ser inferiores nos trajectos do oeste aos suportados nos trajectos do norte.

91 Em segundo lugar, o Tribunal considera que o grau mais intenso de concorrência entre os transportes ferroviários, por um lado, e os transportes rodoviários e fluviais, por outro, nos trajectos do oeste não poderá explicar o nível mais elevado das tarifas praticadas pela Intercontainer nesses trajectos, comparadas com as tarifas praticadas pela Transfracht nos trajectos do norte. Com efeito, a supor que o carácter mais intenso da concorrência intermodal nos trajectos do oeste possa justificar uma diferença de preços, forçoso é declarar que, de um ponto de vista comercial, só uma diferença a favor das tarifas praticadas nos trajectos do oeste poderia logicamente daí decorrer.

92 Na medida em que a recorrente afirma que a diferença de situação concorrencial vicia, além disso, a definição geográfica do mercado feita pela Comissão, basta reconhecer que a definição do mercado geográfico não exige que as condições objectivas de concorrência entre os operadores económicos sejam perfeitamente homogéneas, mas unicamente que sejam «similares» ou «suficientemente homogéneas», e que, portanto, só as zonas em que as condições objectivas de concorrência são «heterogéneas» não podem ser consideradas como constituindo um mercado uniforme (acórdãos United Brands/Comissão, já referido, n.os 11 e 53 e Tetra Pak/Comissão, já referido, n.os 91 e 92). No caso em apreço, o grau mais intenso da concorrência intermodal nos trajectos do oeste não poderá conduzir a qualificar as condições objectivas de concorrência existentes nesses trajectos de «heterogéneas» em relação às existentes nos trajectos do norte.

93 Resulta do que antecede que a Comissão forneceu provas bastantes em apoio das suas conclusões quanto ao comportamento da DB e que foi de forma juridicamente satisfatória que considerou ter esta empresa, pela sua actuação, imposto condições desiguais para prestações equivalentes, colocando desta forma os seus parceiros comerciais que operavam nos trajectos do oeste em desvantagem, em termos de

concorrência, em relação a si e à sua filial Transfracht. Por conseguinte, o segundo vector do fundamento deve ser igualmente desatendido.

94 Segue-se que o segundo fundamento deve ser rejeitado na sua integralidade.

95 Esta conclusão não poderá ser infirmada pela alegação suplementar da recorrente, na réplica e na fase oral do processo, de que as conclusões da Comissão na declaração de abuso de posição dominante pela DB eram insuficientemente fundamentadas, o que constituía violação do artigo 190.° do Tratado. A este propósito, deve recordar-se que, por força do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a dedução de um fundamento novo no decurso da instância é proibida a menos que tenha origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. O Tribunal considera que a acusação de violação do artigo 190.° do Tratado constitui um fundamento novo que não assenta em elementos que se revelaram durante o processo, de forma que não podia ser invocado pela primeira vez no decurso da instância.

96 De qualquer modo, ao proceder sucessivamente à análise do «papel determinante da DB para a fixação das tarifas de transporte dos contentores marítimos a partir da ou com destino à Alemanha» (pontos 143 a 156 da decisão), das «tarifas da Transfracht e da Intercontainer» (pontos 162 a 177 da decisão), da «posição das empresas em causa quanto à natureza discriminatória das diferenças de tarifas» e nomeadamente da «posição do grupo DB/Transfracht» (pontos 185 a 190 da decisão), e das situações concorrenciais e dos custos de produção (pontos 199 a 248 da decisão) e ao estabelecer uma ligação entre essas análises, a Comissão explicou de forma circunstanciada na sua decisão a razão pela qual entendeu que a DB abusou da sua posição dominante, o que permitiu ao Tribunal exercer o seu controlo de legalidade. Da mesma forma, tanto na sua petição como durante o seguimento do processo, a recorrente respondeu a raciocínios desenvolvidos pela Comissão na decisão quanto à declaração de abuso de posição dominante, o que demonstra que a decisão lhe forneceu as indicações necessárias que lhe permitem defender os seus direitos. Nestas circunstâncias, não pode concluir-se pela falta de fundamentação

(v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão, C-350/88, Colect., p. I-395, n.° 15; e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Martinelli/Comissão, T-150/89, Colect., p. II-1165, n.° 65).

Terceiro fundamento, baseado na violação dos direitos de defesa

Argumentos das partes

97 A recorrente lembra que pediu à Comissão, após a notificação da decisão, para poder consultar os elementos do processo e que a Comissão desatendeu esse pedido. Sustenta que a consulta pedida era essencial a fim de permitir ao seu advogado preparar utilmente o processo contencioso. O facto de uma consulta ter sido autorizada ao longo do processo pré-contencioso não era, a este propósito, pertinente, dado que naquela altura tanto a empresa em causa como o advogado tinham uma outra identidade. De qualquer forma, a recorrente afirma não estar na posse das cópias feitas pelo advogado da DB aquando do seu exame dos elementos do processo.

98 A recorrente precisa também que a lei alemã de 27 de Dezembro de 1993 relativa à reorganização dos caminhos-de-ferro criou um novo organismo, o «Bundeseisenbahnvermögen», como sucessor oficial da DB. Deduz daí que nem a sua identidade nem os seus direitos podem ser assimilados aos da DB. Por conseguinte, a recusa da Comissão de lhe permitir o acesso aos elementos do processo privou a recorrente, que existe apenas a partir de Janeiro de 1994, de todo o direito nesse aspecto. Isto equivale a uma violação dos direitos de defesa, que afecta a decisão impugnada de um vício de processo substancial.

99 A recusa da Comissão de ter em conta a mudança de identidade da empresa acarretou, além disso, o não cumprimento do dever de fundamentação. A recorrente deduz nomeadamente da jurisprudência do Tribunal que, quando uma decisão nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado aplica uma multa a uma empresa por lhe ser imputada infracção cometida por outra empresa, deve conter uma exposição

circunstanciada dos fundamentos que justifiquem a imputabilidade da infracção à empresa à qual a multa é aplicada (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Abril de 1994, AWS Benelux/Comissão, T-38/92, Colect., p. II-211, n.os 26 e 27). Ora, a decisão impugnada não continha qualquer fundamentação dessa natureza.

100 A recorrida sublinha que o direito de acesso aos elementos do processo se extingue no momento em que o processo administrativo é encerrado. Especifica que, uma vez que uma decisão foi adoptada e notificada, os direitos de defesa do destinatário são garantidos pela possibilidade de impugnar a decisão judicialmente.

101 A recorrida observa, ademais, que, de qualquer forma, uma mudança de advogado não pode ter qualquer repercussão no direito de acesso aos elementos do processo, dado que o acesso aos elementos do processo é um direito conferido à empresa em causa e não aos advogados individuais desta. A circunstância de que, neste processo, a empresa mudou ela própria de identidade não seria também pertinente, dado que a recorrente é o sucessor tanto económico como jurídico da DB e que, por conseguinte, os seus direitos e obrigações são identificáveis com os direitos e obrigações da DB, incluindo o direito, que esta exerceu aquando do processo pré-contencioso, de consultar os elementos do processo.

Apreciação do Tribunal

102 O Tribunal verifica que o pedido da recorrente de acesso aos elementos do processo foi formulado à Comissão após a adopção e notificação da decisão, pelo que se trata de um elemento posterior à adopção desta e, por conseguinte, a legalidade desta última não pode, em caso algum, ser afectada pela recusa da Comissão de lhe dar deferimento (v. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Baustahlgewebe/Comissão, T-145/89, Colect., p. II-987, n.° 30, bem como o acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.° 40).

103 Por conseguinte, o terceiro fundamento deve ser desatendido.

104 Essa conclusão não poderá ser infirmada pelo facto de a recorrente ter invocado outro vício de ordem processual, a insuficiência de fundamentação da imputação que lhe é feita. A este propósito, deve declarar-se que este vício foi invocado, pela primeira vez, na réplica. Se bem que apresentado no quadro da argumentação relativa aos elementos do processo, o Tribunal entende que é, na sua substância, distinto da questão do acesso aos elementos do processo, bem como das outras questões suscitadas na petição, e que deve por isso ser considerada como um fundamento independente e novo. Dado que não assenta em elementos de direito e de facto que se revelaram no decurso do processo, a recorrente não podia invocá-lo no decurso da instância (v., a título similar, o n.° 95).

105 De qualquer forma, a acusação de insuficiência de fundamentação de que a recorrente se queixa na réplica não poderá ser acolhida. Com efeito, a Comissão indicou, no ponto 13 da decisão, que a recorrente constitui, desde 1 de Janeiro de 1994, o sucessor da DB. O Tribunal entende que essa precisão explica suficientemente a razão pela qual considerou que estava no direito de ordenar à recorrente que pusesse termo à infracção ao artigo 86.° do Tratado cometida pela DB e de a condenar em multa pela mesma infracção (artigos 3.° e 4.° da decisão). Este entendimento da Comissão é, aliás, inteiramente correcto no quadro do presente litígio, pois que resulta da lei alemã relativa à reorganização dos caminhos-de-ferro e que cria o Bundeseisenbahnvermögen que a recorrente recebeu, por intermédio do Bundeseisenbahnvermögen, o património da DB na medida em que tal era necessário para o fornecimento dos serviços ferroviários e para a exploração da infra-estrutura ferroviária.

106 O presente caso concreto difere, além disso, dos factos que estiveram na origem do acórdão AWS Benelux/Comissão, já referido, no qual o Tribunal julgou que uma fundamentação circunstanciada da imputabilidade da infracção à empresa sancionada era necessária por os comportamentos incriminados dizerem respeito a uma pluralidade de empresas. Naquele processo, várias empresas tinham estado impli-

cadas no processo administrativo, o que tinha acarretado questões complexas quanto à imputabilidade da infracção quando esta foi finalmente reconhecida. Ora, no caso concreto, a infracção sancionada pela Comissão foi cometida apenas por uma só empresa, a DB. A fundamentação da imputabilidade dessa infracção à recorrente podia portanto reduzir-se à simples declaração de que esta sucedeu à DB.

Quarto fundamento, baseado na violação dos princípios da segurança jurídica e da boa administração

Argumentos das partes

107 A recorrente observa que a Comissão conhecia desde há muito tempo a política de tarifas da DB e que, em várias ocasiões, a considerou conforme ao direito comunitário.

108 Neste quadro, a recorrente lembra que, pela questão parlamentar escrita n.° 1720/81, de 9 de Fevereiro de 1982, tinha sido pedido à Comissão que indicasse quando e como poria termo «à distorção da concorrência entre os portos oeste-alemães e neerlandeses do Mar do norte devida às tarifas discriminatórias da sociedade dos caminhos de ferro alemães» e que ela respondeu a essa questão dizendo que, «até ao presente, todos os inquéritos relativos a essas tarifas ou [a] esse sistema de tarifas conduziu à declaração de que as diferenças entre os preços de transporte ferroviários para os portos de mar neerlandesas e para os portos de mar alemães não são devidas à existência de tarifas discriminatórias. Trata-se, na ocorrência, de tarifas de concorrência correctamente calculadas que a DB adopta tendo em conta os preços de custo e a situação do mercado no seu próprio interesse comercial» (JO C 198, p. 2). Na sua resposta a uma nova questão parlamentar em 1983, a Comissão repetiu essa tomada de posição (resposta à questão escrita n.° 664/83, JO C 308, p. 13).

109 Em 1986, por ocasião de uma outra questão parlamentar, a Comissão registou de novo as diferenças entre os preços praticados no mercado dos transportes em tráfego nacional alemão e os praticados no mercado dos transportes de tráfego internacional ao responder que «nesses diferentes mercados, muito concorrenciados, as sociedades [Transfracht e Intercontainer] aplicam... preços de transporte tendo em conta os preços praticados pelos transportadores concorrentes» e que, por conseguinte, «os preços praticados pela sociedade Transfracht não podem ser considerados como um auxílio de natureza a criar uma distorção da concorrência» (resposta à questão escrita n.º 911/86, JO 1987, C 198, p. 6).

110 A recorrente sublinha que a decisão impugnada está em plena contradição com essas tomadas de posição perante o Parlamento. Entende que, ao modificar tão profunda e rapidamente a sua política de transportes, sem mesmo ter anunciado tal mudança por uma comunicação no Jornal Oficial, a Comissão violou gravemente os princípios da segurança jurídica e da boa administração.

111 A recorrida entende que não criou uma situação de confiança na esfera da recorrente. Sublinha que não se pronunciou, em nenhuma das três tomadas de posição perante o Parlamento citadas pela recorrente, sobre a legitimidade das práticas de tarifas da DB à luz das regras comunitárias de concorrência, mas que indicou unicamente que não dispunha, na altura, de elementos de informação que lhe permitissem concluir por uma violação dessas regras. A recorrida acrescenta, por outro lado, que tomou ainda posição perante o Parlamento, sobre o mesmo objecto, em Abril de 1989, aquando da resposta à questão escrita n.º 2172/88 (JO 1989, C 255, p. 23). Sublinha que, nessa ocasião, ela se absteve de novo, por falta de informações, de se pronunciar sobre a legitimidade do comportamento da DB e que notou que, «se as partes interessadas estivessem dispostas a informar a Comissão das razões pelas quais consideram essas tarifas como discriminatórias, a questão poderia ser examinada com as autoridades competentes».

112 A recorrida observa, ademais, que as tomadas de posição citadas não são pertinentes para o presente processo, pois datam dos anos de 1982, 1983 e 1986, e de Abril de 1989, ao passo que a decisão impugnada diz respeito aos comportamentos da DB no quadro do acordo MCN entre 1 de Outubro de 1989 e 31 de Julho de 1992.

Apreciação do Tribunal

113 Segundo jurisprudência constante, o princípio da segurança jurídica visa garantir a previsibilidade das situações e das relações jurídicas que relevam do direito comunitário (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 1996, Duff e o., C-63/93, Colect., p. I-569, n.° 20). Para esse efeito, é essencial que as instituições comunitárias respeitem a intangibilidade dos actos que adoptaram e que afectam a situação jurídica e material dos sujeitos de direito, de modo que só poderão modificar esses actos no respeito das regras de competência e de processo (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./Comissão, T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Colect., p. II-315, n.° 35, e 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.° 73).

114 O Tribunal entende que as respostas da Comissão às questões parlamentares citadas pela recorrente não produziram efeitos jurídicos obrigatórios e não eram de natureza a afectar a situação jurídica e material da DB. Deve reconhecer-se, além disso, que as respostas da Comissão, porquanto dizem respeito às práticas de tarifas da DB, eram formuladas com muita reserva. Nomeadamente, na sua resposta à questão escrita n.° 1720/81, a Comissão acompanhou a sua apreciação da política de tarifas da DB da menção «pois que no presente» e sublinhou que estava «disposta a examinar o caso suscitado pelo digno parlamentar se informações mais precisas fossem fornecidas, nomeadamente as relações de tráfego visadas e os preços e condições de transporte aplicados». Por conseguinte, a decisão impugnada, que

assenta precisamente em tais «informações mais precisas», não contradiz as respostas dadas pela Comissão ao Parlamento e não modifica portanto o seu alcance.

115 Segue-se que a recorrente não podia nem extrair uma exigência de segurança jurídica das tomadas de posição da Comissão perante o Parlamento, nem pretender ter posto uma confiança legítima nestas.

116 Finalmente, o facto de a Comissão ter acompanhado as suas respostas ao Parlamento de reservas e em seguida, quando teve à disposição informações mais precisas pela via de uma denúncia e das medidas de instrução tomadas no quadro do processo administrativo, ter desenvolvido uma atitude mais firme e crítica não é incompatível com as exigências de uma boa administração, mas constitui antes um exemplo ilustrativo desta.

117 Por conseguinte, o quarto fundamento deve também ser desatendido.

Quanto aos pedidos subsidiários de anulação da multa ou da redução do seu montante

Argumentos das partes

118 A recorrente entende que a multa que lhe foi aplicada constitui uma violação do princípio de proporcionalidade. Assim era, em primeiro lugar, porque a Comissão não reconheceu, durante vinte anos, qualquer infracção no domínio dos transportes ferroviários, se bem que tenha tido perfeito conhecimento das práticas das empresas ferroviárias. Segundo a recorrente, uma multa deve ser anulada, ou pelo menos reduzida, se a Comissão hesitou em intervir contra pretensas distorções de

concorrência (acórdão 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, n.os 51 e 52).

119 O montante da multa era igualmente desproporcionado em relação à gravidade da pretensa infracção. Com efeito, as consequências da infracção que a Comissão considera demonstradas não se produziram na realidade. A recorrente salienta, a este propósito, que as práticas de tarifas examinadas não arrastaram qualquer perda que seja para as empresas reagrupadas na associação denunciante e não provocaram no mercado dos transportes que transitam pelos portos do oeste em geral um deslocamento dos agentes de transporte belgas e neerlandeses para outros modos de transporte. Acrescenta que tal transferência era mesmo teoricamente possível com muita dificuldade, dado que os modos de transporte rodoviário e fluvial eram já os mais utilizados no mercado.

120 A recorrente censura finalmente à Comissão o facto de esta, contrariamente às suas práticas administrativas em matéria de cálculo de multas, ter calculado os limites impostos pelo artigo 22.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1017/68 com base no volume de negócios total da DB (12,9 mil milhões de ecus no ano de 1993), e não sobre o volume de negócios realizado no tráfego de contentores (461 milhões de DM no ano de 1993).

121 A recorrida confirma que a multa impugnada é a primeira aplicada com base no Regulamento n.° 1017/68, mas entende que essa circunstância não deve influenciar a fixação do montante. O montante da multa é plenamente justificado, dado que a DB estava perfeitamente consciente da discriminação que praticava e não se mostrou disposta a pôr-lhe termo.

122 O comportamento da DB teve, além disso, consequências graves. A recorrida lembra, a esse propósito, que, durante o período de 1989-1991, o tráfego que transitou pelos portos do norte aumentou de 20% e o que transitou pelos portos do oeste

diminuiu 10%. A recorrida admite que o relatório de peritagem demonstra que os fluxos de tráfego foram mais ou menos constantes ao longo do período do inquérito, mas acrescenta que, a supor mesmo que esses cálculos sejam exactos, o comportamento da DB deveria ser sempre considerado como tendente a impedir um aumento da parte do caminho-de-ferro no transporte de contentores nos trajectos do oeste, o que constitui, só por si, uma infracção grave às regras de concorrência.

123 A recorrida recorda ainda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão não é obrigada a anunciar que tem a intenção de aplicar uma multa. Sublinha igualmente que abriu um inquérito logo que recebeu uma denúncia. Indica, finalmente, que o montante da multa aplicada se situa nos limites fixados pelo artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68.

Apreciação do Tribunal

124 A título liminar, há que salientar que o artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68 confere à Comissão o poder de aplicar uma multa por violação do artigo 8.° do mesmo regulamento. O Tribunal entende que a circunstância de a Comissão ter reconhecido uma infracção ao artigo 86.° do Tratado e não ao artigo 8.° do Regulamento n.° 1017/68 não a impedia de aplicar uma multa por força do artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68, dado que as disposições aplicáveis do artigo 8.° do Regulamento n.° 1017/68 têm a mesma redacção e o mesmo alcance que as do artigo 86.° do Tratado (v. *supra* n.° 77). A escolha do artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68 como base jurídica para a aplicação da multa não foi, aliás, contestada pela recorrente.

125 Também a título liminar, há que salientar que, em aplicação do artigo 24.° do Regulamento n.° 1017/68, o Tribunal decide com plena jurisdição, na acepção do artigo 172.° do Tratado, sobre os recursos das decisões pelas quais a Comissão fixa uma multa ou uma adstrição.

126 No tocante ao cálculo da multa, o Tribunal reconhece que a Comissão respeitou o limiar máximo de 10% indicado no artigo 22.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1017/68. Nos termos do referido artigo, a Comissão pode aplicar multas que vão até 10% do «volume de negócios realizado durante o exercício social anterior por cada uma das empresas que tenham cometido a infracção». Segundo jurisprudência bem assente, é permitido, neste quadro, ter em conta tanto o volume de negócios global da empresa como a parte dele que provém das prestações objecto da infracção (acórdão Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, já referido, n.° 233). Tendo em conta os dados fornecidos pelas partes, a multa de 11 milhões de ecus corresponde a menos de 0,1% do volume de negócios realizado pela DB em 1993 e a menos de 5% do volume de negócios realizado pela DB em 1993 no tráfego de contentores. Segue-se que a Comissão ficou, em todos os aspectos, abaixo do limiar previsto no artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68.

127 Quanto à fixação do montante da multa dentro dos limites quantitativos previstos no artigo 22.° do Regulamento n.° 1017/68, deve recordar-se que as multas constituem um instrumento da política de concorrência da Comissão e que esta deve, por isso, dispor de uma margem de apreciação na fixação do seu montante, a fim de orientar o comportamento das empresas no sentido do respeito das regras de concorrência (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância Martinelli/Comissão, já referido, n.° 59, e de 11 de Dezembro de 1996, Van Megen Sports/Comissão, T-49/95, Colect., p. II-1799, n.° 53). Incumbe todavia ao Tribunal verificar se o montante da multa aplicada é proporcionado em relação à duração e aos outros elementos que influam na apreciação da gravidade da infracção, tais como a influência que a empresa exerceu no mercado, o proveito que tirou das suas práticas, o volume e o valor das prestações em causa e o risco que a infracção representa para os objectivos da Comunidade (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion Française e o./Comissão, 100/80, 101/80, 102/80 e 103/80, Recueil, p. 1825, n.^{os} 120 e 129).

128 No caso em apreço, o Tribunal entende que a DB não podia ignorar que, pela sua amplitude, pela sua duração e pelo seu carácter sistemático, os seus comportamentos favoreciam consideravelmente os transportes que transitavam pelos portos alemães e provocavam assim restrições sérias à concorrência. Daí resulta que foi legalmente que a Comissão considerou que a infracção tinha sido cometida

deliberadamente (v., a este propósito, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comissão, T-61/89, Colect., p. II-1931, n.° 157). A Comissão teve, além disso, em conta, com razão, a duração relativamente longa (pelo menos dois anos e dez meses) da infracção, o facto de a DB não se ter comprometido de modo algum a alterar as suas práticas a seguir ao envio da comunicação de acusações, e as vantagens comerciais que a DB podia obter da sua infracção.

129 Resulta das considerações que precedem que a Comissão dispunha de elementos que punham em evidência uma gravidade considerável do abuso reconhecido e que, por isso, o montante da multa aplicada, e nomeadamente a percentagem do volume de negócios que representa, não se afigura desproporcionado.

130 Contrariamente ao que sustenta a recorrente, a Comissão não era obrigada a fixar um montante mais moderado por não ter havido aplicações precedentes de multas no sector em causa. A este propósito, deve recordar-se que o carácter inédito de uma decisão não poderá ser invocado a favor de uma redução da multa, desde que a gravidade do abuso de posição dominante e das suas restrições à concorrência seja clara (acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.° 239, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.os 46 a 49). Assim, a recorrente não poderá reprovar à Comissão ter hesitado em intervir e ter assim contribuído ela própria para a duração da infracção. A este propósito, basta reconhecer que a Comissão abriu um inquérito após a recepção de uma denúncia relativa às práticas de tarifas da recorrente.

131 Tendo em conta o que precede, o Tribunal entende que não há que anular a multa aplicada à recorrente nem que a reduzir.

132 Decorre de tudo o que precede que deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

133 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 recorrente sido vencida e tendo a Comissão pedido a sua condenação, há que condenar a recorrente nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção Alargada)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas.

Saggio Kalogeropoulos Tiili

Moura Ramos Jaeger

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 21 de Outubro de 1997.

O secretário O presidente

H. Jung A. Saggio