

ORDINANZA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

12 maggio 1995 *

Nei procedimenti T-79/95 R e T-80/95 R,

Société nationale des chemins de fer français, società di diritto francese, con sede in Parigi, con gli avv.ti Barbara Rapp-Jung e Nathalie Flandin, del foro di Bruxelles, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio dell'avv. Victor Elvinger, 31, rue d'Eich,

e

British Railways Board, società di diritto inglese, con sede in Londra, con il signor Thomas Sharpe, QC, del foro d'Inghilterra e del Galles, assistito dal signor Alexandre Nourry, solicitor, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

richiedenti,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata, nella causa T-79/95 R, dai signori Francisco González Díaz, membro del servizio giuridico, e Gérard de Bergues, funzionario nazionale distaccato presso la Commissione, e, nella causa

* Lingue processuali: il francese e l'inglese.

T-80/95 R, dalla signora Carmel O'Reilly e dal signor Francisco González Díaz, membri del servizio giuridico, e dal signor Géraud de Bergues, funzionario nazionale distaccato presso la Commissione, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Georgios Kremlis, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

resistente,

avente ad oggetto due domande di sospensione dell'esecuzione dell'art. 2, parte A, della decisione della Commissione 13 dicembre 1994, 94/894/CE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 85 del Trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (IV/32.490-Eurotunnel; GU L 354, pag. 66), in quanto subordina l'esenzione di cui all'art. 1 della medesima decisione ad alcune condizioni,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

ha emesso la seguente

Ordinanza

Fatti e procedimento

1 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 7 marzo 1995, la Société nationale des chemins de fer français (in prosieguo: la «SNCF») ha

proposto, ai sensi dell'art. 173, quarto comma, del Trattato che istituisce la Comunità europea (in prosieguo: il «Trattato CE»), un ricorso diretto, in via principale, all'annullamento della decisione della Commissione 13 dicembre 1994, 94/894/CE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 85 del Trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (IV/32.490-Eurotunnel; GU L 354, pag. 66) e, in subordine, all'annullamento della medesima decisione nella parte in cui impone alcune condizioni (art. 2, parte A).

- 2 Con atto separato, registrato presso la cancelleria del Tribunale il 20 marzo 1995, la SNCF ha inoltre presentato un'istanza volta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione dell'art. 2, parte A, della decisione impugnata.
- 3 Con atto introduttivo registrato presso la cancelleria del Tribunale l'8 marzo 1995, la società British Railways Board (in prosieguo: la «BR») ha proposto, ai sensi della medesima disposizione del Trattato CE, un ricorso diretto anch'esso in via principale all'annullamento della detta decisione e, in subordine, all'annullamento dell'art. 2, parte A.
- 4 Con atto separato, registrato in pari data presso la cancelleria del Tribunale, la BR ha altresì presentato un'istanza volta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione dell'art. 2, parte A, della medesima decisione.
- 5 La Commissione ha presentato osservazioni scritte sull'istanza di provvedimenti provvisori nella causa T-80/95 R il 20 marzo 1995. Essa ha depositato le sue osservazioni scritte sull'istanza di provvedimenti provvisori nella causa T-79/95 R il 30 marzo 1995. Con decisione 31 marzo 1995, il presidente del Tribunale ha autorizzato la BR a inserire nel fascicolo ulteriori elementi probatori in risposta alle osservazioni della Commissione.
- 6 Le parti sono state sentite il 3 aprile 1995. Nel corso dell'udienza la SNCF e la Commissione sono state autorizzate anch'esse a depositare alcuni documenti. Il giudice del procedimento sommario ha invitato ciascuna delle parti a sottoporre osservazioni scritte sui nuovi elementi prodotti dalla controparte entro il 6 aprile

1995. Sempre in udienza le richiedenti e l'istituzione convenuta hanno dichiarato di non aver obiezioni a che si provveda con un'unica ordinanza sulle domande identiche che formano l'oggetto dei due procedimenti sommari.

- 7 Preliminarmente all'esame della fondatezza delle istanze di provvedimenti provvisori, è opportuno ricordare brevemente i fatti essenziali che hanno dato origine alla controversia sulla quale il Tribunale è chiamato a pronunciarsi, come risultano dalle memorie e dai documenti depositati dalle parti nonché dai chiarimenti forniti oralmente nel corso dell'udienza del 3 aprile 1995.
- 8 Il 29 luglio 1987 la BR e la SNCF stipulavano con la società di diritto inglese The Channel Tunnel Group Ltd e la società di diritto francese France Manche SA (in prosieguo congiuntamente denominate l'«Eurotunnel») una convenzione riguardante l'uso del collegamento fisso sotto la Manica tra il dipartimento di Pas-de-Calais in Francia e la contea del Kent in Inghilterra (in prosieguo: la «convenzione d'uso»). La convenzione d'uso è stata conclusa nel quadro e per la durata della concessione del diritto di intraprendere la progettazione, il finanziamento, la costruzione e l'esercizio del collegamento fisso («tunnel»), attribuito all'Eurotunnel in forza di un accordo stipulato il 14 marzo 1986 con il segretario di Stato ai Trasporti del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ed il ministro francese dell'Urbanistica, dell'Edilizia abitativa e dei Trasporti. La durata di tale concessione, inizialmente prevista per 55 anni, è stata portata a 65 anni nel 1994.
- 9 In sostanza, la convenzione d'uso disciplina i rapporti tra l'Eurotunnel, da un lato, e la BR e la SNCF, dall'altro, stabilendo i diritti e gli obblighi reciproci delle parti per quanto riguarda l'utilizzazione del tunnel. Vi si prevedono le modalità e le condizioni di transito dei treni internazionali di passeggeri e merci eserciti dalla BR e dalla SNCF, nonché l'esercizio da parte dell'Eurotunnel di un servizio specifico di treni navetta per il trasporto di autoveicoli di vario tipo ed eventualmente dei loro passeggeri. Ai sensi dell'art. 6, n. 2, della convenzione d'uso, la BR e la SNCF hanno comunque diritto, per tutta la durata della convenzione, al 50% della capacità del collegamento fisso per ogni ora e in ogni direzione. La capacità residua del

tunnel, misurata in segmenti orari standard, rimane a disposizione dell'Eurotunnel, gestore dell'infrastruttura. Quale corrispettivo per l'utilizzazione del collegamento fisso, la BR e la SNCF si impegnano a versare all'Eurotunnel un canone costituito da un elemento fisso, dovuto per i primi dodici anni di esercizio, e da un elemento parzialmente variabile in funzione del traffico effettivo, a carattere decrescente. Ai sensi dell'art. 10 della convenzione d'uso, esse si impegnano altresì a rimborsare all'Eurotunnel parte dei costi di esercizio del collegamento fisso, specificati nell'allegato V della convenzione stessa. Le imprese ferroviarie si sono peraltro impegnate a compiere investimenti importanti per predisporre le rispettive infrastrutture ferroviarie nella misura necessaria all'utilizzazione del tunnel e per dotarsi del materiale rotabile idoneo a tale uso.

- 10 Con l'accordo della BR e della SNCF, l'Eurotunnel notificava la convenzione d'uso alla Commissione il 2 novembre 1987 al fine di ottenere una dichiarazione di inapplicabilità delle disposizioni dell'art. 2 del regolamento (CEE) del Consiglio 19 luglio 1968, n. 1017, relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili (GU L 175, pag. 1, in prosieguo: il «regolamento n. 1017/68»). In conformità alla procedura prevista dall'art. 12, nn. 2 e 3, di tale regolamento, la Commissione decideva di concedere alla convenzione d'uso un'esenzione valida per un periodo di tre anni, vale a dire fino al 15 novembre 1991.
- 11 In seguito alle richieste di rinnovo dell'esenzione presentate dall'Eurotunnel e dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del 30 luglio 1994 (GU C 210, pag. 15) di una comunicazione a norma dell'art. 19, n. 3, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204, in prosieguo: il «regolamento n. 17»), e dell'art. 26, n. 3, del regolamento n. 1017/68, la Commissione adottava, in data 13 dicembre 1994, la decisione impugnata. Essa dichiarava l'inapplicabilità alla convenzione d'uso delle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato, dell'art. 2 del regolamento n. 1017/68 e dell'art. 53, n. 1, dell'accordo SEE per un periodo di 30 anni a decorrere dal 16 novembre 1991. L'esenzione era subordinata ad alcune condizioni ed oneri. Le condizioni di cui all'art. 2, parte A, della decisione impugnata sono l'oggetto delle presenti istanze di sospensione dell'esecuzione.

12 Il testo delle condizioni controverse è il seguente:

- «a) In applicazione del disposto dell'articolo 6, paragrafo 2 della convenzione d'uso, BR e SNCF non possono opporsi a che il gestore dell'infrastruttura in causa venda ad altre imprese ferroviarie i segmenti orari necessari per prestare servizi di trasporto internazionale di passeggeri e merci.

- b) BR e SNCF devono tuttavia poter disporre dei segmenti orari necessari per garantire un livello di servizio adeguato, sino al 31 dicembre 2006, ossia non più del 75% della capacità oraria del tunnel in ciascun senso, riservata ai treni internazionali di trasporto di passeggeri e di merci, per effettuare i propri servizi e quelli delle loro controllate.

- c) Durante il periodo di cui alla lettera b) le altre imprese ferroviarie e associazioni di imprese ferroviarie devono poter disporre almeno del 25% della capacità oraria del tunnel in ciascun senso per esercire treni internazionali passeggeri e merci.

- d) Le condizioni di cui alle lettere b) e c) non ostano a che BR e SNCF utilizzino durante il periodo di cui alla lettera b) più del 75% della capacità oraria, se le altre imprese ferroviarie non utilizzano integralmente il 25% della capacità rimanente.

- e) Le condizioni di cui alle lettere b) e c) non ostano nemmeno a che le altre imprese ferroviarie utilizzino durante il periodo di cui alla lettera b) più del 25% della capacità oraria se BR e SNCF non utilizzano integralmente il 75% della capacità loro riservata.

- f) Tali correzioni non devono tuttavia pregiudicare il diritto di BR e SNCF di utilizzare, se necessario, durante il periodo di cui alla lettera b) fino al 75% dei segmenti orari riservati ai treni internazionali, né il diritto delle altre imprese ferroviarie di utilizzare fino al 25% della capacità in questione.
- g) La percentuale dei segmenti orari riservati a BR e SNCF sarà riesaminata dalla Commissione entro il 31 dicembre 2006».

In diritto

- ¹³ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 185 e 186 del Trattato CE e dell'art. 4 della decisione del Consiglio 24 ottobre 1988, 88/591/CECA, CEE, Euratom, che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee (GU L 319, pag. 1), come modificata dalla decisione del Consiglio 8 giugno 1993, 93/350/Euratom/CECA, CEE (GU L 144, pag. 21), il Tribunale può disporre, ove reputi che le circostanze lo richiedano, la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato o i provvedimenti provvisori necessari.
- ¹⁴ L'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale dispone che le domande relative ai provvedimenti provvisori di cui agli artt. 185 e 186 del Trattato CEE devono precisare i motivi di urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustificano prima facie l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto. Le misure richieste devono presentare carattere provvisorio, nel senso che non debbono pregiudicare la decisione nel merito (v., in ultimo, ordinanza del presidente del Tribunale 26 ottobre 1994, cause riunite T-231/94 R, T-232/94 R e T-234/94 R, *Transacciones Marítimas e a./Commissione*, Racc. pag. II-885, punto 20).

Argomenti delle parti

- 15 Per quanto riguarda la sussistenza di motivi che giustifichino prima facie la concessione della sospensione dell'esecuzione delle condizioni controverse, le richiedenti fanno valere anzitutto che la Commissione si è basata su una valutazione giuridica errata dell'oggetto e degli effetti della convenzione d'uso. Pertanto, l'imposizione delle condizioni di cui trattasi non sarebbe giustificata alla luce delle norme applicabili in materia di concorrenza. La decisione impugnata sarebbe quindi illegittima, essendo stata adottata in violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, dell'art. 2 del regolamento n. 1017/68 e dell'art. 53, n. 1, dell'accordo SEE. Secondo le richiedenti, una corretta interpretazione della convenzione d'uso e la valutazione degli effetti di quest'ultima in favore della concorrenza giustificano una dichiarazione d'inapplicabilità dell'art. 85, n. 1, del Trattato o, quanto meno, l'applicazione incondizionata delle disposizioni del n. 3 del medesimo articolo. La BR ricorda che la Commissione ha concesso un'esenzione alla convenzione d'uso, senza imporre alcuna condizione, per un periodo di 3 anni fino al 15 novembre 1991 e che non traspare dalla decisione alcun mutamento significativo delle circostanze che sia intervenuto dopo la concessione di tale esenzione.
- 16 Secondo le richiedenti, contrariamente a quanto ha ritenuto la Commissione, la convenzione d'uso non ha né lo scopo né l'effetto di operare una ripartizione del mercato tra il servizio di treni navetta gestito dall'Eurotunnel e i servizi ferroviari di trasporto di passeggeri e merci eserciti dalla BR e dalla SNCF. Non vi sono impedimenti a che l'Eurotunnel utilizzi la parte della capacità del tunnel che rimane a sua disposizione per esercire servizi di treni internazionali di passeggeri e merci. La convenzione d'uso non frappone inoltre alcun ostacolo a che la BR e la SNCF predispongano servizi di navette, poiché le parti non hanno concordato restrizioni contrattuali in ordine al tipo di uso da farsi della capacità del tunnel loro attribuita. La SNCF rileva che la Commissione sembra riconoscere questi fatti nei punti 75-79 della decisione, senza trarre però quelle che, secondo la richiedente, ne costituiscono le necessarie conseguenze. Le richiedenti sottolineano inoltre che l'accesso ad una parte della capacità del collegamento fisso non è preclusa ai terzi dalla convenzione. Tale capacità può essere messa a disposizione di altre imprese ferroviarie da parte dell'Eurotunnel, conformemente all'art. 10 della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/440/CEE, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie

(GU L 237, pag. 25, in prosieguo: la «direttiva 91/440»). Qualora l'Eurotunnel esaurisse integralmente la capacità del 50% di cui dispone, potrebbe ottenere parte della capacità attribuita alla BR e alla SNCF facendo valere la causola contenuta nell'art. 6, n. 2, della convenzione d'uso. Secondo tale disposizione, la BR e la SNCF non possono rifiutarsi, senza fornire giustificazioni, di rinunciare ad una parte del loro diritto. Nei limiti in cui le condizioni imposte hanno l'obiettivo di garantire alle imprese ferroviarie terze il diritto di utilizzare una parte della capacità del tunnel, esse sono da ritenersi superflue.

- 17 Le richiedenti sostengono, in secondo luogo, che la Commissione ha ecceduto, nel caso di specie, i limiti del suo potere di subordinare un'esenzione ad alcune condizioni, potere che le è conferito dall'art. 8 del regolamento n. 17 e dell'art. 13 del regolamento n. 1017/68. Secondo la SNCF, le condizioni controverse infrangono l'equilibrio contrattuale della convenzione d'uso, che risiede nell'accettazione da parte della SNCF e della BR di impegni finanziari e di investimenti essenziali per l'avvio del progetto a fronte della disponibilità del 50% della capacità del tunnel. Imponendo esclusivamente a queste ultime imprese l'obbligo di cedere una parte dei diritti da esse ottenuti in forza della convenzione d'uso, la Commissione consentirebbe all'Eurotunnel di percepire un doppio corrispettivo per la parte della capacità oraria del tunnel riservata ai terzi: una prima volta, mediante il canone fisso e gli investimenti la cui responsabilità è stata assunta dalla SNCF e dalla BR; una seconda volta, con il pagamento del canone di utilizzazione da parte dei terzi. La BR deduce inoltre, da un lato, che l'imposizione delle condizioni controverse ha l'effetto di estendere alle richiedenti gli obblighi incombenti all'Eurotunnel nella sua veste di gestore dell'infrastruttura ai sensi della direttiva 91/440 e, dall'altro, che la Commissione ha esercitato il proprio potere in modo incompatibile con la detta direttiva, segnatamente con le competenze da questa attribuite agli Stati membri. Ne consegue che, secondo la BR, le condizioni imposte sono insieme discriminatorie e illegittime.

- 18 In terzo luogo, la SNCF e la BR ritengono che la decisione impugnata trasgredisca i principi di proporzionalità, di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto. La SNCF sottolinea che le condizioni controverse hanno l'effetto di privare retroattivamente le richiedenti di un quarto dei diritti da esse acquisiti in forza della convenzione d'uso, mentre rimane inalterato il loro contributo allo sviluppo dei

nuovi servizi di trasporto di cui trattasi. La BR rileva che le condizioni appaiono sproporzionate rispetto alle restrizioni della concorrenza che avrebbe constatato la Commissione, mentre le modalità concrete di applicazione degli obblighi imposti alle richiedenti sono imprecise e prive di chiarezza.

19 Infine le richiedenti fanno altresì valere, a sostegno dei ricorsi proposti nell'ambito delle cause principali, alcuni motivi attinenti ad un'asserita violazione da parte della Commissione dell'obbligo di motivazione, dei diritti della difesa e del principio di buona amministrazione.

20 Per quanto riguarda l'urgenza, le richiedenti deducono sostanzialmente che, in considerazione dei servizi attualmente garantiti e di quelli che intendono fornire in un prossimo futuro, esse saranno in grado di utilizzare, sin dall'estate del 1996, per alcune ore diurne e notturne, la totalità dei segmenti orari ad esse attribuiti dalla convenzione d'uso, superando così il limite del 37,5% della capacità oraria e in ciascuna direzione loro imposto dalle condizioni controverse. All'udienza del 3 aprile 1995, le richiedenti hanno sviluppato numerosi argomenti basandosi sulle previsioni del traffico per il periodo estivo dei prossimi tre anni, riferite sia ai servizi forniti dall'Eurotunnel sia a quelli eserciti dalla BR e dalla SNCF. Tali argomenti tendono ad infirmare le affermazioni della Commissione, secondo cui la fissazione del limite sopra menzionato sarebbe giustificata dal fatto che le richiedenti prevedevano di utilizzare nei prossimi dodici anni soltanto il 75% della capacità del tunnel di cui dispongono.

21 Secondo le richiedenti, è essenziale distinguere tra capacità oraria e capacità giornaliera, poiché i segmenti orari assumono un valore commerciale diverso a seconda dell'orario diurno o notturno. Le previsioni della SNCF e della BR, sulle quali si è basata la Commissione per stabilire le condizioni controverse, riguardano la capacità giornaliera, come risulta dai termini stessi della lettera inviata dalla SNCF alla Commissione e dei relativi allegati nonché dalle osservazioni presentate dalla BR prima dell'adozione della decisione impugnata. Il limite imposto dalla

Commissione alle richiedenti si riferisce invece alla capacità oraria del tunnel in ciascuna direzione. Orbene, secondo le richiedenti, gli elementi di prova da esse forniti mostrano che, anche se la capacità complessiva o giornaliera risulta attualmente eccedentaria rispetto alle esigenze delle richiedenti stesse e dell'Eurotunnel, la BR e la SNCF utilizzeranno a breve termine, per numerose ore del giorno e della notte, la totalità della capacità di cui dispongono o, in ogni caso, più del 75% di tale capacità per fornire i propri servizi di trasporto e ottemperare agli impegni contrattuali assunti con terzi. Un'insufficienza dei segmenti orari disponibili potrebbe verificarsi soprattutto in alcune ore notturne a causa delle riduzioni di capacità derivanti dai lavori di manutenzione del tunnel. Le richiedenti affermano al riguardo di non avere alcuna garanzia del fatto che la durata del periodo di manutenzione, attualmente di sette ore, venga ridotta in tempi brevi alle quattro ore previste dalla convenzione d'uso. Le richiedenti contestano i suggerimenti della Commissione circa la possibilità di procedere ad un riassetto dei loro servizi in modo da rimanere al di sotto del limite di utilizzazione stabilito e sottolineano che i loro orari sono il risultato di una pianificazione complessa, predisposta con anni di anticipo, la quale tiene conto delle esigenze specifiche dei clienti, in particolar modo della domanda di trasporto internazionale di merci, e che deve essere peraltro compatibile con l'utilizzazione del complesso di reti collegate al tunnel. La BR e la SNCF rilevano altresì che, in base alle previsioni di traffico presentate, una gran parte dei segmenti orari mantenuti dall'Eurotunnel rimarrà inutilizzata, laddove esse saranno invece costrette a sacrificare una parte della loro capacità, necessaria per garantire un livello adeguato di servizi, a vantaggio di terzi.

- 22 Le richiedenti sostengono che per effetto delle condizioni controverse subiranno un danno serio e di natura virtualmente irreparabile. In primo luogo esse saranno tenute a proseguire i pagamenti delle tariffe fisse e minimali e ad assumersi la responsabilità relativa agli investimenti destinati alle infrastrutture ed al materiale rotabile, obblighi questi che erano stati negoziati a fronte del diritto di utilizzare il 50% della capacità del tunnel, mentre esse dispongono ora soltanto del 37,5% di tale capacità e non hanno quindi modo di trarre profitto dagli investimenti fatti. In secondo luogo, viene messa in discussione l'esecuzione di alcuni impegni già negoziati con terzi, il che comporterebbe conseguenze finanziarie importanti per le richiedenti, oltre all'incertezza giuridica che ne deriverebbe per la conclusione di

nuovi contratti. Infine, la situazione sul mercato, conseguente all'applicazione delle condizioni controverse, tenderebbe ad essere irreversibile. Secondo le richiedenti, infatti, qualora tali condizioni venissero annullate dal Tribunale, le imprese ferroviarie terze potrebbero far valere un diritto acquisito nonché gli investimenti effettuati prima della pronuncia della sentenza nel merito per evitare di restituire alle richiedenti la parte della capacità del tunnel ottenuta nel frattempo.

23 Infine, le richiedenti fanno valere che il contemperamento degli interessi in causa giustifica la concessione del provvedimento sospensivo richiesto, poiché le condizioni controverse non sarebbero necessarie per la tutela degli interessi delle altre imprese ferroviarie. Infatti, i terzi eventualmente interessati, la cui esistenza non è stata peraltro dimostrata dalla Commissione, potrebbero ottenere i diritti d'utilizzazione del tunnel direttamente dal gestore dell'infrastruttura, vale a dire dall'Eurotunnel, avvalendosi dell'iter previsto dall'art. 10 della direttiva 91/440. D'altro canto, considerata l'attuale assenza di terzi interessati ad acquisire diritti di utilizzazione, le richiedenti ritengono che non sia stata dimostrata l'esistenza di un interesse pubblico comunitario all'immediata esecuzione delle condizioni controverse. Inoltre, l'applicazione degli oneri, anch'essi imposti dalla decisione impugnata, consentirebbe già di per sé alla Commissione di controllare adeguatamente la situazione, intervenendo qualora l'esercizio da parte delle richiedenti dei diritti da esse acquisiti in forza della convenzione d'uso sia incompatibile con la normativa comunitaria in materia di concorrenza.

24 Da parte sua, la Commissione ritiene che non ricorrano nel caso di specie i presupposti di diritto per la concessione del provvedimento provvisorio richiesto.

25 Quanto al «*fumus boni juris*», essa rileva che l'interpretazione della convenzione d'uso suggerita dalle richiedenti appare in contraddizione con quella contenuta nella notifica formale di tale accordo alla Commissione, effettuata in data 10 novembre 1987, laddove le parti affermavano che «la convenzione si prefigge di stabilire una ripartizione equa e fattibile della nuova infrastruttura costituita dal

collegamento fisso tra, da un lato, i mercati di trasporto passeggeri e merci mediante treni (...) e, dall'altro, il mercato del trasporto di autoveicoli al seguito, mediante un sistema specifico di navette». In ogni caso, la Commissione reputa che l'interpretazione data dalle richiedenti all'art. 6, n. 2, della convenzione contraddica le deduzioni delle stesse in ordine al venir meno dell'equilibrio contrattuale per effetto delle condizioni controverse, dal momento che esse affermano che la cessione di una parte dei loro diritti ad altre imprese ferroviarie è già prevista dal detto articolo. Secondo la Commissione, le richiedenti non possono legittimamente sostenere che la vitalità economica e finanziaria del progetto possa essere compromessa dall'eventuale utilizzazione da parte di terzi di una parte della capacità di cui esse dispongono attualmente.

26 L'istituzione resistente ricorda inoltre che, dall'epoca della concessione della prima esenzione per la convenzione d'uso, è intervenuto un mutamento essenziale, cioè l'adozione della direttiva 91/440. Secondo la Commissione, la direttiva ha delimitato un ambito giuridico e concreto del tutto nuovo in materia di esercizio delle ferrovie, il quale costituisce un primo passo verso l'attuazione della libera prestazione di servizi nel settore, garantendo ad alcune categorie di imprenditori l'accesso alle infrastrutture ferroviarie. L'imposizione delle condizioni controverse sarebbe quindi giustificata dalla volontà di tutelare gli interessi dei terzi, dando piena attuazione alla direttiva 91/440, tenuto conto del fatto che la convenzione d'uso è stata negoziata e stipulata in un contesto preesistente, caratterizzato dalla situazione di monopolio di cui si avvantaggiavano le imprese ferroviarie sulle loro rispettive reti.

27 Per quanto riguarda l'eccesso di potere contestatole, la Commissione sottolinea anzitutto che, nel fissare le condizioni controverse, essa ha pienamente considerato le esigenze delle richiedenti per i prossimi dodici anni, basandosi sulle previsioni fornite dalle stesse. Essa ritiene inoltre che la questione sollevata dalle richiedenti in ordine al doppio corrispettivo che percepirebbe l'Eurotunnel rientri nell'ambito dei rapporti contrattuali tra le parti e dovesse essere prevista dal momento che la BR e la SNCF hanno accettato la possibilità di cedere una parte dei diritti da esse acquisiti con la convenzione d'uso. I rappresentanti dell'Eurotunnel avrebbero peraltro manifestato alla Commissione la loro intenzione di attuare un sistema

perequativo nel caso in cui altre imprese utilizzassero una parte della capacità di cui trattasi. Infine, all'udienza del 3 aprile 1995, la Commissione ha sostenuto che le condizioni controverse non potevano essere poste a carico dell'Eurotunnel in quanto la restrizione della concorrenza, nell'analisi che ne è stata fatta alla luce dell'art. 85, n. 3, del Trattato, consiste nel mettere a disposizione esclusiva delle richiedenti, per un periodo di 65 anni, il 50% della capacità del tunnel. A suo parere, il fatto che il gestore dell'infrastruttura si riservi la parte della capacità che non ha ceduto non costituisce una restrizione della concorrenza, il che non lo libera tuttavia dagli obblighi incombentigli a norma della direttiva 91/440 né lo sottrae all'applicazione dell'art. 86 del Trattato.

28 Rispondendo ai quesiti postile nel corso dell'udienza, l'istituzione resistente ha inoltre spiegato che l'imposizione alla BR e alla SNCF di un limite riferito alla capacità oraria del tunnel anziché alla sua capacità giornaliera si giustifica, da un lato, con il nesso logico con i termini stessi della convenzione d'uso, che fanno riferimento al 50% della capacità del collegamento fisso, per ogni ora e in ogni senso, e, dall'altro, con l'intento di garantire alle imprese ferroviarie terze la possibilità di accedere a segmenti orari che non siano soltanto quelli commercialmente meno interessanti. La Commissione ha altresì confermato al Tribunale di non aver avuto finora conoscenza di alcuna impresa terza interessata ad acquisire una parte della capacità di cui trattasi.

29 Per quanto riguarda l'esistenza di circostanze che comprovino l'urgenza, la Commissione ritiene che le richiedenti non abbiano fornito alcuna prova del fatto che esse non possano attendere l'esito della causa principale senza subire un danno che comporterebbe conseguenze gravi ed irreparabili.

30 Essa contesta in primo luogo la conclusione che le richiedenti traggono dalle nuove previsioni di traffico presentate, secondo cui vi sarebbe il rischio di un'insufficienza

dei segmenti orari disponibili per i prossimi tre anni. La Commissione osserva che queste stime non sono state tutte confermate dall'Eurotunnel e che, in generale, le richiedenti hanno preso in considerazione quelle combinazioni di convogli ferroviari circolanti a velocità diverse che comportano l'impiego di un numero più elevato di segmenti standard. Orbene, essa ritiene che i progressi prevedibili tendenti ad un'organizzazione razionale e ottimale dell'uso del collegamento fisso, nonché l'introduzione di locomotori più moderni già ordinati dalla BR e dalla SNCF condurranno ad un minor consumo di segmenti standard, evitando in tal modo il rischio di saturazione del tunnel in alcune fasce orarie diurne e notturne. La Commissione conferma peraltro la sua posizione in ordine alla possibilità aperta alle richiedenti di spostare gli orari di alcuni treni di trasporto merci, poiché a suo parere la puntualità di questa categoria di treni non costituisce un requisito imperativo per il mantenimento dei rapporti commerciali con gli spedizionieri, com'è dimostrato dai frequenti ritardi e dagli slittamenti di orari accettati dalla SNCF e dalla BR sin dall'inizio dell'utilizzazione del tunnel.

31 In secondo luogo, la Commissione rileva che le condizioni controverse sono tali da consentire una loro applicazione flessibile, in quanto i limiti di capacità fissati non sono di natura rigida e possono essere adeguati alle esigenze degli operatori. Come risulta dalle spiegazioni fornite in udienza, tale flessibilità riguarderebbe, da un lato, i rapporti tra l'Eurotunnel e le richiedenti e, dall'altro, la possibilità per la BR e la SNCF di superare il limite del 75% fintantoché non vi saranno altre imprese in grado di utilizzare il 25% rimanente della capacità riservata ai treni per il trasporto di passeggeri e merci. La Commissione ritiene che l'utilizzazione massimale della capacità complessiva del tunnel costituisca l'interesse economico principale del gestore dell'infrastruttura, il quale può organizzare la ripartizione dei segmenti disponibili nel modo più razionale, come emerge dal punto 116 della decisione impugnata. Essa ritiene altresì che l'utilizzazione del tunnel da parte di terzi non lede gli interessi economici delle richiedenti poiché consentirebbe una riduzione del canone dovuto all'Eurotunnel, secondo quanto stabilito nell'allegato VII della convenzione d'uso.

32 Infine, secondo l'istituzione resistente, gli altri argomenti delle richiedenti diretti a dimostrare l'esistenza di un danno grave e irreparabile non appaiono convincenti. È questo il caso dell'asserito perdurare degli impegni economici con l'Eurotunnel,

nonostante esse dispongano soltanto di una parte ridotta della capacità negoziata, o dell'eventuale rischio di rottura dei contratti per il trasporto delle merci. La Commissione reputa che il danno allegato sia tutt'al più futuro, incerto e aleatorio e non possa mettere in pericolo l'esistenza di imprese ferroviarie delle dimensioni della BR e della SNCF.

- 33 In ordine al contemperamento degli interessi, la Commissione fa valere che le condizioni controverse sono indispensabili per consentire alle imprese ferroviarie terze l'ingresso nel mercato di cui trattasi e che l'interesse pubblico, connesso alla tutela di una concorrenza effettiva e all'osservanza del principio della libera prestazione di servizi nel settore ferroviario, deve prevalere sul rischio di danno allegato dalle richiedenti. Essa sottolinea come la sospensione delle condizioni non solo ritarderebbe di molti anni l'utilizzazione del tunnel da parte di terzi, ma darebbe oltre tutto alle richiedenti il tempo di consolidare il loro insediamento nel mercato di cui trattasi. Vista l'importanza degli investimenti necessari per l'utilizzazione del tunnel, l'incertezza in ordine alla situazione giuridica e la posizione acquisita nel frattempo dalla BR e dalla SNCF renderebbero l'ingresso dei terzi nel mercato ancora più arduo.

Valutazione del giudice del procedimento sommario

- 34 Si deve ricordare, preliminarmente, per poter valutare se le richiedenti abbiano dimostrato prima facie la fondatezza dei ricorsi presentati, che esse si limitano, nell'ambito dei presenti procedimenti sommari, a chiedere la sospensione dell'applicazione dell'art. 2, parte A, della decisione impugnata. Tale disposizione elenca alcune condizioni alle quali viene subordinata la concessione da parte della Commissione di un'esenzione alla convenzione d'uso stipulata tra le richiedenti e l'Eurotunnel. In sostanza, la SNCF e la BR considerano tali condizioni illegittime e lesive dei loro interessi in quanto verrebbero costrette a rinunciare, a vantaggio di

imprese ferroviarie terze, a un quarto dei diritti di utilizzazione del tunnel da esse ottenuti in forza della detta convenzione.

- 35 Si deve constatare, al riguardo, che la questione volta ad accertare se la Commissione, nell'esercizio delle sue funzioni ai sensi delle norme applicabili in materia di concorrenza, potesse procedere legittimamente a tale asserita limitazione dei diritti contrattuali delle richiedenti è una questione delicata, che deve essere oggetto di un esame approfondito nell'ambito dei ricorsi principali. In tali circostanze, non è necessario che il giudice del procedimento sommario prosegua oltre nell'esame della legittimità delle condizioni controverse e occorre quindi valutare se sussista l'urgenza che giustifica l'adozione del provvedimento provvisorio sollecitato dalle richiedenti.
- 36 Come risulta da una giurisprudenza costante (vedi ordinanza *Transacciones Marítimas e a./Commissione*, citata, punto 41), il carattere urgente di una domanda di provvedimenti provvisori deve essere valutato in relazione alla necessità di statuire provvisoriamente, al fine di evitare che il richiedente subisca un danno grave e irreparabile. La parte che chiede la sospensione dell'esecuzione di una decisione impugnata è tenuta a provare di non poter attendere l'esito della causa principale senza dover subire un danno che comporterebbe conseguenze gravi ed irreparabili.
- 37 Si deve rilevare che, per dimostrare l'esistenza di circostanze che motivano l'urgenza, le richiedenti si sono fondate su un'interpretazione delle condizioni controverse ad esse particolarmente sfavorevole e la cui pertinenza è contestata dalla Commissione. L'istituzione resistente ha infatti richiamato l'attenzione del Tribunale sulla flessibilità delle condizioni imposte, rifacendosi specificamente in proposito al punto 116 della decisione nonché all'obiettivo enunciato con chiarezza nello stesso art. 2, parte A, di dare alla BR e alla SNCF la possibilità di garantire un livello di servizio adeguato. Emerge inoltre dal fascicolo che, indipendentemente

dalle previsioni delle richiedenti sul traffico in alcune fasce orarie di punta notturne e diurne, una parte significativa dei segmenti disponibili non è ancora utilizzata dalla BR e dalla SNCF, né lo sarà a breve termine. Le richiedenti ritengono tuttavia che l'applicazione del limite del 75% della capacità oraria del tunnel in ciascuna direzione attualmente riservata ai treni internazionali è sin d'ora incompatibile con i servizi che intendono avviare già dall'estate del 1996.

- 38 Indubbiamente la flessibilità, rilevata al punto precedente, alla quale è improntata la formulazione delle condizioni controverse, che consentono alla BR e alla SNCF di utilizzare «più del 75% della capacità oraria, se le altre imprese ferroviarie non utilizzano integralmente il 25% della capacità rimanente», non sembra di natura tale da evitare ogni serio inconveniente per le richiedenti, in quanto determina un'incertezza sulla portata e sulla durata dei diritti d'uso loro attribuiti. Il giudice del procedimento sommario non può non prendere in considerazione, su tal punto, gli argomenti addotti dalla BR e dalla SNCF in relazione alla complessità della pianificazione a lungo termine necessaria per esercire servizi ferroviari attraverso il tunnel, o il fatto che i contratti per il trasporto di merci stipulati con terzi hanno di regola una durata che va dai tre ai cinque anni, o ancora la circostanza che la fissazione di un limite all'utilizzazione della capacità oraria restringe maggiormente il margine di flessibilità di cui dispongono le richiedenti per conformarsi rispetto alla fissazione di un limite all'uso della capacità complessiva o giornaliera.
- 39 La Commissione e le parti richiedenti hanno tuttavia riconosciuto di non essere a conoscenza dell'esistenza di imprese ferroviarie interessate ad ottenere il diritto di utilizzare una parte della capacità del tunnel. La Commissione ha precisato al riguardo che l'obiettivo che si era prefissa, imponendo le condizioni di cui trattasi nella decisione impugnata, era quello di salvaguardare la concorrenza potenziale e l'attuazione della libera prestazione di servizi nel settore considerato.
- 40 In circostanze quali quelle del caso di specie, occorre constatare che soltanto l'esistenza, quanto meno prevedibile o probabile, di terzi interessati ad utilizzare la capacità del tunnel potrebbe dare concretezza al rischio di danno grave ed irreparabile che deriverebbe, secondo le richiedenti, dall'applicazione immediata delle condizioni alle quali è subordinata la decisione di esenzione. Orbene, le richiedenti

non hanno fornito alcun elemento tale da far apparire concreto il rischio che una cessione a terzi di una parte o della totalità della capacità oraria riservata a questi ultimi dall'art. 2, parte A, della decisione intervenga a breve termine, provocando nei loro confronti un danno di natura grave ed irreparabile.

- 41 Questa constatazione è avvalorata dal fatto che le stesse richiedenti hanno peraltro sostenuto che le condizioni controverse non sono necessarie, in mancanza di concorrenza potenziale da salvaguardare vista l'assenza di terzi interessati ad utilizzare la capacità del tunnel.
- 42 Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta dalla ponderazione degli interessi contrapposti incombente al giudice del procedimento sommario che il danno allegato dalle richiedenti appare, in questa fase, troppo incerto ed aleatorio per poter prevalere sugli interessi perseguiti dalla Commissione mediante l'imposizione delle condizioni controverse, vale a dire la salvaguardia di una concorrenza effettiva e la tutela del principio della libera prestazione dei servizi nel settore del trasporto ferroviario. Conseguentemente, le domande di sospensione dell'esecuzione delle dette condizioni devono essere respinte.
- 43 Si deve osservare in ogni caso che, in forza dell'art. 108 del regolamento di procedura, su richiesta di una delle parti, l'ordinanza con cui viene concesso un provvedimento provvisorio può, in qualsiasi momento, essere modificata o revocata in seguito a mutamento delle circostanze. Spetta quindi alle richiedenti, se del caso, rivolgersi al Tribunale qualora l'imminente cessione ad altre imprese ferroviarie di segmenti orari da esse già utilizzati possa danneggiarle in modo grave ed irreparabile, ancorché esse dimostrino al riguardo al giudice del procedimento sommario che le dette cessioni di capacità renderebbero impossibile l'adempimento degli obblighi ad esse incombenti in relazione all'esercizio del tunnel, e segnatamente dell'obbligo di garantire un servizio di livello adeguato, o che esse non potrebbero più, qualora i ricorsi principali fossero accolti, recuperare dalle imprese terze la capacità che era stata loro ceduta nel frattempo.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

così provvede:

- 1) **Le domande di provvedimenti provvisori sono respinte.**
- 2) **Le spese sono riservate.**

Lussemburgo, 12 maggio 1995.

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

J.L. Cruz Vilaça