

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

15 settembre 1998 *

Nelle cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94,

European Night Services Ltd (ENS), società di diritto inglese, con sede in Londra,

Eurostar (UK) Ltd, già **European Passenger Services Ltd (EPS)**, società di diritto inglese, con sede in Londra,

con gli avv. ti Thomas Sharpe, QC, del foro d'Inghilterra e del Galles, e Alexandre Nourry, solicitor, con domicilio eletto in Lussemburgo presso lo studio legale Elvinger, Hoss e Prussen, 15, Côte d'Eich,

ricorrenti, rispettivamente,
nelle cause T-374/94 et T-375/94,

Union internationale des chemins de fer (UIC), associazione di diritto francese, con sede in Parigi,

* Lingue processuali: l'inglese e il francese.

NV Nederlandse Spoorwegen (NS), società di diritto olandese, con sede in Utrecht (Paesi Bassi),

con l'avv. Erik H. Pijnacker Hordijk, del foro di Amsterdam, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'avv. Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

ricorrenti nella causa T-384/94,

Société nationale des chemins de fer français (SNCF), società di diritto francese, con sede in Parigi, con l'avv. signora Chantal Momège, del foro di Parigi, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'avv. Alex Schmitt, 62, avenue Guillaume,

ricorrente nella causa T-388/94
e interveniente nelle cause T-374/94 et T-384/94,

sostenute da

Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, rappresentato dalla signora Lindsey Nicoll, in qualità di agente, e dall'avv. K. Paul E. Lasok, QC, del foro d'Inghilterra e del Galles, con domicilio eletto in Lussemburgo presso l'ambasciata del Regno Unito, 14, boulevard Roosevelt,

interveniente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata inizialmente dal signor Francisco Enrique González Díaz, membro del servizio giuridico, e poi dal signor Giuliano Marengo, consigliere giuridico principale, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. Ami Barav, barrister, del foro d'Inghilterra e del Galles e del foro di Parigi, con domicilio eletto in Lussemburgo presso il signor Carlos Gómez de la Cruz, membro del servizio giuridico, Centre Wagner, Kirchberg,

convenuta,

avente ad oggetto il ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 21 settembre 1994, 94/663/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'Accordo SEE (IV/34.600 — Night Services) (GU L 259, pag. 20),

**IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Seconda Sezione),**

composto dai signori A. Kalogeropoulos, presidente, C. W. Bellamy e J. Pirrung, giudici,

cancelliere: H. Jung

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 22 ottobre 1997,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Ambito giuridico

- 1 La direttiva del Consiglio 21 luglio 1991, 91/440/CEE, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie (GU L 237, pag. 25; in prosieguo: la «direttiva 91/440»), mira ad agevolare l'adeguamento delle ferrovie comunitarie alle esigenze del mercato unico e ad aumentare la loro efficienza. Da un lato essa garantisce l'indipendenza di gestione delle imprese ferroviarie onde consentire loro di cooperare ispirandosi a criteri commerciali. L'art. 5, n. 3, stabilisce a questo scopo che dette imprese sono «libere di:

— costituire con una o più imprese ferroviarie diverse un'associazione internazionale;

(...)

— disciplinare le modalità della fornitura e della commercializzazione dei servizi e stabilirne la tariffazione (...);

(...)

— sviluppare la loro quota di mercato, elaborare nuove tecnologie, creare nuovi servizi e adottare tecniche di gestione innovative;

— avviare nuove attività in settori associati all'attività ferroviaria».

2 D'altro canto, essa prevede una separazione della gestione dell'infrastruttura ferroviaria e dell'esercizio dei servizi di trasporto da parte delle imprese ferroviarie, operando una separazione contabile obbligatoria e una separazione organica o istituzionale facoltativa (art. 1 e sezione III della direttiva).

3 Infine la direttiva costituisce una prima tappa verso la liberalizzazione progressiva del mercato del trasporto ferroviario in quanto, per la prima volta, prevede, a determinate condizioni, la concessione ad imprese ferroviarie di trasporto combinato internazionale e ad associazioni d'imprese ferroviarie, a decorrere dal 1° gennaio 1993, di un diritto di accesso alle infrastrutture ferroviarie ubicate nella Comunità.

4 Ai sensi dell'art. 10 della direttiva, infatti:

«1. Le associazioni internazionali godono, negli Stati membri in cui sono stabilite le imprese ferroviarie che costituiscono l'associazione, di diritti di accesso e di transito nonché di diritti di transito negli altri Stati membri per la prestazione di servizi di trasporto internazionali tra gli Stati membri in cui sono stabilite le imprese che costituiscono l'associazione.

2. Le imprese ferroviarie contemplate dal campo di applicazione di cui all'articolo 2 godono di un diritto di accesso, a condizioni eque, all'infrastruttura degli altri Stati membri, per l'esercizio dei servizi di trasporti combinati internazionali di merci.

(...)».

- 5 A questo scopo l'art. 3 della direttiva definisce l'impresa ferroviaria come «qualsiasi impresa a statuto privato o pubblico la cui attività principale è rappresentata dalla fornitura di prestazioni di trasporto ferroviario di merci e/o di persone e che garantisce obbligatoriamente la trazione». Ai sensi della stessa disposizione si qualifica associazione internazionale «qualsiasi associazione comprendente almeno due imprese ferroviarie stabilite in Stati membri diversi che abbia lo scopo di fornire prestazioni di trasporto internazionale tra Stati membri».
- 6 Il 19 giugno 1995 il Consiglio, ai fini dell'applicazione della direttiva 91/440, ha adottato la direttiva 95/18/CE, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie (GU L 143, pag. 70), nonché la direttiva 95/19/CE, riguardante la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura (GU L 143, pag. 75).

Fatti all'origine della controversia

- 7 Il 29 gennaio 1993 perveniva alla Commissione una domanda diretta ad una dichiarazione di inapplicabilità 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»), o, in subordine, a un'esenzione ai sensi dell'art. 5 di detto regolamento per accordi relativi al trasporto ferroviario di passeggeri attraverso il tunnel sotto la Manica.
- 8 Detta domanda (in prosieguo: la «notifica») era stata presentata dalla European Night Services Ltd (in prosieguo: l'«ENS») a nome della British Rail (in prosieguo: la «BR»), della Deutsche Bundesbahn (in prosieguo: la «DB»), della NV Nederlandse Spoorwegen (in prosieguo: la «NS») e della Société nationale des chemins de fer français (in prosieguo: la «SNCF»). La notifica era stata in precedenza approvata dalla Société nationale des chemins de fer belges (in prosieguo: la «SNCB»),

che a quel momento disponeva di un'opzione di partecipazione all'ENS, scaduta poi nel luglio 1993. La SNCB aderisce sempre ad uno degli accordi di esercizio stipulati con l'ENS.

- 9 Il primo degli accordi notificati verteva sull'istituzione, da parte delle quattro società ferroviarie ricordate, la BR, la SNCF, la DB, e la NS, direttamente o tramite imprese controllate dalle stesse, della società ENS, con sede nel Regno Unito e avente ad oggetto la fornitura e l'esercizio di servizi di trasporto ferroviario notturno per il trasporto passeggeri tra la Gran Bretagna e il continente attraverso il tunnel sotto la Manica sui percorsi seguenti: Londra-Amsterdam, Londra-Francoforte/Dortmund, Glasgow/Swansea-Parigi, Glasgow-Plymouth-Bruxelles.

- 10 Con lettera 15 ottobre 1997, l'ENS ha però informato il Tribunale che i servizi ferroviari da e per Bruxelles sono stati soppressi nel dicembre 1994, che la linea Londra-Francoforte/Dortmund è stata sostituita nell'agosto 1996 con la linea Londra-Colonia e che i soli percorsi attualmente previsti sono Londra-Amsterdam/Colonia.

- 11 Il 9 maggio 1994 la European Passenger Services (in prosieguo: l'«EPS»), impresa controllata della BR al momento della notifica degli accordi ENS, veniva ceduta da quest'ultima alle pubbliche autorità britanniche e costituisce da allora un'impresa ferroviaria, ai sensi dell'art. 3 della direttiva 91/440, come la SNCF, la DB e la NS (in prosieguo, compresa l'EPS: le «imprese ferroviarie interessate» o i «fondatori»). Contemporaneamente la partecipazione della BR nell'ENS veniva del pari ceduta all'EPS. Con lettera 25 settembre 1997, l'ENS e l'EPS hanno informato il Tribunale del cambiamento della ragione sociale dell'EPS in Eurostar (UK) Ltd (in prosieguo: l'«EUKL») e hanno chiesto che qualsiasi riferimento alla EPS fosse inteso come concernente l'EUKL e viceversa. Hanno anche precisato che la partecipazione delle pubbliche autorità britanniche nel capitale EPS era stata trasferita il 31 maggio 1996 alla London & Continental Railways. Nel Regno Unito quasi tutta la rete ferroviaria e le infrastrutture connesse, in precedenza proprietà della BR, appartengono ora a Railtrack, il gestore dell'infrastruttura ferroviaria.

- 12 La seconda categoria di accordi notificati era costituita da accordi di gestione stipulati tra l'ENS e le imprese ferroviarie interessate, nonché con la SNCB, in virtù dei quali ciascuna di esse si impegnava a fornire alla ENS taluni servizi tra i quali la trazione ferroviaria sulla sua rete (motrice, equipaggio e segmenti orari), i servizi di pulizia a bordo e manutenzione del materiale e i servizi passeggeri. L'EPS e la SNCF si accordavano inoltre per provvedere alla trazione ferroviaria sulla tratta del tunnel sotto la Manica.
- 13 Per l'esercizio dei servizi di trasporto notturno di passeggeri, le imprese ferroviarie interessate acquistavano, tramite l'ENS, in base a contratti di leasing a lungo termine di una durata di 20 anni, prorogata nel gennaio 1996 a 25 anni, materiale rotabile speciale che poteva circolare sulle varie reti ferroviarie e sulla tratta del tunnel sotto la Manica, il cui costo globale ammontava a 136,7 milioni di UKL, aumentato nel gennaio 1996 a 158 milioni di UKL, comprendente il prezzo pattuito, il costo previsto dei ricambi, le modifiche, le spese di consegna, le prove e l'apertura del servizio, nonché i costi di ampliamento.
- 14 L'ENS e le imprese ferroviarie interessate dichiaravano nella notifica che, sul mercato del servizio di cui trattasi, l'ENS avrebbe potuto, in concorrenza con i servizi di trasporto mediante aerei, autobus, traghetti e autoveicoli privati, assicurarsi quote di mercato complessive di circa il 2,4% nella categoria dei viaggi d'affari e di circa il 5% nella categoria di viaggi di diporto. Inoltre, osservavano che, anche se il mercato del servizio interessato fosse stato definito in modo più restrittivo tenendo conto dei soli itinerari di cui trattasi, le quote di mercato globali della ENS sarebbero rimaste insignificanti. D'altro canto, secondo la notifica, nessuna delle imprese ferroviarie interessate avrebbe potuto instaurare da sola un servizio comparabile sui percorsi serviti dall'ENS e nulla indicava che un'altra associazione avesse dimostrato interesse per la stessa attività o potesse trarne vantaggio. Le notificanti garantivano inoltre che gli accordi ENS non ponevano ulteriori ostacoli, oltre a quelli già esistenti, nei confronti di altre imprese che intendevano offrire servizi analoghi, le quali potevano costituire «associazioni internazionali» ai sensi dell'art. 3 della direttiva 91/440, che avrebbero potuto garantirsi un accesso alle infrastrutture ferroviarie, vale a dire segmenti orari sulle linee di cui trattasi, e che non avrebbero avuto alcuna difficoltà a procurarsi personale qualificato e materiale rotabile adeguato.

- 15 Conformemente all'art. 12, n. 2, del regolamento n. 1017/68, veniva pubblicato un avviso relativo alla notifica degli accordi ENS nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 29 maggio 1993 (avviso 93/C 149/07, GU C 149, pag. 10). Mediante detto avviso la Commissione informava le imprese notificanti che era giunta alla conclusione preliminare che gli accordi notificati potevano essere incompatibili con l'art. 85, n. 1, del Trattato CE e che, in tale fase della procedura, non aveva ancora adottato decisioni quanto all'applicabilità eventuale dell'art. 5 di detto regolamento. Essa invitava tutti i terzi interessati a sottoporle le loro osservazioni entro 30 giorni a decorrere dalla pubblicazione dell'avviso.
- 16 Con lettera 23 luglio 1993, la Commissione comunicava alle imprese notificanti che vi erano seri dubbi, ai sensi dell'art. 12, n. 3, del regolamento n. 1017/68, quanto all'applicabilità dell'art. 5 di detto regolamento agli accordi notificati.
- 17 Il 4 giugno 1994 la Commissione pubblicava nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un avviso ai sensi dell'art. 26, n. 3, del regolamento n. 1017/68 (GU C 153, pag. 15), nel quale annunciava che gli accordi notificati avrebbero potuto usufruire di un'esenzione ai sensi degli artt. 85, n. 3, del Trattato e 53, n. 3, dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«Accordo SEE»), a condizione, essenzialmente, che consentissero a nuovi operatori di ottenere dalle notificanti gli stessi servizi di trasporto che queste si impegnavano ad offrire all'ENS. Contemporaneamente la Commissione invitava tutti i terzi interessati a presentare le loro osservazioni entro i 30 giorni a decorrere dalla pubblicazione dell'avviso. Tuttavia, nessun terzo ha risposto all'invito della Commissione.

La decisione impugnata

- 18 Il 21 settembre 1994 la Commissione ha adottato la decisione 94/663/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'Accordo

SEE (IV/34.600 — Night Services) (GU L 259, pag. 20; in prosieguo: la «decisione» o la «decisione impugnata»). Questa si fonda sul regolamento n. 1017/68 ed in particolare sul suo art. 5, ai sensi del quale il divieto delle intese, sancito dall'art. 2 di detto regolamento in termini pressoché identici alle disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato, può essere dichiarato inapplicabile, con effetto retroattivo, a taluni accordi tra imprese.

- 19 La decisione distingue due mercati di servizi pertinenti: da una parte un mercato del trasporto delle persone che viaggiano per affari e per le quali il trasporto aereo in volo di linea, il trasporto ferroviario ad alta velocità e i servizi ferroviari offerti dall'ENS costituiscono modi di trasporto sostituibili (punto 26), d'altra parte un mercato di trasporto passeggeri che viaggiano per turismo, per i quali i servizi surrogabili possono comprendere l'aereo in classe economica, il treno, l'autobus ed eventualmente l'autovettura privata (punto 27).
- 20 Contrariamente a quanto avevano sostenuto le firmatarie degli accordi notificati, la Commissione osserva che il mercato geografico non comprende i territori del Regno Unito, della Francia, della Germania e dei paesi del Benelux, bensì deve essere limitato alle linee effettivamente servite dall'ENS, vale a dire Londra/Amsterdam, Londra-Francoforte/Dortmund, Parigi-Glasgow/Swansea, Bruxelles-Glasgow/Plymouth (punto 29).
- 21 La decisione, riferendosi alla comunicazione della Commissione del 16 febbraio 1993 sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (GU C 43, pag. 2; in prosieguo: la «comunicazione del 1993»), osserva poi che l'ENS è un'impresa comune avente natura di cooperazione (punti 30-37). Si rileva infatti che le imprese fondatrici dell'ENS non si ritirano in modo permanente dal mercato di cui trattasi e dispongono dei mezzi tecnici e finanziari per creare facilmente un'associazione internazionale ai sensi dell'art. 3 della direttiva 91/440 e fornire servizi di trasporto notturno di passeggeri. Si precisa d'altro canto che dette imprese restano prioritariamente attive sul mercato a monte del mercato dell'ENS, quello dei servizi ferroviari indispensabili

che le imprese ferroviarie offrono agli «operatori di trasporti» come l'ENS. L'impresa comune ENS costituirebbe perciò un accordo che rientra nella sfera d'applicazione dell'art. 85 del Trattato, alla pari degli accordi di esercizio stipulati tra questa e ciascuna delle imprese ferroviarie fondatrici, nonché con la SNCB.

- 22 La decisione indica poi le restrizioni alla concorrenza che deriverebbero dagli accordi ENS (punti 38-53).
- 23 In primo luogo, gli accordi suddetti annullerebbero o restringerebbero notevolmente, tra i fondatori, le possibilità di concorrenza create dall'art. 10 della direttiva 91/440 (punti 38-45). Infatti, secondo la decisione, da un lato le imprese ferroviarie esistenti, come pure eventuali nuove imprese ferroviarie, ivi comprese le imprese controllate dalle imprese esistenti, potrebbero avvalersi dei diritti d'accesso conferiti da detta disposizione e, d'altro lato, gli Stati membri potrebbero adottare normative più liberali in materia di accesso all'infrastruttura. Ne conseguirebbe, ad esempio, che la DB e le NS avrebbero la possibilità di costituire un'associazione internazionale con un'impresa ferroviaria stabilita nel Regno Unito onde gestire servizi di trasporto internazionali attraverso il tunnel sotto la Manica. Analogamente, un'impresa ferroviaria fondatrice dell'ENS potrebbe intraprendere essa stessa le attività di «operatore di trasporti» o creare un'impresa controllata specializzata come «operatore di trasporti» e quindi gestire servizi di trasporto internazionali acquistando dalle imprese interessate i servizi ferroviari indispensabili.
- 24 In secondo luogo, tenuto conto della forza economica delle imprese fondatrici, la creazione dell'ENS rischierebbe di ostacolare l'accesso al mercato di operatori di trasporti che possono fare concorrenza all'ENS (punti 46-48). Le società madri dell'ENS conserverebbero una posizione dominante per la fornitura di servizi ferroviari nel loro Stato d'origine, specie per quanto riguarda le motrici specialmente concepite per il tunnel sotto la Manica. Tenuto conto dell'accesso diretto dell'ENS a detti servizi e dei rapporti privilegiati con le società madri, gli altri operatori rischierebbero quindi di essere collocati in una situazione concorrenziale sfavorevole per quanto concerne l'acquisto di servizi ferroviari indispensabili. Inoltre si dovrebbe tener conto del fatto che la BR e la SNCF dispongono di una quota

rilevante dei segmenti orari disponibili per i treni internazionali nel tunnel sotto la Manica, in forza della convenzione stipulata con l'Eurotunnel.

- 25 Infine, dette restrizioni della concorrenza sarebbero rafforzate per il fatto che l'ENS si inserisce in una rete di imprese comuni tra le società fondatrici. Infatti la BR/EPS, la SNCF, la DB e la NS partecipano in diversa misura ad una rete di imprese comuni per la gestione dei servizi di trasporto merci e passeggeri, in particolare attraverso il tunnel sotto la Manica. Ad esempio, la BR e la SNCF parteciperebbero alla costituzione dell'Allied Continental Intermodal Services Ltd (in prosieguo: l'«ACI») per il trasporto combinato di merci e la BR parteciperebbe pure, assieme alla SNCB, alla costituzione dell'«Autocare Europe» per il trasporto ferroviario degli autoveicoli (punti 49-52).
- 26 Tuttavia, secondo la decisione, gli accordi di cui trattasi, pur se non rientravano nell'eccezione prevista dall'art. 3 del regolamento n. 1017/68 per gli accordi tecnici, in quanto non avrebbero come unico oggetto e come unico effetto l'applicazione di miglioramenti tecnici o la cooperazione tecnica ai sensi della stessa disposizione (punti 55-58), soddisferebbero le condizioni stabilite dall'art. 5 di detto regolamento e dall'art. 53, n. 1, dell'accordo SEE (punti 59-70). Infatti la creazione dell'ENS sarebbe tale da favorire il progresso economico, garantendo in particolare la concorrenza tra i vari modi di trasporto, e gli utenti trarrebbero un vantaggio diretto dall'istituzione di questi nuovi servizi. D'altro canto, le rilevate restrizioni della concorrenza sarebbero necessarie, tenuto conto del fatto che si tratta di servizi totalmente nuovi, che implicano rischi finanziari ingenti che un'impresa da sola potrebbe difficilmente accollarsi. Purché venga prescritta una condizione per garantire la presenza sul mercato di operatori di trasporti ferroviari concorrenti dell'ENS, la costituzione dell'ENS non eliminerebbe quindi interamente la concorrenza sul mercato considerato.
- 27 Di conseguenza la decisione dichiara che le disposizioni dell'art. 85, n. 1, del Trattato e dell'art. 53, n. 1, dell'accordo SEE non sono applicabili agli accordi ENS per una durata di otto anni, cioè fino al 31 dicembre 2002 (art. 1 della decisione), e subordina l'esenzione concessa alla condizione (in prosieguo: la «condizione imposta») che «le imprese ferroviarie parti dell'accordo ENS forniscano, per quanto

necessario, a qualsiasi associazione internazionale di imprese ferroviarie od operatore di trasporti che intenda avvalersi di treni notturni per trasporto passeggeri attraverso il tunnel sotto la Manica i servizi ferroviari indispensabili che si sono impegnate a fornire all'ENS. Tali servizi comprendono la fornitura della motrice, del relativo equipaggio e del segmento orario sulle singole reti nazionali, nonché nel tunnel sotto la Manica. Le imprese ferroviarie sono tenute a fornire detti servizi sulle rispettive reti alle stesse condizioni tecniche e finanziarie da esse accordate all'ENS» (art. 2 della decisione).

Svolgimento del procedimento

- 28 Con atti depositati nella cancelleria del Tribunale il 22 novembre 1994, l'ENS e l'EPS hanno ciascuna presentato un ricorso rispettivamente registrato con i nn. T-374/94 e T-375/94.
- 29 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 5 dicembre 1994, l'Union internationale des chemins de fer (in prosieguito: l'«UIC») e la NS hanno presentato un ricorso registrato con il n. T-384/94.
- 30 Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale il 13 dicembre 1994, la SNCF ha presentato un ricorso registrato con il n. T-388/94.
- 31 Con atto separato, depositato nella cancelleria del Tribunale il 6 febbraio 1995, la Commissione ha sollevato un'eccezione di irricevibilità nella causa T-388/94, conformemente all'art. 114 del regolamento di procedura del Tribunale. La ricorrente ha presentato le sue osservazioni in merito a tale eccezione il 20 marzo 1995.

- 32 Il 28 giugno 1995 il Tribunale (Prima Sezione ampliata) da una parte ha deciso mediante ordinanza di riunire al merito l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione e, dall'altra, ha invitato la SNCF a rispondere a diversi quesiti scritti e a produrre un certo numero di documenti.
- 33 Con ordinanze del presidente della Prima Sezione ampliata del Tribunale 9 agosto 1995, le istanze di intervento dell'Union internationale des sociétés de transport combiné rail-route a sostegno della Commissione nelle cause T-374/94, T-375/94 e T-384/94, depositate nella cancelleria del Tribunale il 3 aprile 1995, sono state respinte.
- 34 Con ordinanza del presidente della Prima Sezione ampliata del Tribunale 9 agosto 1995, sono state accolte le istanze di intervento della SNCF a sostegno delle ricorrenti nelle cause T-374/94 e T-384/94, depositate nella cancelleria del Tribunale il 9 maggio 1995.
- 35 Con ordinanze del presidente della Prima Sezione ampliata del Tribunale 14 luglio e 10 agosto 1995, il Regno Unito è stato ammesso all'intervento a sostegno delle ricorrenti nelle cause T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94.
- 36 Con decisione del Tribunale 2 ottobre 1995, il giudice relatore è stato assegnato alla Seconda Sezione ampliata, alla quale, di conseguenza, sono state attribuite le cause.
- 37 Con decisione del Tribunale 8 novembre 1996, la causa è stata rimessa dinanzi a una sezione composta di tre giudici.

- 38 Con ordinanza del presidente della Seconda Sezione 6 agosto 1997, le cause T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94 sono state riunite ai fini della fase orale e della sentenza.
- 39 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Seconda Sezione) ha deciso di dare inizio alla fase orale senza procedere ad istruttoria. Tuttavia ha invitato le parti a rispondere a taluni quesiti scritti, ai quali è stata fornita risposta entro i termini prescritti.
- 40 Le parti hanno presentato le loro difese orali e hanno risposto ai quesiti del Tribunale all'udienza che si è svolta il 22 ottobre 1997.

Conclusioni delle parti

- 41 Nelle cause T-374/94 e T-375/94 l'ENS e l'EPS concludono che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione;

— ingiungere alla Commissione:

- a) di dichiarare inapplicabili l'art. 2 del regolamento n. 1017/68 e l'art. 85, n. 1, del Trattato, oppure

- b) di concedere un'esenzione senza la condizione imposta e per un periodo proporzionato alla durata degli impegni assunti dalle imprese ferroviarie per il finanziamento del materiale rotabile;

- c) in subordine, di concedere l'esenzione ponendo una condizione necessaria e proporzionata alle restrizioni di concorrenza asserite e per un periodo che sia proporzionato alla durata degli impegni assunti dalle imprese ferroviarie per il finanziamento del materiale rotabile;

— condannare la Commissione alle spese.

42 La SNCF, interveniente a sostegno della ricorrente nella causa T-374/94 conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione;

— ingiungere alla Commissione:

- a) di dichiarare inapplicabili l'art. 2 del regolamento n. 1017/68 e l'art. 65, n. 1 del Trattato, oppure

- b) di concedere un'esenzione senza la condizione imposta e per un periodo proporzionato alla durata degli impegni assunti dalle imprese ferroviarie per il finanziamento del materiale rotabile.

43 Nelle cause T-374/94 e T-375/94 la Commissione conclude che il Tribunale voglia:

- respingere i ricorsi;
- disattendere gli argomenti della SNCF;
- condannare le ricorrenti e l'interveniente alle spese.

44 Nella causa T-384/94 l'UIC e la NS concludono che il Tribunale voglia:

- annullare interamente la decisione impugnata;
- in subordine, annullare l'art. 2 della decisione nonché l'art. 1 della stessa, in quanto limita la durata dell'esenzione a un periodo inferiore a 20 anni;
- adottare qualsiasi altra misura ritenuta opportuna;
- condannare la Commissione alle spese.

45 La SNCF, interveniente a sostegno delle ricorrenti, conclude che il Tribunale voglia:

- annullare interamente la decisione impugnata;

- in subordine, annullare l'art. 2 della decisione nonché l'art. 1 della stessa in quanto limita la durata dell'esenzione ad un periodo inferiore a 20 anni;
- adottare tutte le misure integrative o di altro genere che riterrà opportune;
- condannare la Commissione alle spese.

46 La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

- dichiarare irricevibile il ricorso presentato dall'UIC e comunque respingerlo;
- respingere il ricorso presentato dalla NS;
- disattendere gli argomenti svolti dall'interveniente;
- condannare le ricorrenti e l'interveniente alle spese.

47 Nella causa T-388/94 la SNCF conclude che il Tribunale voglia:

- in via principale, annullare la decisione impugnata;
- in subordine, annullare l'art. 2 della decisione, in quanto la condizione imposta è ingiustificata, nonché l'art. 1 della stessa, in quanto la Commissione ha concesso un'esenzione la cui durata è inferiore a 20 anni;

— adottare qualsiasi provvedimento ritenga opportuno;

— condannare la Commissione alle spese.

48 Nelle osservazioni sull'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione la SNCF conclude che il Tribunale voglia:

— dichiarare ricevibile il ricorso;

— condannare la Commissione alle spese.

49 La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

— dichiarare irricevibile il ricorso e comunque respingerlo;

— condannare la ricorrente alle spese.

50 Il Regno Unito, interveniente a sostegno delle ricorrenti nelle cause T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

Sulla ricevibilità

1. Sulla ricevibilità dei ricorsi nelle cause T-374/94 e T-375/94

Argomenti delle parti

- 51 La Commissione ritiene che i ricorsi siano irricevibili in quanto le ricorrenti, ENS e EPS, chiedono al Tribunale di ingiungere alla Commissione: a) di pronunciare una dichiarazione di inapplicabilità dell'art. 2 del regolamento n. 1017/68 e dell'art. 85, n. 1, del Trattato; b) di concedere un'esenzione che non sia soggetta alla condizione imposta dalla Commissione e la cui durata sia proporzionata a quella dell'impegno delle imprese ferroviarie per il finanziamento del materiale rotabile, e, c) in subordine, di concedere l'esenzione abbinandola a qualsiasi condizione necessaria e proporzionata alle restrizioni di concorrenza asserite e per un periodo proporzionato a quella dell'impegno delle imprese ferroviarie per il finanziamento del materiale rotabile. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, il giudice comunitario sarebbe incompetente a pronunciare ingiunzioni nei confronti delle istituzioni comunitarie nell'ambito di un ricorso d'annullamento fondato sull'art. 173 del Trattato (v. ultimamente, sentenza del Tribunale 24 gennaio 1995, causa T-74/92, Ladbroke Racing/Commissione, Racc. pag. II-115, punto 75).
- 52 Le ricorrenti, ENS e EPS, ribattono che la Commissione non contesta la ricevibilità dei loro ricorsi in quanto chiedono l'annullamento della decisione, né la possibilità per il Tribunale di annullare parzialmente la decisione, vale a dire la condizione imposta dall'art. 2 del dispositivo della stessa.

Giudizio del Tribunale

- 53 Il Tribunale rammenta che, secondo una giurisprudenza costante, non spetta al giudice comunitario, nell'ambito del controllo di legittimità che esso esercita, rivolgere

ingiunzioni alle istituzioni o sostituirsi a queste ultime, ma tocca all'amministrazione interessata adottare le misure che comporta l'esecuzione di una sentenza emessa nell'ambito di un ricorso di annullamento. Di conseguenza, le conclusioni delle ricorrenti esposte nel punto 41, sub a), b) e c), vanno dichiarate irricevibili (sentenza del Tribunale 27 gennaio 1998, causa T-67/94, Ladbroke Racing/Commissione, Racc. pag. II-1, punto 200). I ricorsi nelle cause T-374/94 e T-375/94 sono ricevibili solo nei punti in cui chiedono l'annullamento della decisione impugnata nel suo complesso (v. supra, punto 41).

2. Sulla ricevibilità del ricorso nella causa T-384/94

Argomenti delle parti

- 54 Le ricorrenti, l'UIC e la NS, osservano che l'UIC è un'associazione internazionale di imprese ferroviarie alla quale aderiscono tutte le grandi imprese ferroviarie stabilite negli Stati membri della Comunità europea e che la sua finalità è quella di promuovere la cooperazione tra detti membri e di realizzare attività di sviluppo del sistema di trasporto ferroviario in Europa, consolidando la sua interoperabilità, allo scopo di rafforzare la sua competitività. Secondo l'art. 2 del suo statuto, l'UIC agirebbe elaborando norme e direttive e intervenendo presso altri enti per rappresentare e difendere gli interessi comuni dei suoi membri. Le imprese ferroviarie operanti nella Comunità, inoltre, sarebbero rappresentate nell'ambito di un gruppo speciale denominato «Communauté des chemins de fer européens» (in prosieguo: la «CCE»).
- 55 Sostengono che l'UIC, pur se non è destinataria della decisione impugnata, è tuttavia direttamente e individualmente riguardata ai sensi dell'art. 173 del Trattato in quanto il provvedimento incide direttamente sugli interessi dei suoi membri stabiliti nella Comunità, rappresentati dalla CCE, nonché sui suoi interessi.

- 56 Quanto agli interessi dei membri dell'UIC stabiliti nella Comunità, le ricorrenti osservano che la decisione impugnata è tale da scoraggiare altre iniziative innovative di cooperazione tra le imprese ferroviarie nel settore dei trasporti internazionali passeggeri e aggiungono che il ricorso dell'UIC dovrebbe venir dichiarato ricevibile alla pari di quello dei suoi membri stabiliti nella Comunità, destinatari della decisione o meno.
- 57 Quanto all'interesse ad agire specifico dell'UIC, le ricorrenti sostengono che essa stessa è direttamente e individualmente riguardata dalla decisione in quanto questa compromette la piena realizzazione di uno dei suoi principali obiettivi statutari, vale a dire il rafforzamento della competitività della rete ferroviaria internazionale. Aggiungono che, anche se l'UIC non ha partecipato al procedimento amministrativo che si è risolto nell'adozione della decisione impugnata (sentenza del Tribunale 27 aprile 1995, causa T-442/93, AAC e a./Commissione, Racc. pag. II-1329), ciò non toglie che uno dei suoi gruppi interni, la CCE, ha effettivamente partecipato a riunioni preparatorie per l'adozione della direttiva 91/440.
- 58 La Commissione sostiene che l'UIC non è individualmente e direttamente riguardata dalla decisione impugnata e che il Tribunale non può evitare di pronunciarsi sulla legittimazione ad agire dell'UIC. Infatti, la giurisprudenza secondo la quale, nell'ipotesi di un solo ed unico ricorso presentato da più ricorrenti, sarebbe sufficiente che uno dei ricorrenti sia legittimato ad agire affinché il ricorso, nel suo complesso venga dichiarato ricevibile sarebbe tale da sollevare difficoltà per quanto riguarda le spese nonché il diritto della parte interessata ad impugnare poi la sentenza.
- 59 Aggiunge che, secondo la giurisprudenza, un'associazione, come rappresentante di una categoria di imprenditori, non è riguardata individualmente da un atto che incide sugli interessi generali di detta categoria (sentenze della Corte 14 dicembre 1962, cause riunite 16/62 e 17/62, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e a./Consiglio, Racc. pag. 877, e 18 marzo 1975, causa 72/74, Union syndicale e a./Consiglio, Racc. pag. 401; ordinanza della Corte 11 luglio 1979, causa 60/79, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays/Commissione, Racc. pag. 2429).

- 60 Inoltre, la Commissione sostiene che l'UIC, non avendo partecipato al procedimento amministrativo preliminare all'adozione della decisione impugnata e non avendo presentato osservazioni dopo la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* degli avvisi della Commissione del 29 maggio 1993 e del 4 giugno 1994, non ha né interesse né legittimazione a proporre il presente ricorso (sentenze della Corte 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro/Commissione, Racc. pag. 1875, e 11 ottobre 1983, causa 210/81, Demo Studio Schmidt, Racc. pag. 3045; sentenza del Tribunale 24 gennaio 1995, causa T-114/92, BEMIM/Commissione, Racc. pag. II-147). Infine, la funzione svolta dalla CCE nell'ambito dell'adozione della direttiva 91/440 non potrebbe conferire particolare posizione all'UIC rispetto alla decisione impugnata.

Giudizio del Tribunale

- 61 Il Tribunale osserva che la legittimazione ad agire della NS in quanto destinataria della decisione impugnata è incontestata e che, trattandosi di un unico ricorso, non si deve esaminare la legittimazione dell'UIC (sentenza della Corte 24 marzo 1993, causa C-313/90, CIRFS e a./Commissione, Racc. pag. I-1125, punto 31, e sentenza del Tribunale 22 ottobre 1996, causa T-266/94, Skibsværftsforeningen e a./Commissione, Racc. pag. II-1399, punto 51).

3. Sulla ricevibilità del ricorso nella causa T-388/94

Argomenti delle parti

- 62 La Commissione espone che la decisione impugnata è stata notificata alla ricorrente nella sua sede mediante lettera del 22 settembre 1994, pervenuta il 29 settembre, come dimostra la ricevuta postale munita del timbro della SNCF che indica questa data. Conformemente alla sentenza della Corte 26 novembre 1985, causa 42/85, Cockerill-Sambre/Commissione, Racc. pag. 3749, punto 11), una notifica alla sede sociale di una società è conforme al criterio di certezza del diritto e

pone la società interessata in grado di aver conoscenza dell'atto notificato, indipendentemente dal problema se la persona competente per questa materia, secondo l'organizzazione interna della società destinataria, ne abbia preso effettivamente conoscenza.

- 63 Tenuto conto del fatto che, ai sensi dell'art. 102, n. 1, lett. b), del regolamento di procedura del Tribunale, il termine per proporre un ricorso d'annullamento comincia a decorrere, se vi è stata notifica, il giorno successivo alla data di questa e che complessivamente il termine ammonta nella fattispecie a due mesi più i sei giorni in ragione della distanza (art. 102, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale e art. 1 dell'allegato II del regolamento di procedura della Corte), la data limite per la presentazione del ricorso della SNCF avverso la decisione impugnata sarebbe il 6 dicembre 1994. Il ricorso, però, è stato presentato il 13 dicembre 1994 e quindi sarebbe manifestamente irricevibile in quanto tardivo (sentenze della Corte 5 giugno 1980, causa 108/79, Belfiore/Commissione, Racc. pag. 1769, 12 luglio 1984, causa 209/83, Ferriera Valsabbia/Commissione, Racc. pag. 3089, punto 14, e Cockerill-Sambre/Commissione, citata, punto 10).

- 64 La Commissione respinge l'argomento della ricorrente secondo cui, siccome la decisione è stata consegnata ad un suo dipendente non autorizzato a ritirare la corrispondenza, non si dovrebbe prendere in considerazione quella ricevuta postale per calcolare il termine di impugnazione, bensì una seconda ricevuta inclusa nella busta della decisione e che è stata firmata, il 7 ottobre 1994, da una persona competente a svolgere queste mansioni. La Commissione sottolinea anzitutto che, secondo la sentenza del Tribunale 29 maggio 1991, causa T-12/90, Bayer/Commissione (Racc. pag. II-219, punto 20), la seconda ricevuta contenuta nella busta della notifica della decisione non rappresenta comunque una seconda notifica, distinta da quella effettuata mediante posta, dato che il modo di notifica idoneo consiste sempre in un invio di lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, sistema che permette di stabilire con certezza il dies a quo per l'impugnazione. L'invio di una seconda ricevuta avrebbe soltanto lo scopo di consentire alla Commissione di accertare la data alla quale l'impresa interessata ha preso atto della decisione notificata, qualora l'amministrazione postale omettesse, per negligenza, di restituire al mittente la normale ricevuta di ritorno firmata. La precauzione di inviare una seconda ricevuta non avrebbe quindi lo scopo di ovviare all'eventuale mancanza dei servizi postali consistente nel consegnare per errore il plico a un dipendente del destinatario non autorizzato a ritirare una lettera raccomandata,

bensì all'omissione del servizio postale di restituire al mittente la normale ricevuta di ritorno firmata. Inoltre, emergerebbe dal diritto francese che la firma della ricevuta postale da parte di un impiegato di una persona giuridica destinataria non autorizzato a ritirare posta raccomandata non vizia la notifica effettuata mediante raccomandata con ricevuta di ritorno.

- 65 Quanto all'argomento della SNCF che invoca la forza maggiore e il caso fortuito, la Commissione sostiene che, secondo la giurisprudenza della Corte, i problemi di inoltro nell'ambito della società destinataria non costituiscono un caso fortuito o di forza maggiore (sentenza Cockerill-Sambre/Commissione, citata, punto 12), in particolare allorché l'inconveniente è dovuto ad errori commessi da dipendenti dell'impresa ricorrente (sentenza della Corte 15 dicembre 1994, causa C-195/91 P Bayer/Commissione, Racc. pag. I-5619, punto 33).
- 66 Infine, quanto all'argomento della SNCF tratto dall'esistenza di un errore giustificabile, la Commissione sostiene che questa nozione può comprendere solo ipotesi eccezionali nelle quali, in particolare, l'istituzione interessata abbia tenuto un comportamento tale da provocare confusione ammissibile in un amministrato in buona fede che ha usato tutta la diligenza richiesta da un operatore normalmente accorto (sentenza del Tribunale 15 marzo 1995, causa T-514/93, Cobrecaf e a./Commissione, Racc. pag. II-621, punto 40). Orbene, nella fattispecie l'errore commesso sarebbe dovuto al comportamento di un soggetto diverso dalla Commissione.
- 67 La SNCF contesta la regolarità della notifica e, in subordine, sostiene che, anche se la notifica fosse stata regolare, le circostanze relative alla ricezione della decisione notificata permetterebbero di invocare la forza maggiore, il caso fortuito oppure l'errore giustificabile.
- 68 Quanto all'irregolarità della notifica osserva che, conformemente all'art. L 9, del Code français des postes et télécommunications, una lettera raccomandata va recapitata personalmente al destinatario o al suo «procuratore». Ne conseguirebbe che la ricevuta di ritorno che conferma la ricezione da parte sua della decisione notifi-

cata è nulla. Infatti, non sarebbe stata firmata da una delle persone da essa specificamente designate per firmare le ricevute di ritorno. Inoltre, il dipendente postale avrebbe accettato la firma della ricevuta di ritorno apposta da una persona non autorizzata. Infine, la ricevuta di ritorno sarebbe stata rispedita alla Commissione dai servizi postali francesi in violazione dell'obbligo che loro incombe di controllare la concordanza della firma della persona che ha effettivamente siglato la ricevuta di ritorno con la firma della persona autorizzata ad hoc.

69 La SNCF sostiene che, secondo la giurisprudenza, il fatto che la ricevuta di ritorno sia stata firmata da una persona autorizzata, addetta al servizio postale dell'impresa destinataria, è un elemento determinante della regolarità della notifica (sentenza del Tribunale 29 maggio 1991, Bayer/Commissione, citata, punti 4 e 20; conclusioni dell'avvocato generale M. Darmon per la sentenza Cockerill-Sambre/Commissione, citata, Racc. pag. 3750), come, peraltro, avrebbe ammesso la Commissione stessa nella causa conclusasi con la sentenza Ferriera Valsabbia/Commissione, citata.

70 Secondo la SNCF, ne conseguirebbe che il modulo della ricevuta di ritorno ordinaria, allegato dalla Commissione alla decisione notificata per potere controllare con certezza la data di ricezione da parte dell'impresa interessata da detta decisione, poiché è destinato ad ovviare alle omissioni dei servizi postali (sentenza del Tribunale 29 maggio 1991, Bayer/Commissione, citata), è il documento da prendere in considerazione nella fattispecie. I disguidi contemplati dalla giurisprudenza non riguarderebbero solo l'ipotesi nella quale i servizi postali non restituiscano la ricevuta di ritorno alla Commissione, ma anche l'ipotesi nella quale i servizi postali commettano errori apponendo essi stessi la data su detta ricevuta senza farla firmare da un rappresentante debitamente autorizzato della società destinataria, sicché un errore dei servizi postali nel recapito di lettere raccomandate dovrebbe privare di valore le informazioni apposte (sentenza del Tribunale 6 aprile 1995, cause riunite 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, BASF e a./Commissione, Racc. pag. II-729, punti 54-60). In queste condizioni, la data della ricezione e quindi la data della notifica sarebbe quella del 7 ottobre 1994, indicata nella seconda ricevuta di ritorno.

- 71 In subordine, la SNCF sostiene che, anche ammettendo che il suo ricorso sia tardivo, detto ritardo è imputabile ad un caso fortuito o alla forza maggiore in quanto la firma della ricevuta di ritorno da parte di una persona non autorizzata è totalmente indipendente dalla sua volontà e, dal canto suo, essa ha impiegato tutta la necessaria diligenza per il regolare ritiro delle lettere raccomandate. A questo proposito sottolinea che l'incaricato postale che ha consegnato la decisione notificata il 29 settembre 1994 sapeva perfettamente che la persona che l'ha ritirata non aveva facoltà di firma ed aggiunge che i tribunali francesi ritengono che la consegna di un plico ad una persona non autorizzata al ritiro della corrispondenza costituisca una grave irregolarità dei servizi postali, che può coinvolgere la responsabilità dell'amministrazione.
- 72 Secondo la SNCF, anche se le circostanze della notifica della decisione impugnata non rappresentano un caso di forza maggiore, rientrerebbero quanto meno nell'errore giustificabile. A questo proposito ribadisce anzitutto gli argomenti relativi all'inosservanza, da parte dei servizi postali, delle precise istruzioni in materia di consegna dei plichi raccomandati e sostiene che, dato il modo in cui questi servizi assolvono in genere i loro compiti, l'errore commesso nella fattispecie costituisce un caso isolato ed eccezionale. A suo giudizio, l'errore giustificabile è caratterizzato allorché la mancanza eccezionale dei servizi postali abbia provocato confusione nell'ambito dell'impresa destinataria, giacché la nozione di errore giustificabile non si limita alla sola ipotesi in cui detta confusione sia imputabile alla Commissione (sentenza della Corte 15 dicembre 1994, Bayer/Commissione, citata, punto 26).
- 73 Inoltre, la SNCF fa carico alla Commissione di aver adottato prassi poco rigorose per quel che riguarda la notifica delle decisioni e ritiene che nella fattispecie l'errore della SNCF sia stato in parte provocato da dette prassi. Infatti, anche per lettere di molto minore importanza (informazione sulla presentazione di una denuncia, invito a presentare osservazioni) la Commissione si preoccupa scrupolosamente di indicare per nome il destinatario, mentre una decisione definitiva ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, che può venire impugnata con ricorso d'annullamento, come nella fattispecie, era stata spedita senza indicazione del destinatario designato per nome.

- 74 Infine, la SNCF invoca il carattere equivoco e idoneo a indurre in errore della prassi della Commissione consistente nell'allegare la propria ricevuta di ritorno alle decisioni che invia alle imprese, senza attirare l'attenzione dei destinatari sul fatto che una decisione si considera notificata quando il destinatario ha ricevuto la raccomandata e firmato la ricevuta di ritorno.

Giudizio del Tribunale

- 75 Il Tribunale ricorda anzitutto come sia pacifico che, secondo il combinato disposto dell'art. 173, terzo comma, del Trattato, dell'art. 102, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale e dell'art. 1 dell'allegato II del regolamento di procedura della Corte, al quale fa rinvio il citato art. 102, n. 2, il termine per ricorrere era nella fattispecie di due mesi e sei giorni.
- 76 Il Tribunale rileva poi che, secondo una costante giurisprudenza, la rigorosa applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di termini processuali è consona alla certezza del diritto e alla necessità di evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia. Da una giurisprudenza costante si desume inoltre che l'esistenza di una valida notifica nella sede sociale dell'impresa interessata non è assolutamente subordinata al fatto che ne prenda conoscenza effettiva la persona che, secondo le norme interne dell'impresa destinataria, è competente in materia e che una decisione è notificata ritualmente se viene comunicata al destinatario e questi è messo in grado di prenderne conoscenza (sentenza Cockerill-Sambre/Commissione, citata, punto 10, e sentenza BASF e a./Commissione, citata, punti 58 e 59).
- 77 Si deve quindi stabilire se la notifica alla SNCF della decisione impugnata sia stata effettuata ritualmente, secondo le modalità prescritte dalla normativa vigente in materia di distribuzione postale in Francia, nel senso che la decisione è stata consegnata a un dipendente della SNCF debitamente autorizzato a ritirare la corrispondenza (sentenza BASF e a./Commissione, citata, punto 60).

78 A questo proposito si deve osservare che, come emerge dal fascicolo e dalle risposte della SNCF ai quesiti scritti del Tribunale, i servizi postali francesi, sebbene fossero in possesso delle procure valide rilasciate dalla SNCF, che delegano talune persone autorizzate a ritirare la posta destinata ai suoi vari uffici e dipendenti, non hanno consegnato la decisione impugnata ad una di queste persone, ma ad un terzo non autorizzato. Orbene, come ha sottolineato la ricorrente senza essere contraddetta dalla Commissione, secondo le norme vigenti in Francia per la distribuzione della posta i dipendenti della posta francese possono consegnare plichi raccomandati solo alle persone indicate nominativamente o, in loro assenza, ai procuratori, vale a dire a persone munite di valida procura.

79 Ne consegue che, se la decisione impugnata è stata consegnata, in ispregio di dette norme, a un dipendente della ricorrente non autorizzato a ritirare la posta, essa non è stata regolarmente notificata alla SNCF, sicché il termine per la presentazione del ricorso ha cominciato a correre solo dal momento della ricezione e della firma della seconda ricevuta di ritorno, vale a dire il 7 ottobre 1994, e non già dalla data della firma della prima ricevuta, il 29 settembre 1994. Il Tribunale ritiene che la citata sentenza Cockerill-Sambre/Commissione, invocata dalla Commissione a sostegno del motivo di tardività del ricorso, non sia pertinente nella fattispecie, giacché quella causa non riguardava il problema della regolare notifica da parte dei servizi postali di una decisione della Commissione ad un incaricato dell'impresa destinataria debitamente autorizzato a ritirare tale corrispondenza, bensì la possibilità per l'impresa destinataria, dopo una regolare notifica alla sua sede sociale, di giustificare la tardività del ricorso d'annullamento invocando le proprie norme interne relative alle persone competenti a prendere effettivamente conoscenza della corrispondenza ad essa indirizzata (v. punto 10 della sentenza Cockerill-Sambre/Commissione, citata). Lo stesso si può dire per la sentenza della Corte 15 dicembre 1994 nella causa Bayer/Commissione, citata, nella quale era pacifico che la notifica della decisione impugnata era stata regolarmente effettuata dai servizi postali ad un «rappresentante» dell'ufficio corrispondenza della Bayer. In quella sentenza, inoltre, si trattava soltanto di accertare se, pur se la decisione della Commissione era stata regolarmente notificata alla sede sociale della Bayer, quest'ultima potesse tuttavia allegare le deficienze di funzionamento dei propri servizi interni onde giustificare la presentazione tardiva del ricorso d'annullamento (punti 2 e 20 della sentenza). Orbene, come è stato sottolineato, il punto controverso nella fattispecie è la regolarità della notifica in sé e per sé, vale a dire il funzionamento dei servizi postali (elemento esterno della notifica), e non già il funzionamento interno dei servizi della SNCF (elemento interno della notifica).

80 Il ricorso si deve considerare quindi presentato tempestivamente ed è ricevibile.

Nel merito

81 In base ai motivi e agli argomenti delle ricorrenti la decisione impugnata dovrebbe venire annullata in sostanza per quattro ragioni, vale a dire: in primo luogo, nessuno degli elementi che costituiscono le infrazioni contemplate dall'art. 85, n. 1, del Trattato sussisterebbe nella fattispecie giacché gli accordi ENS non sono in grado di restringere la concorrenza, sicché la decisione sarebbe viziata da una valutazione erronea ed incompleta dei fatti, nonché da un manifesto errore di diritto e da un difetto di motivazione; in secondo luogo, applicando le regole di concorrenza, la Commissione avrebbe ecceduto i limiti dell'ambito normativo tracciati dalla direttiva 91/440; in terzo luogo la Commissione avrebbe subordinato l'esenzione accordata a condizioni sproporzionate e, in quarto luogo, l'esenzione concessa agli accordi notificati sarebbe di durata troppo esigua (otto anni). Infine, nel ricorso T-384/94 la SNCF sostiene inoltre che la decisione impugnata dovrebbe venire annullata in quanto la Commissione ha considerato che gli accordi ENS non potevano fruire dell'eccezione tecnica di cui all'art. 3 del regolamento n. 1017/68.

1. Sul primo motivo, relativo ad una valutazione erronea e incompleta dei fatti e ad un manifesto errore di diritto e/o alla violazione dell'obbligo di motivare debitamente la decisione impugnata nella parte in cui la Commissione ha deciso che la costituzione dell'ENS aveva lo scopo e l'effetto di restringere la concorrenza

82 Questo motivo si divide in due parti: la prima attinente a una definizione erronea del mercato pertinente e a un'insussistenza di effetto rilevante degli accordi ENS sul commercio tra Stati membri; la seconda relativa a un'insussistenza di effetti restrittivi della concorrenza derivanti da detti accordi.

Prima parte: sulla definizione del mercato pertinente e sull'insussistenza di effetto rilevante degli accordi ENS sul commercio tra Stati membri

Argomenti delle parti

- 83 Le ricorrenti ricordano che nella decisione della Commissione si definiscono i mercati di cui trattasi come quelli del trasporto di passeggeri che viaggiano per affari, da un lato, e del trasporto di turisti dall'altro, su ciascuna delle linee gestite dall'ENS. Osservano che, in base alle previsioni relative alla domanda per il 1995, contenute nella loro notifica (tabella 17, pag. 26 della notifica), i servizi dell'ENS non avrebbero superato probabilmente il 4% delle quote di detti mercati (vale a dire 2,4% del mercato dei viaggi d'affari e 5% del mercato dei viaggi di diporto). Alla luce della comunicazione della Commissione 3 settembre 1986, relativa ad accordi di minore importanza che non sono contemplati dall'art. 85, n. 1, del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (GU 1986, C 231, pag. 2), tali quote di mercato costituirebbero quote trascurabili. Pur esaminando ciascuna linea separatamente, emergerebbe dalla tabella 17 della notifica che le sole quote di mercato superiori al 4% di cui avrebbe fruito probabilmente l'ENS sono rispettivamente del 6 e 7% per i viaggi di diporto sulle linee Londra-Amsterdam e Londra-Francoforte/Dortmund. Quanto all'idea della Commissione secondo la quale una quota di mercato del 5% giustificerebbe l'assunto che l'impresa di cui trattasi abbia un'entità sufficiente affinché il suo comportamento sia in linea di massima tale da incidere sugli scambi tra Stati membri, le ricorrenti si richiamano alle sentenze del Tribunale 8 giugno 1995, causa T-7/93, Langnese-Iglo/Commissione (Racc. pag. II-1533), e causa T-9/93, Schöller/Commissione (Racc. pag. II-1611), dalle quali emergerebbe che una quota di mercato del 5% non è sufficiente di per sé per concludere che vi è una restrizione sensibile della concorrenza. Sarebbe inoltre sottolineato nella notifica che la quota di mercato dell'ENS sarebbe rimasta stabile, o addirittura sarebbe diminuita, in quanto il mercato sarebbe dovuto crescere più rapidamente della capacità dell'ENS di aumentare la frequenza dei suoi servizi (notifica, pag. 27, punto II.4. c.6). Il mercato pertinente dei due servizi summenzionati (viaggi d'affari, viaggi di diporto) sarebbe quindi molto vasto e sarebbe evidente che l'ENS non avrebbe la facoltà di influire sui prezzi, sulla qualità e sulla disponibilità dei servizi né di escludere o di indebolire la concorrenza.

- 84 Quanto all'affermazione della Commissione contenuta nel controricorso, secondo la quale la quota di mercato dell'ENS sul segmento dei viaggi d'affari dovrebbe calcolarsi con riguardo ai voli di primo mattino e della sera piuttosto che in relazione al complesso dei voli disponibili sull'arco delle 24 ore su una determinata linea, le ricorrenti sostengono che essa rappresenta una ridefinizione del mercato di cui trattasi e non è confortata da alcuna prova.
- 85 La Commissione sostiene che la quota di mercato dell'ENS non deve venir calcolata, come proponevano nel loro documento le parti che hanno fatto la notifica con riguardo al mercato generale del trasporto passeggeri tra il Regno Unito, da un lato, e la Francia, la Germania e i Paesi del Benelux dall'altro, mercato geografico sul quale l'ENS rappresenterebbe solo il 2,4% del segmento dei viaggi d'affari e il 5% del segmento dei viaggi turistici, vale a dire una quota di mercato complessiva di circa il 4%. Il mercato di cui trattasi si limiterebbe infatti alle linee effettivamente gestite dall'ENS, vale a dire Londra-Amsterdam, Londra-Francoforte, Parigi-Glasgow/Swansea, Bruxelles-Glasgow/Plymouth (decisione, paragrafo 29). Secondo questa definizione, l'ENS rappresenterebbe una quota di mercato di almeno il 7% nel segmento dei viaggi d'affari e dell'8% nel segmento dei viaggi turistici, secondo i dati forniti dagli aderenti all'accordo ENS nella loro notifica.
- 86 Secondo la giurisprudenza, una quota di mercato del 5% giustificherebbe il fatto che si consideri l'impresa interessata come di entità sufficiente affinché il suo comportamento sia in linea di massima tale da incidere sugli scambi tra Stati membri (sentenze della Corte 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione, Racc. pag. 131, 7 giugno 1983, cause riunite 100/80, 101/80, 102/80 e 103/80, Musique Diffusion Française e a./Commissione, Racc. pag. 1825, e 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG/Commissione, Racc. pag. 3151). La stessa regola varrebbe per le restrizioni della concorrenza che possono scaturire da un accordo tra imprese. A questo proposito la Commissione deduce che, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, non emerge dalle sentenze Langnese-Iglo/Commissione e Schöller/Commissione, citate, che una quota di mercato superiore al 5% sia insufficiente, di per sé, per consentire di concludere che vi è restrizione sensibile della concorrenza.

87 Inoltre, secondo la Commissione, la quota di mercato dell'ENS nel segmento dei viaggi d'affari del mercato di cui trattasi sarebbe molto più alta. Infatti, risulterebbe dall'analisi del mercato contenuta nella notifica che la quota dell'ENS su questo segmento del mercato dovrebbe calcolarsi esclusivamente con riguardo ai voli di primo mattino e della sera, piuttosto che rispetto al complesso dei voli disponibili nell'arco delle 24 ore su una determinata linea. Inoltre, la Commissione sottolinea che la previsione della quota di mercato riguarda solo il 1995, vale a dire il primo anno di gestione previsto per i servizi dell'ENS, e che, tenuto conto della forza effettiva delle imprese ferroviarie interessate sul mercato di cui trattasi e della loro clientela attuale e potenziale, è probabile che questa quota di mercato aumenti. Di conseguenza, vi sarebbe motivo di ritenere che gli accordi ENS eliminino o restringano sensibilmente le possibilità di concorrenza.

88 Il Regno Unito, interveniente, sostiene che la definizione data dalla Commissione dei mercati di cui trattasi è artificiosamente limitata. Da un lato, il mercato geografico dovrebbe comprendere globalmente il Regno Unito, la Francia, il Belgio, i Paesi Bassi, il Lussemburgo e la Germania. D'altro canto, il fatto che i mercati di cui trattasi comprendono diversi sistemi di trasporto non sarebbe tenuto in considerazione che nella parte della decisione relativa alla concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Infine, secondo il Regno Unito, i firmatari di un accordo che detengono una quota di mercato inferiore al 10% non eserciterebbero, in generale, alcuna influenza sul mercato, indipendentemente dall'entità del loro giro d'affari, sicché, sotto detto limite, sarebbero necessarie circostanze particolari affinché l'oggetto o l'effetto anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi sia sufficientemente pregiudizievole o sensibile.

89 La Commissione ribatte che la tesi prospettata dal Regno Unito, secondo la quale solo una quota di mercato del 10% può giustificare l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, non ha alcun fondamento nella giurisprudenza.

Giudizio del Tribunale

90 In primo luogo si deve osservare che, per valutare gli effetti degli accordi ENS sulla concorrenza e sul commercio tra Stati membri, la Commissione, nella decisione

impugnata, ha definito due mercati di servizi pertinenti, nella fattispecie un mercato per il trasporto delle persone che viaggiano per affari, per le quali il trasporto aereo in volo di linea e il trasporto ferroviario a grande velocità rappresentano modi di trasporto sostituibili (mercato «intermodale» dei viaggi d'affari), e un mercato del trasporto delle persone che viaggiano per turismo, per le quali i servizi surrogabili comprendono l'aereo in classe turistica, il treno, l'autobus ed eventualmente l'autovettura privata (mercato «intermodale» dei viaggi di diporto) (v. punti 26 e 27 della decisione).

- 91 D'altro canto, la Commissione ha ritenuto, richiamandosi alla sentenza della Corte 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (Racc. pag. 803), che il mercato geografico di cui trattasi dovesse essere limitato alle linee effettivamente servite dall'ENS (punti 28 e 29 della decisione), vale a dire:

- Londra-Amsterdam,
- Londra-Francoforte/Dortmund,
- Parigi-Glasgow/Swansea,
- Bruxelles-Glasgow/Plymouth.

- 92 Poiché questa definizione del mercato geografico non è stata contestata dalle ricorrenti, ne consegue che gli accordi ENS avrebbero dovuto essere valutati solo in base ai quattro mercati geografici distinti sopra menzionati e soltanto nell'ambito di un mercato intermodale che comprende diversi mezzi di trasporto, come il treno, l'aereo, l'autobus e l'autovettura. Si deve quindi stabilire su questa base se la Commissione abbia correttamente valutato le quote di mercato dell'ENS per

concludere che gli accordi ENS avevano un effetto rilevante sul commercio tra gli Stati membri, dato che, secondo la notifica delle ricorrenti, dette quote di mercato non supererebbero il limite critico del 5% e sarebbero comunque insignificanti.

93 A questo proposito, il Tribunale osserva che la decisione impugnata non contiene alcun riferimento alle quote di mercato dell'ENS né alle quote di mercato degli altri operatori, concorrenti dell'ENS, che sono anch'essi presenti sui vari mercati intermodali presi in considerazione dalla Commissione in quanto mercati pertinenti ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, anche qualora gli accordi ENS producano effetti restrittivi sulla concorrenza, ciò non toglie che, siccome detti elementi di analisi del mercato pertinente non figurano nella decisione impugnata, il Tribunale non è in grado di giudicare se le presunte restrizioni della concorrenza abbiano un effetto rilevante sugli scambi tra gli Stati membri e rientrino quindi nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, tenuto conto, in particolare, della concorrenza intermodale che, secondo la stessa decisione, caratterizza i due mercati di servizi considerati.

94 Solo nella fase del procedimento contenzioso dinanzi al Tribunale la Commissione si è richiamata, per la prima volta, alla notifica delle parti per sostenere come ne emergesse che, «anche in base alle previsioni modeste — e per natura restrittive — dell'ENS, che si fondano su una definizione più ristretta del mercato, la quota di mercato della Night Services sarebbe del 7% nel segmento dei viaggi d'affari, mentre sarebbe dell'8% nel segmento dei viaggi turistici». Inoltre, solo nella fase scritta del procedimento la Commissione ha sostenuto per la prima volta che, per quanto riguarda il segmento del mercato dei viaggi d'affari, si deve calcolare la quota di mercato dell'ENS con riguardo ai voli di primo mattino e della sera anziché relativamente a tutti i voli disponibili nell'arco delle 24 ore su una determinata linea, il che mostrerebbe che la quota di mercato dell'ENS è di fatto molto maggiore.

95 Orbene, anche se, secondo una giurisprudenza costante, nella motivazione delle decisioni che adotta per provvedere all'applicazione delle norme sulla concorrenza la Commissione non è tenuta a discutere tutti i punti di fatto e di diritto e ad

esporre le considerazioni che l'hanno indotta ad adottare la decisione, essa è tuttavia tenuta, ai sensi dell'art. 190 del Trattato, a menzionare quantomeno i fatti e le considerazioni che rivestono importanza essenziale nell'economia della sua decisione, consentendo così al giudice comunitario ed alle parti interessate di conoscere le condizioni nelle quali essa ha applicato il Trattato (sentenza della Corte 17 gennaio 1995, causa C-360/92 P, Publishers Association/Commissione, Racc. pag. I-23, punto 39; sentenze del Tribunale 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione, Racc. pag. II-2137, punto 150, e 19 febbraio 1998, cause riunite T-369/94 e T-85/95, DIR International Film e a./Commissione, Racc. pag. II-357, punto 117). Inoltre, emerge dalla giurisprudenza che, salvo circostanze eccezionali, una decisione deve essere corredata di una motivazione inclusa nel testo e non può essere espressa per la prima volta, ex post, dinanzi al giudice (sentenze del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Commissione, Racc. pag. II-1931, punto 131; 21 marzo 1996, causa T-230/94, Farrugia/Commissione, Racc. pag. II-195, punto 36, e 12 dicembre 1996, causa T-16/91 RV, Rendo e a./Commissione, Racc. pag. II-1827, punto 45).

⁹⁶ Risulta dalla giurisprudenza summenzionata che, se una decisione della Commissione che applica l'art. 85, n. 1, del Trattato è viziata da omissioni rilevanti, come il mancato riferimento alle quote di mercato delle imprese interessate, la Commissione non può ovviarvi invocando per la prima volta davanti al Tribunale dati e altri elementi d'analisi che consentono di assodare che gli elementi essenziali per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, sussistono effettivamente nella fattispecie, salvo che si tratti di elementi di analisi non contestati da alcuna delle parti durante il procedimento amministrativo previo.

⁹⁷ Orbene, dalle stime fornite dalle ricorrenti nella notifica emerge che le quote di mercato dell'ENS non dovevano superare il 4% e che solo sulla base di una definizione ristretta del mercato potevano eventualmente raggiungere il 7% per il mercato dei viaggi d'affari e l'8% per il mercato dei viaggi di diporto (v. punto 2.1.2 della notifica), senza tuttavia esercitare un effetto rilevante sulla concorrenza. Ne consegue che, per quel che riguarda l'effetto degli accordi ENS sul commercio tra gli Stati membri, le ricorrenti e la Commissione non partivano dalla stessa premessa, in quanto le prime ritenevano che detti accordi non avessero effetti rilevanti

sul commercio intracomunitario. Pertanto, la Commissione era tenuta a fornire una motivazione sufficiente circa la rilevanza degli effetti degli accordi ENS sul commercio tra Stati.

- 98 Si deve aggiungere, d'altro canto, che, anche ammesso che la Commissione possa invocare per la prima volta dinanzi al Tribunale dati ed altri elementi di analisi a sostegno della fondatezza della sua decisione, ciò non toglie che le conclusioni che la Commissione ha tratto dalla notifica delle parti (v. supra, punto 94) non sono corrette. Infatti, risulta dalla tabella 17 della notifica (pag. 26) che le quote di mercato dell'ENS sul segmento dei viaggi d'affari si collocherebbe sotto il 5% su tutte le linee interessate:

— Londra-Amsterdam	: 3 %
— Londra-Francoforte/Dortmund	: 3 %
— Parigi-Glasgow/Swansea	: 4 %
— Bruxelles-Glasgow/Plymouth	: 1 %.

- 99 Quanto al segmento dei viaggi di diporto, dalla tabella 17 della notifica delle parti risulta inoltre che, in due delle quattro linee servite dall'ENS soltanto, la quota di mercato dell'ENS supererebbe il 5%, senza raggiungere comunque la misura dell'8% prospettata dalla Commissione:

— Londra-Amsterdam	: 7 %
— Londra-Francoforte/Dortmund	: 6 %
— Parigi-Glasgow/Swansea	: 4 %
— Bruxelles-Glasgow/Plymouth	: 4 %.

100 Inoltre, risulta dalla notifica che le quote dell'ENS sul mercato dei viaggi di diporto dovevano rimanere stabili o addirittura diminuire nella prospettiva di un aumento del complesso del mercato e tenuto conto delle limitate possibilità d'aumento della capacità dell'ENS. Orbene, anche se è vero che, come si è ricordato, la Commissione non deve discutere tutti i punti di fatto e di diritto che sono stati sollevati nel corso del procedimento amministrativo precedente l'adozione della decisione impugnata, quest'ultima considerazione delle notificanti costituiva un argomento essenziale a sostegno dell'irrelevanza degli effetti degli accordi ENS sul commercio tra Stati. Quindi non si può concludere — contrariamente a quanto sostiene la Commissione — che secondo la notifica la quota di mercato dell'ENS sul mercato dei viaggi di diporto era dell'8% o quanto meno superiore al 5%.

101 A questo proposito si deve osservare che, anche se nei punti 2.1.2 del sunto della notifica e II.4. c.5.2.(d) della notifica le parti hanno, tra l'altro, sostenuto che la quota di mercato dell'ENS avrebbe potuto eventualmente raggiungere il 7% nel segmento dei viaggi d'affari e l'8% nel segmento dei viaggi turistici, si deve sottolineare che, secondo le notificanti, dette quote dovrebbero venire prese in considerazione solo nell'ambito di una definizione più ristretta del mercato, basata su itinerari da «città a città» («city to city flows») ed escludendo la concorrenza residua delle autovetture e degli autobus. Inoltre, tali stime di parte si riferivano a quote medie di un mercato geografico globale e non già ai quattro itinerari effettivamente serviti dall'ENS e correttamente considerati dalla Commissione come i vari mercati geografici pertinenti nell'ambito dei quali gli accordi ENS dovevano venire valutati. Ne consegue che, in quanto la decisione impugnata, da un lato, non ha definito i mercati di cui trattasi con riguardo a un traffico da «città a città», ma relativamente a un traffico comprendente più destinazioni (per esempio da Parigi verso Glasgow e Swansea), dall'altro, non ha affatto escluso dalla definizione del mercato la concorrenza residua delle autovetture e degli autobus e, infine, non ha valutato gli effetti degli accordi ENS in base ad un mercato geografico globale, bensì in base ai quattro itinerari effettivamente serviti dall'ENS, la Commissione non poteva concludere per l'esistenza di quote di mercato della misura, sopra menzionata, del 7 e 8% rispettivamente.

102 In ogni modo, anche se, come si è rilevato, la quota dell'ENS sul mercato dei trasporti turistici eccedeva, di fatto, il 5% su determinate linee e raggiungeva quindi il 7% sul percorso Londra-Amsterdam e il 6% sul percorso Londra-

Francoforte/Dortmund (v. supra, punto 94), si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza, un accordo può esulare dal divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato quando incide sul mercato solo in modo insignificante, tenuto conto della modesta posizione che occupano gli interessati sul mercato dei prodotti o dei servizi di cui trattasi (sentenza della Corte 9 luglio 1969, causa 5/69, Völk, Racc. pag. 295, punto 7). Quanto all'aspetto quantitativo dell'incidenza sul mercato, la Commissione ha sostenuto che, conformemente alla sua citata comunicazione relativa agli accordi di importanza minore, l'art. 85, n. 1, si applica ad un accordo allorché la quota di mercato delle parti contraenti è del 5%. Tuttavia il Tribunale osserva che il solo fatto che questo limite possa venir raggiunto e anche superato non consente di concludere con certezza che un accordo ricada sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, emerge dal testo stesso del punto 3 della predetta comunicazione che, «tuttavia, la definizione in termini quantitativi della nozione di sensibilità data dalla Commissione non ha un valore assoluto» e che «in determinati casi è possibile che anche accordi conclusi fra imprese che superano i limiti stabiliti incidano sul commercio tra Stati membri o sulla concorrenza soltanto in misura insignificante, e di conseguenza non siano contemplati dal disposto dell'articolo 85, paragrafo 1» (v. anche sentenza Langnese-Iglo/Commissione, citata, punto 98). Inoltre, e a titolo puramente indicativo, si deve ricordare che detta analisi è corroborata dalla comunicazione della Commissione del 1997 relativa agli accordi di importanza minore (GU 1997, C 372, pag. 13), che sostituisce la citata comunicazione della Commissione 3 settembre 1986, secondo la quale anche accordi che non sono di minore importanza possono esulare dal divieto delle intese a motivo della loro influenza esclusivamente favorevole sul gioco della concorrenza.

103 Pertanto il Tribunale considera che quando, come nella fattispecie, accordi orizzontali stipulati tra imprese raggiungono o superano di poco il limite del 5%, ritenuto dalla stessa Commissione limite critico, che può giustificare l'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, la Commissione deve fornire una motivazione sufficiente circa le ragioni per le quali ritiene che tali accordi ricadano sotto il divieto dell'art. 85, n. 1, del Trattato. A maggior ragione ciò vale allorché, come nella fattispecie, da un lato, come hanno esposto le ricorrenti nella notifica, l'ENS deve operare su mercati dominati, in ampia misura, da altri mezzi di trasporto, come l'aeroplano, e allorché, d'altra parte, come hanno sostenuto le ricorrenti, nella prospettiva di un aumento della domanda sui mercati pertinenti, e tenendo conto delle limitate possibilità d'aumento delle capacità dell'ENS, le sue quote di mercato o

diminuiranno o rimarranno stabili. Una siffatta motivazione sarebbe del pari necessaria nella fattispecie dato che, come ha affermato la Corte nella sentenza *Musique Diffusion Française e a./Commissione*, citata, un accordo può esercitare un'influenza rilevante sulla corrente degli scambi tra gli Stati membri anche se le quote di mercato delle imprese ricorrenti non superano il 3%, purché dette quote di mercato siano superiori a quelle di terzi concorrenti (punto 86).

104 Il Tribunale osserva che però nella fattispecie detta motivazione non è stata fornita.

105 Da quanto precede risulta che la decisione impugnata non contiene una motivazione che consenta al giudice comunitario di pronunciarsi sulle quote detenute dall'ENS sui vari mercati pertinenti e quindi sull'effetto rilevante degli accordi ENS sul commercio tra gli Stati membri, sicché la decisione va annullata per questo motivo.

Seconda parte: sulla valutazione degli effetti restrittivi degli accordi ENS sulla concorrenza

Argomenti delle parti

106 Le ricorrenti sostengono che gli accordi ENS non restringono la concorrenza né tra i fondatori, né tra questi e l'ENS, né nei confronti dei terzi e che la presenza di reti di imprese comuni sul mercato ferroviario non ha fatto registrare alcun aumento delle asserite limitazioni della concorrenza. Inoltre, gli effetti favorevoli che scaturiscono dagli accordi ENS supererebbero le restrizioni che da questi assertivamente derivano. La decisione sarebbe quindi viziata da difetto di motivazione o, quantomeno, da manifesti errori di valutazione.

- 107 Per quanto riguarda, in primo luogo, le restrizioni della concorrenza tra i fondatori e tra questi e l'ENS, le ricorrenti sostengono che, tenuto conto delle difficoltà sostanziali che le imprese ferroviarie e l'ENS dovranno affrontare, non si può sostenere che potrebbe verificarsi sui mercati di cui trattasi una concorrenza apprezzabile tra le imprese ferroviarie per i nuovi servizi che saranno offerti dall'ENS. A questo proposito l'ENS e l'EPS si richiamano ad una lettera della Lazard Brothers del 27 aprile 1992 inviata alla BR (allegato 7 della notifica), dalla quale emergerebbe che nessuna delle imprese ferroviarie avrebbe assunto da sola detti rischi, il che sarebbe stato riconosciuto dalla Commissione nella sua decisione. Inoltre, l'acquisto di materiale rotabile implicherebbe varie spese fisse, di un importo tale che un'impresa potrebbe trarne vantaggio solo se la sua produzione raggiungesse un volume minimo come quello auspicato dall'ENS. Nessuna delle imprese ferroviarie avrebbe quindi potuto da sola aumentare il volume dei suoi servizi fino a raggiungere il minimo giudicato necessario.
- 108 A questo proposito l'UIC e la NS aggiungono che non vi possono essere restrizioni della concorrenza potenziale tra gli aderenti agli accordi ENS poiché, secondo la direttiva 91/440, nessuna delle imprese ferroviarie sarebbe in grado di gestire da sola una qualsiasi delle linee di cui trattasi, ma sarebbe obbligata ad aderire ad un'associazione internazionale. Ad esempio, la linea Londra-Amsterdam non avrebbe potuto venire gestita dalla SNCF e dall'EPS senza la partecipazione della NS. Poiché l'EPS e la NS sono «soci necessari» in qualsiasi associazione internazionale che gestisca questa linea, la partecipazione ulteriore della SNCF, che non sarebbe un concorrente attuale o potenziale della NS o dell'EPS sulla linea di cui trattasi, non potrebbe costituire una restrizione della concorrenza. Quanto al fatto che l'ENS opererebbe su una linea avente un terminale in Belgio mentre l'impresa ferroviaria belga, la SNCB, non ha aderito agli accordi ENS, le ricorrenti sottolineano che il fatto che la SNCB debba prestare all'ENS i «servizi indispensabili» sarebbe il risultato di una decisione puramente commerciale e non già di un obbligo imposto dal diritto comunitario.
- 109 In quanto le quattro linee gestite dall'ENS devono considerarsi quattro mercati geografici distinti (decisione, punto 29), ne conseguirebbe del pari che i quattro collegamenti vanno considerati come non in concorrenza tra loro, sicché la gestione combinata di questi quattro collegamenti in una sola associazione non rappresenta una restrizione di concorrenza.

110 Quanto all'assunto secondo il quale gli accordi ENS restringerebbero la concorrenza tra gli aderenti agli accordi e le nuove imprese ferroviarie, ivi comprese le imprese controllate da quelle esistenti, esso sarebbe privo di fondamento. Nel caso delle nuove imprese questa considerazione sarebbe infatti priva di pertinenza per l'analisi di eventuali restrizioni di concorrenza tra le imprese partecipanti. L'affermazione che i fondatori potrebbero costituire, nei paesi serviti dall'ENS diversi dal loro paese di insediamento, imprese controllate che potrebbero acquisire lo status di «imprese ferroviarie» ai sensi della direttiva 91/440 e con le quali ciascuna delle imprese ferroviarie interessate potrebbe organizzare trasporti notturni attraverso un gruppo che esclude qualsiasi altro aderente all'ENS sarebbe ipotetica. Da un lato, nessuna delle imprese ferroviarie che partecipano all'ENS avrebbe in realtà controllate di questo genere. D'altro canto, le imprese ferroviarie non avrebbero la possibilità di costituire imprese controllate aventi lo status di imprese ferroviarie negli Stati membri nei quali operano altre imprese ferroviarie, quantomeno prima dell'entrata in vigore di due proposte di direttiva che integrano il quadro regolamentare della direttiva 91/440. Inoltre, anche se un siffatto quadro regolamentare già esistesse, sarebbe del tutto irrealistico, in una prospettiva commerciale, immaginare che la DB costituisca ad esempio una propria impresa ferroviaria nei Paesi Bassi per gestire con l'EPS un collegamento ferroviario notturno tra il Regno Unito e Amsterdam senza coinvolgerci la NS. Comunque sia, le conclusioni della Commissione sarebbero ancor più contestabili in quanto la cooperazione nell'ambito dell'ENS non è esclusiva, giacché nulla negli accordi ENS impedirebbe agli aderenti di far parte di un'associazione in concorrenza con l'ENS.

111 A questo proposito la SNCF aggiunge che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, la possibilità per ciascuna compagnia ferroviaria di costituire un'impresa controllata negli altri Stati membri al fine di costituire con essa un'associazione non sussiste, data l'esistenza di monopoli costituiti per legge negli Stati membri e l'insussistenza di una normativa del Consiglio che conferisca un siffatto diritto di insediamento. D'altro canto, la partecipazione di più imprese ferroviarie agli accordi ENS sarebbe priva di conseguenze, dal momento che esse operano su assi distinti e non sono quindi in situazione di concorrenza su ciascuno degli altri mercati geografici presi in esame. Infine, la SNCF sottolinea che i rischi finanziari connessi all'instaurazione dell'ENS non possono essere sopportati da una sola impresa, come riconosce la stessa Commissione al punto 63 della sua decisione.

- 112 Analogamente, l'argomento della Commissione secondo il quale ciascuna impresa ferroviaria potrebbe avere la funzione di «operatore di trasporti» ferroviario al di fuori del paese d'insediamento, acquistando dalle imprese interessate i servizi ferroviari indispensabili, si fonderebbe su una descrizione poco realistica del mercato e sarebbe incompatibile con il regime instaurato con la direttiva 91/440. Non sarebbe quindi giustificato supporre, ad esempio, che la DB abbia interesse a creare una struttura speciale e a trattare i diritti d'accesso con il gestore dell'infrastruttura britannica, la SNCF e la NS, per costituire un collegamento ferroviario notturno tra Amsterdam e Londra. Un siffatto comportamento non sarebbe d'altra parte possibile sotto il profilo commerciale, poiché nessuno degli aderenti agli accordi ENS disporrebbe di sufficienti mezzi finanziari e commerciali.
- 113 Il ragionamento della Commissione si fonderebbe anche su una descrizione del mercato incompatibile con il regime della direttiva 91/440. Infatti, facendo una distinzione artificiosa tra le imprese ferroviarie e una nuova categoria ipotetica di partecipanti al mercato, definiti «operatori di trasporti», la Commissione avrebbe creato diritti d'accesso e di transito che non sono contemplati dalla direttiva. L'analisi della Commissione sfocerebbe d'altro canto nella conclusione che qualsiasi costituzione di un'associazione internazionale restringe di per sé la concorrenza per il solo fatto che i suoi aderenti avrebbero potuto creare anche un'altra associazione. Un siffatto ragionamento sarebbe ancor più inaccettabile dal momento che sarebbe impossibile per le imprese ferroviarie partecipanti stabilire come i servizi dell'ENS dovranno venir strutturati alla scadenza dell'esenzione concessa, il che avrebbe l'effetto di scoraggiare altre iniziative delle imprese ferroviarie della Comunità per costituire nuovi servizi di trasporti internazionali.
- 114 In secondo luogo, per quanto riguarda presunte restrizioni all'accesso dei terzi (punti 46-48 della decisione impugnata), le ricorrenti sostengono che l'analisi della Commissione è erronea in fatto e in diritto. Anzitutto, la possibilità di esclusione dei terzi dovrebbe venir valutata rispetto ai mercati intermodali di cui trattasi, sui quali l'impresa comune opererà e per i quali, secondo i punti 26 e 27 della decisione, esistono altri modi di trasporto alternativi. Orbene, l'analisi di cui trattasi si baserebbe su un'altra definizione del mercato, vale a dire il mercato della fornitura dei servizi ferroviari indispensabili, che sarebbe diversa dalla definizione espressamente presa in considerazione nella decisione.

- 115 La valutazione della Commissione si fonderebbe poi sulla premessa erronea che l'ENS debba considerarsi «operatore di trasporti» al quale le società madri forniscono servizi ferroviari. Orbene, l'ENS non sarebbe un operatore di trasporti, bensì un'associazione internazionale di imprese ferroviarie ai sensi della direttiva 91/440, costituita onde permettere alle imprese fondatrici di fornire prestazioni di trasporto internazionale passeggeri conformemente all'art. 10, n. 1, della direttiva. Il fatto che le imprese madri abbiano optato per un raggruppamento in forma societaria sarebbe a questo proposito privo di pertinenza quanto alla qualificazione giuridica dell'ENS. Quindi, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, dal momento che le imprese fondatrici forniscono esse stesse, tramite l'associazione in causa, prestazioni di trasporto di viaggiatori, non può sussistere un mercato a monte della fornitura dei servizi ferroviari ad operatori ed un mercato distinto sul quale opererebbe l'ENS, come si sostiene nella decisione. In ogni caso le conclusioni della Commissione si fonderebbero sulla supposizione erronea che qualsiasi «operatore di trasporti», indipendentemente dalla sua indole (ad esempio una catena di alberghi), abbia il diritto di chiedere la fornitura della motrice.
- 116 Inoltre, l'argomento della Commissione si fonderebbe sull'erronea ipotesi che l'EPS sia un'impresa controllata al 100% dalla BR e/o dal gestore di infrastruttura britannica Railtrack ed occupi una posizione dominante nel Regno Unito, mentre in realtà l'EPS è stata ceduta dalla BR al governo del Regno Unito (v. supra, punto 12) e la sua posizione è lungi dall'essere dominante su qualsiasi mercato. Infatti, l'EPS avrebbe ricordato alla Commissione nella lettera del 30 giugno 1994 (allegato 9 del suo atto introduttivo) di non essere né proprietaria né esercente di infrastruttura e di aver accesso solo ai segmenti orari ad essa riservati e di cui ha bisogno sulla rete del Regno Unito, che rappresentano una piccola parte dei segmenti orari sulle linee di cui trattasi. Analogamente, l'EPS avrebbe solo poco personale ferroviario e il suo parco motrici sarebbe ridotto. Ne conseguirebbe che l'EPS non è in posizione dominante quanto all'accesso all'infrastruttura della rete britannica.
- 117 Peraltro la Commissione non avrebbe spiegato perché l'asserita potenza economica delle imprese ferroviarie partecipanti costituirebbe in quanto tale un ostacolo all'accesso al mercato per i terzi. Infatti, l'argomento tratto dall'esistenza di concorrenti attuali o potenziali, nonché dal pregiudizio che annecherebbero le presunte

relazioni privilegiate tra le imprese ferroviarie e l'ENS alla concorrenza sui mercati a valle rientrerebbe nella sfera delle congetture. Anche se le imprese ferroviarie fossero le uniche a possedere le motrici e anche se ciascuna di esse rifiutasse di fornire le motrici a un nuovo operatore, l'effetto sui mercati interessati correttamente definiti sarebbe di fatto minimo. D'altra parte, secondo la direttiva 91/440 le imprese ferroviarie partecipanti sono in ogni caso obbligate, in quanto esercenti di infrastrutture, a fornire taluni servizi ai terzi. Inoltre l'acquisizione delle motrici (in particolare usate) mediante locazione, leasing o a qualsiasi altro titolo, non rappresenterebbe un investimento enorme per i terzi e nessun elemento di fatto consentirebbe alla Commissione di sostenere che solo le imprese ferroviarie interessate le possiedono o che qualsiasi nuovo operatore incontrerebbe difficoltà a procurarsele. Inoltre, sarebbe possibile, invece di ordinare locomotori nuovi o di modello particolare, modificare le motrici esistenti onde renderle idonee alla circolazione nel tunnel sotto la Manica. In ogni caso, il semplice fatto che la creazione di un'impresa comune richieda alcuni ingenti investimenti di capitale non potrebbe considerarsi come barriera all'entrata sul mercato. Quanto al riferimento fatto dalla Commissione nelle sue memorie all'effetto di esclusione che scaturirebbe dalla convenzione sull'uso del tunnel sotto la Manica, le ricorrenti ribattono che detta convenzione ha costituito oggetto di una decisione d'esenzione della Commissione in virtù dell'art. 85, n. 3, del Trattato e sottolineano che i segmenti che l'ENS utilizzerà faranno parte dei segmenti che la convenzione Eurotunnel ha riservato alla SNCF e alla BR, sicché il numero di segmenti riservati ai terzi non è diminuito.

- 118 Per quanto riguarda, in terzo luogo, gli effetti restrittivi dovuti all'esistenza di una rete di imprese comuni, le ricorrenti sottolineano che dette altre imprese comuni operano su mercati di prodotti o di servizi diversi dal mercato sul quale opererà l'ENS, vale a dire il mercato del trasporto combinato delle merci e il mercato del trasporto ferroviario dei veicoli, e che esse non esercitano attività concorrenti né complementari. Orbene, la decisione non conterrebbe la minima analisi del modo in cui l'esistenza presunta di una rete di imprese comuni ferroviarie inciderebbe sulla concorrenza nel mercato del trasporto passeggeri e sarebbe inoltre in contraddizione con i principi esposti dalla Commissione nella sua comunicazione del 1993.

- 119 Infine, per quel che riguarda la valutazione globale degli effetti degli accordi ENS, l'ENS e l'EPS sostengono che, secondo una giurisprudenza costante della Corte (sentenze della Corte 30 giugno 1966, causa 56/65, STM, Racc. pag. 261; 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione, Racc. pag. 457; Metro/Commissione, citata; 8 giugno 1982, causa 258/78, Nungesser e Eisele/Commissione, Racc. pag. 2015; 28 gennaio 1986, causa 161/84, Pronuptia, Racc. pag. 353, e 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimitis, Racc. pag. I-935), gli effetti favorevoli di un accordo sulla concorrenza devono venir vagliati rispetto agli effetti anticoncorrenziali. Se gli effetti favorevoli alla concorrenza prevalgono sugli effetti anticoncorrenziali e se questi ultimi sono necessari per l'applicazione dell'accordo, questo non può considerarsi come avente lo scopo o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 120 A questo proposito le ricorrenti sostengono che gli accordi di cui trattasi contribuiscono largamente a favorire la concorrenza su entrambi i mercati di servizi considerati, come definiti ai punti 26 e 27 della decisione. In particolare, il mercato del trasporto delle persone che viaggiano per affari sulle linee gestite dall'ENS sarebbe dominato da poche compagnie aeree che, secondo lo studio del flusso dei passeggeri internazionali (International Passenger Survey) effettuato dall'Office of Population Censuses and Surveys, detenevano il 74% di detto mercato nel 1991. Inoltre l'ENS avrebbe dimostrato, nella sua notifica, che poteva ottenere il 7% del mercato mentre le compagnie aeree ne deterranno il 78% e che la sua costituzione avrebbe ridotto così in certa misura il dominio del mercato da parte dei vettori aerei. La Commissione avrebbe d'altro canto riconosciuto che la situazione era identica per il mercato dei viaggi turistici. In definitiva, gli effetti favorevoli degli accordi di cui trattasi dovrebbero quindi avere il sopravvento su qualsiasi ipotetico effetto anticoncorrenziale.
- 121 La Commissione osserva che il fatto che gli aderenti all'ENS hanno assunto rischi commerciali notevoli e sopportato spese ingenti non significa che sia improbabile una forte concorrenza tra le imprese ferroviarie interessate sul mercato pertinente. Secondo la Commissione, un'impresa ferroviaria insediata in uno Stato membro avrebbe il diritto di costituire un'associazione internazionale con un'altra impresa ferroviaria insediata in un altro Stato membro e ottenere dall'Eurotunnel, gestore dell'infrastruttura, i segmenti orari necessari per attraversare il tunnel sotto la Manica onde esercitare servizi di trasporto internazionale (decisione, punto 42).

Inoltre qualsiasi impresa ferroviaria aderente all'accordo ENS potrebbe svolgere direttamente la funzione di operatore di trasporti e costituire un'impresa controllata che, acquistando dalle imprese ferroviarie interessate i servizi indispensabili, potrebbe anche prestare servizi di trasporto internazionali (decisione, punti 43 e 44). Affidando la gestione e la vendita di detti servizi alla loro impresa comune ENS, le ricorrenti restringerebbero quindi notevolmente le possibilità di concorrenza sul mercato di cui trattasi (decisione, punto 45). Infine, emergerebbe dalla decisione dell'impresa ferroviaria tedesca DB di costituire un'impresa comune con le ferrovie svizzere e le ferrovie austriache, onde fornire servizi notturni tra le città svizzere, tedesche e austriache, che la possibilità per un'impresa ferroviaria aderente agli accordi ENS di creare un'impresa controllata nel Regno Unito e/o in altri Stati membri onde fornire servizi notturni non è né irrealistica né illusoria.

122 Quanto al fatto che ciascuna delle parti ricorrenti è un socio necessario per la gestione delle linee sulle quali opera l'ENS, la Commissione ribatte che l'ENS non costituisce un'impresa ferroviaria ai sensi della direttiva 91/440, bensì un «operatore di trasporti» che acquista i servizi ferroviari necessari presso imprese ferroviarie. Inoltre, il fatto che la linea Bruxelles-Glasgow/Plymouth dovesse essere gestita dall'ENS, sebbene la SNCB non aderisca all'accordo, dimostrerebbe che la partecipazione di ciascuna delle quattro imprese ferroviarie stabilite negli Stati membri interessati non era una condizione sine qua non per la gestione dei servizi di cui trattasi.

123 Quanto all'argomento delle ricorrenti secondo il quale non sarebbe possibile per le imprese ferroviarie interessate costituire imprese controllate strutturate come imprese ferroviarie nei vari Stati membri e costituire quindi altre associazioni internazionali in concorrenza con l'ENS, la Commissione sostiene che non vi è alcun ostacolo giuridico che impedisca alle imprese ferroviarie di insediarsi in altri Stati membri. Il principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 52 del Trattato sarebbe diventato pienamente applicabile alla fine del periodo transitorio, sicché il fatto che, al momento dell'adozione della decisione impugnata, il Consiglio non aveva ancora adottato la proposta di direttiva relativa alle licenze delle imprese ferroviarie sarebbe privo di pertinenza, in quanto l'obiettivo di una siffatta direttiva

era solo quello di facilitare l'esercizio del diritto di stabilimento e non già di conferire detto diritto (sentenza della Corte 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners, Racc. pag. 631).

- 124 Quanto all'argomento delle ricorrenti secondo il quale il quadro giuridico creato dalla direttiva 91/440 non consente alle imprese ferroviarie di costituire un'impresa controllata in qualità di operatore di trasporti, la Commissione sottolinea che, anche se detta direttiva si applica solo alle imprese ferroviarie la cui attività principale è la fornitura di prestazioni di trasporti ferroviari di merci e/o di viaggiatori, garantendo obbligatoriamente la trazione (art. 3), ciò non toglie però che gli operatori di trasporti che non sono essi stessi imprese ferroviarie ai sensi dell'art. 3 di detta direttiva, e che quindi non dispongono del diritto d'accesso all'infrastruttura ferroviaria, possono comunque proporre prestazioni di trasporto merci per ferrovia e/o di servizi acquistando presso le imprese ferroviarie i servizi di trazione e il diritto d'accesso all'infrastruttura ferroviaria. Sarebbe questo, per l'appunto, il modo in cui operano l'ACI per quanto riguarda il trasporto combinato e l'ENS per quel che riguarda il trasporto viaggiatori.
- 125 Essa sottolinea a questo proposito di aver già sostenuto un identico punto di vista nelle lettere inviate alle parti notificanti il 29 ottobre 1993 (controricorso, allegato 4) e il 28 febbraio 1994 e che, dopo aver consultato le imprese ferroviarie aderenti all'ENS, il presidente dell'ENS, con lettera 13 aprile 1994 indirizzata alla Commissione (controricorso, allegato 6), ha confermato il loro assenso a fornire servizi notturni ai concorrenti dell'ENS sulle stesse linee.
- 126 Quanto al fatto che gli accordi ENS non conterrebbero una clausola d'esclusiva e non impedirebbero quindi alle imprese ferroviarie interessate di costituire diversi gruppi internazionali che possono far concorrenza all'ENS, la Commissione sottolinea che una siffatta ipotesi è molto improbabile, dato che, durante il procedimento amministrativo, le imprese ferroviarie interessate hanno insistito sulla necessità di riunire la loro esperienza e le loro risorse finanziarie per garantire il successo commerciale dell'ENS.

- 127 La Commissione contesta poi l'addebito secondo il quale essa avrebbe mal valutato gli effetti restrittivi dell'accordo ENS sui terzi e si richiama in proposito ai punti 46 e 48 della decisione impugnata. Ritiene che, anche se la costituzione dell'ENS non comporta una restrizione all'accesso dei terzi agli altri modi di trasporto, che sono alternativi rispetto ai servizi offerti dall'ENS, l'accesso delle imprese ferroviarie e degli operatori di trasporti al segmento ferroviario del mercato pertinente potrebbe tuttavia venire ostacolato, dato che l'ENS si compone di imprese ferroviarie potenti che controllano nel contempo l'impiego dell'infrastruttura ferroviaria e la fornitura di servizi di trazione. Secondo la Commissione non è indispensabile che l'ostacolo all'accesso riguardi ciascun segmento del mercato allorché si tratta, come nella fattispecie, di un mercato composito. Essa aggiunge che il fatto che la convenzione Eurotunnel firmata tra l'Eurotunnel BR e la SNCF abbia costituito oggetto di una decisione d'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato nulla toglie alla pertinenza della valutazione della posizione economica dell'EPS e della SNCF, che detengono il 75% dei segmenti riservati ai treni internazionali nel tunnel sotto la Manica.
- 128 Per quanto riguarda le restrizioni della concorrenza che scaturiscono dalla fornitura dei servizi ferroviari indispensabili all'ENS, la Commissione riconosce che, per quel che riguarda la fornitura dei segmenti orari, in virtù della direttiva le associazioni internazionali possono ottenere l'accesso all'infrastruttura direttamente presso i gestori di infrastrutture. Ciò non si applicherebbe però agli operatori di trasporti per quanto riguarda tanto la fornitura dei segmenti orari quanto quella della trazione e del personale qualificato. In effetti, poiché la trazione può venir fornita solo dalle imprese ferroviarie e dette imprese possiedono nel contempo le motrici idonee alla trazione nel tunnel sotto la Manica e il personale specializzato per metterle in opera, sarebbe giustificato ritenere che gli operatori economici che volessero ottenere servizi analoghi si troverebbero svantaggiati se non li ottenessero a condizioni non discriminatorie presso società madri dell'ENS.
- 129 Per quanto riguarda la partecipazione delle imprese fondatrici ad una rete di imprese comuni, la Commissione sostiene che detta rete riguarda la gestione di servizi di trasporto merci e passeggeri, vale a dire l'impresa Intercontainer, alla quale avrebbero aderito tutte le parti notificanti, l'impresa ACI, creata dalla BR, la SNCF e l'Intercontainer e, infine, l'impresa Autocare Europe. L'argomento secondo il quale le imprese comuni in materia di trasporti combinati di merci e di

trasporto ferroviario di autoveicoli non avrebbero incidenza sui servizi notturni di passeggeri come quelli gestiti dall'ENS non sarebbe fondato, dal momento che, secondo la comunicazione del 1993, il gioco della concorrenza entra in crisi maggiormente allorché si moltiplicano le creazioni di imprese comuni per prodotti o servizi complementari o diversi alle quali aderiscono concorrenti di uno stesso settore a struttura oligopolistica.

- 130 La Commissione contesta infine l'argomento secondo il quale le cause richiamate dalle ricorrenti dimostrerebbero che essa deve applicare una «norma di buon senso» («rule of reason») e valutare gli effetti positivi e negativi dell'accordo di cui trattasi sulla concorrenza. Questo modo di procedere dovrebbe essere seguito solo nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato e non per valutare le restrizioni della concorrenza nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato.
- 131 Il Regno Unito, interveniente, sostiene anzitutto che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato agli accordi ENS, la Commissione non ha tenuto conto del contesto economico e in particolare della concorrenza che vi sarebbe se non ci fossero detti accordi. Gli accordi ENS non restringerebbero la concorrenza, in quanto sono concepiti per consentire e per facilitare il varo di un servizio che non esiste attualmente e che nessuna delle parti potrebbe ragionevolmente organizzare da sola.
- 132 Diversi brani della motivazione della decisione litigiosa confermerebbero, d'altro canto, la natura favorevole alla concorrenza degli accordi ENS, la novità del servizio offerto, i rischi finanziari ingenti che essi implicano, la giustificazione tanto finanziaria quanto tecnica di una collaborazione, vale a dire la messa in comune delle cognizioni tecniche e la necessità di attendere diversi anni prima che gli investimenti diventino redditizi (punti 59, 61, 63, 64 e 74-77 della decisione). Sarebbe quindi significativo il fatto che dette constatazioni figurano solo nella parte della decisione relativa all'esenzione degli accordi ENS e non in quella relativa all'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

- 133 D'altro canto, la decisione litigiosa non chiarirebbe sufficientemente come le società madri dell'ENS si facciano o potrebbero veramente farsi concorrenza sul mercato di cui trattasi. La decisione litigiosa non conterrebbe quindi alcuna spiegazione sull'attendibilità di una siffatta concorrenza, il che dimostrerebbe che la Commissione o non ha effettuato l'analisi necessaria del contesto economico o non ha osservato l'art. 190 del Trattato.
- 134 La Commissione ribatte al Regno Unito facendo osservare che, se l'analisi di un accordo deve tener conto del suo contesto economico, ciò non significa tuttavia che si debba far ricorso alla norma di buon senso, nozione che la Corte ha finora evitato di impiegare. Questa conclusione non sarebbe contraddetta dalla sentenza della Corte 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG (Racc. pag. I-5641), che riguarderebbe solo la validità delle restrizioni accessorie nell'ambito particolare delle organizzazioni cooperative e non potrebbe quindi considerarsi come espressione di un principio generale. Di conseguenza, secondo la Commissione, il vaglio di vantaggi e inconvenienti di un accordo sulla concorrenza sarebbe necessario per concedere esenzioni in virtù dell'art. 85, n. 3, del Trattato, ma non per valutare le restrizioni della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, le quali, contrariamente a quanto sostiene il Regno Unito, nella fattispecie sarebbero state ampiamente esposte nella decisione.

Giudizio del Tribunale

- 135 Il Tribunale osserva che, secondo la decisione impugnata, gli accordi ENS producono effetti restrittivi sulla concorrenza attuale e potenziale in primo luogo tra i fondatori, in secondo luogo tra questi e l'ENS e in terzo luogo nei confronti dei terzi e, in quarto luogo, che dette restrizioni si accentuano ancor più per il fatto che vi è una rete di imprese comuni creata dai fondatori.
- 136 Il Tribunale, prima di esaminare gli argomenti delle parti circa la fondatezza del punto di vista della Commissione quanto alle restrizioni della concorrenza, ricorda in limine che la valutazione di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, deve tener

conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei servizi contemplati dall'accordo nonché delle effettive condizioni del funzionamento e della struttura del mercato interessato (sentenze della Corte Delimitis, citata, DLG, citata, punto 31, e 12 dicembre 1995, causa C-399/93, Oude Luttikhuis e a., Racc. pag. I-4515, punto 10; sentenza del Tribunale 14 maggio 1997, causa T-77/94, VGB e a./Commissione, Racc. pag. II-759, punto 140), a meno che non si tratti di un accordo che comporta manifeste restrizioni della concorrenza, come la fissazione dei prezzi, la suddivisione del mercato e il controllo degli sbocchi (sentenza del Tribunale 6 aprile 1995, causa T-148/89, Tréfilunion/Commissione, Racc. pag. II-1063, punto 109). Infatti, in quest'ultimo caso, solo nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato dette restrizioni possono essere raffrontate con i loro effetti assertivamente favorevoli alla concorrenza, ai fini della concessione di un'esenzione dal divieto di cui al n. 1 dello stesso articolo.

- 137 Inoltre, si deve sottolineare che l'esame delle condizioni di concorrenza si deve fondare non solo sulla concorrenza attuale tra le imprese già presenti sul mercato di cui trattasi, ma anche sulla concorrenza potenziale, onde accertare se, in considerazione della struttura del mercato e del contesto economico e giuridico che ne determina il funzionamento, sussistano possibilità reali e concrete che le imprese interessate si facciano concorrenza reciproca o che un nuovo concorrente possa inserirsi sul mercato di cui trattasi e fare concorrenza alle imprese già impiantate (sentenza Delimitis, citata, punto 21). A questo proposito si deve ricordare che, secondo la comunicazione della Commissione sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione ai sensi dell'art. 85 del Trattato, «una relazione di concorrenza potenziale esiste soltanto se ciascuna delle imprese fondatrici è in grado di espletare individualmente i compiti affidati all'[impresa comune] e non ha perso tale capacità in seguito alla costituzione dell'[impresa comune]. Nell'esame dei casi concreti occorre adottare un'impostazione economica realistica» (punto 18).

- 138 Alla luce di queste considerazioni si deve dunque esaminare la correttezza della valutazione degli effetti restrittivi degli accordi ENS effettuata dalla Commissione.

— Sulle restrizioni della concorrenza tra fondatori

139 Il Tribunale osserva che, come emerge dal fascicolo della causa, prima dell'adozione della direttiva 91/440 le imprese ferroviarie degli Stati membri non erano né in concorrenza attuale né in concorrenza potenziale, e ciò per l'esistenza dei diritti d'esclusiva che impedivano di diritto o di fatto, nella maggioranza degli Stati membri, la prestazione di servizi di trasporto internazionali di viaggiatori nonché l'accesso all'infrastruttura (rete nazionale). Come hanno sottolineato le parti, prima dell'adozione di detta direttiva tali servizi erano forniti nella Comunità solo sulla base degli accordi di cooperazione tradizionali tra le imprese ferroviarie operanti sulle varie reti interessate. Tuttavia, dopo l'adozione della direttiva 91/440, le condizioni di concorrenza sul mercato ferroviario si sono modificate, di modo che le imprese ferroviarie che operano sulle reti nazionali sono diventate, in un certo senso, concorrenti potenziali per quel che riguarda il trasporto internazionale viaggiatori, a condizione che costituiscano «associazioni internazionali» con altre imprese ferroviarie stabilite in Stati membri diversi al fine di fornire prestazioni di servizi di trasporto internazionali tra detti Stati membri (artt. 3 e 10 della direttiva).

140 Il Tribunale rileva come emerge dagli argomenti della Commissione che la possibilità di fornire servizi di trasporto internazionali tramite associazioni internazionali non sussiste solo per le imprese ferroviarie già esistenti, ma anche per nuove imprese ferroviarie, ivi comprese le controllate di imprese ferroviarie esistenti, e come, partendo da questa premessa, la Commissione abbia ritenuto che gli accordi ENS restringessero la concorrenza tra i fondatori in quanto: a) ciascun firmatario degli accordi ENS poteva costituire un'associazione con un'impresa insediata nel Regno Unito o con la propria impresa controllata britannica e fare quindi concorrenza all'ENS; b) ciascun firmatario degli accordi ENS poteva cercare un'impresa controllata specializzata come «operatore di trasporti» ed ottenere dalle imprese aderenti agli accordi ENS gli stessi servizi ferroviari indispensabili che queste vendevano all'ENS; c) ciascuna impresa ferroviaria poteva autocostruirsi operatore di trasporti e gestire i servizi internazionali di treni notturni acquistando dalle imprese ferroviarie interessate i servizi ferroviari indispensabili.

141 Quanto alla possibilità per ciascun aderente agli accordi ENS di costituire un'associazione con un'impresa insediata nel Regno Unito o con la propria impresa controllata britannica da creare e fare quindi concorrenza all'ENS, si deve osservare anzitutto che, siccome, secondo l'art. 10 della direttiva 91/440, una linea internazionale può essere servita solo da un'associazione internazionale costituita dalle imprese ferroviarie stabilite in ciascuno dei paesi interessati, i «soli soci necessari» per costituire una siffatta associazione internazionale su ciascuna linea sono inevitabilmente le imprese ferroviarie stabilite in ciascuno Stato interessato. Come hanno sottolineato le ricorrenti a proposito, ad esempio, della linea Londra-Amsterdam, al momento dei fatti i soli soci necessari erano la NS e l'EPS, sicché la partecipazione della SNCF e della DB a questa associazione non poteva avere effetti sulla concorrenza attuale giacché, nel contesto determinato dalla direttiva 91/440, nessuna di queste due imprese ferroviarie può far concorrenza all'EPS e alle NS su detta linea. Lo stesso dicasi per ciascuna delle altre tre linee effettivamente servite dall'ENS (v. supra, punto 9). Ne consegue che l'esercizio in comune delle quattro linee di cui trattasi da parte dell'EPS, della DB, della SNCF e della NS non può avere l'effetto di restringere notevolmente la concorrenza attuale tra i fondatori.

142 Quanto alle restrizioni della concorrenza potenziale conseguenti al fatto che ciascuna delle imprese fondatrici potrebbe costituire imprese controllate negli Stati membri degli altri fondatori e costituire con le proprie imprese controllate o con altre imprese ferroviarie stabilite negli altri Stati membri interessati associazioni internazionali, in concorrenza diretta con l'ENS, il Tribunale ritiene che si tratti nella fattispecie di un'ipotesi che non è suffragata da alcun elemento di fatto o da un'analisi delle strutture del mercato pertinente che consenta di concludere che si tratti di una possibilità reale e concreta. Infatti, né la decisione impugnata né il fascicolo contengono indicazioni sull'esistenza di imprese ferroviarie che controllino in altri Stati membri società aventi a loro volta lo status d'impresa ferroviaria, attestanti un esercizio effettivo della libertà di stabilimento sul mercato ferroviario comunitario.

143 A questo proposito si deve sottolineare che, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento disposte dal Tribunale, la Commissione è stata invitata a dichiarare se imprese ferroviarie stabilite negli Stati membri controllino società aventi lo status di impresa ferroviaria, ai sensi della direttiva 91/440, in altri Stati

membri e, in caso di risposta affermativa, a precisare quali siano le imprese ferroviarie costituite dopo l'entrata in vigore della direttiva 91/440. Nella sua risposta la Commissione ha ammesso che non le risultano altre imprese controllate costituite prima o dopo l'adozione della direttiva 91/440 dalle imprese fondatrici dell'ENS, ribadendo tuttavia il suo punto di vista secondo il quale il diritto di stabilimento è conferito direttamente ad ogni impresa ferroviaria interessata dall'art. 52 del Trattato.

144 Il Tribunale considera che detto argomento della Commissione, secondo il quale in teoria non esistono ostacoli giuridici che impediscano alle imprese ferroviarie di insediarsi in uno Stato membro diverso da quello della loro sede sociale, non tiene conto del contesto economico e delle caratteristiche del mercato pertinente quali emergono dal fascicolo e non è quindi sufficiente, di per sé, a dimostrare l'esistenza di restrizioni della concorrenza potenziale tra i fondatori e tra questi e l'ENS.

145 Come le ricorrenti hanno ampiamente esposto nelle loro memorie, tenuto conto della novità e degli aspetti particolari dei servizi di trasporto ferroviario notturno in esame, non sarebbe realistico che i fondatori procedessero alla creazione in altri Stati membri di altre imprese controllate al solo scopo di costituire una nuova impresa comune per far concorrenza all'ENS. Il costo proibitivo dell'investimento necessario per questi servizi che si servono del tunnel sotto la Manica e l'inesistenza di economie di scala realizzabili con la gestione di un'unica linea ferroviaria, in contrapposizione con le quattro linee gestite in comune dall'ENS, dimostrano infatti l'astrattezza di una concorrenza potenziale tra i fondatori e tra questi e l'ENS. Inoltre, come emerge dal fascicolo, dopo la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* della comunicazione della Commissione che invitava le parti interessate a comunicarle le loro osservazioni sugli accordi ENS, come riassunti in detta comunicazione, nessun terzo si è manifestato nel corso del procedimento amministrativo per presentare le sue osservazioni in quanto concorrente potenziale, eventualmente leso o riguardato dall'attuazione degli accordi ENS (v. supra, punto 10). Infine, l'esistenza nella fattispecie di concorrenti attuali o potenziali dell'ENS può anche venire seriamente messa in dubbio tenuto conto del fatto che, come ha riconosciuto la Commissione nelle risposte ai quesiti scritti del

Tribunale, nessuna impresa controllata è stata creata finora da imprese ferroviarie comunitarie in altri Stati membri né prima né dopo l'adozione della direttiva 91/440.

- 146 In base alle considerazioni che precedono, il Tribunale ritiene che la valutazione della Commissione secondo la quale gli accordi ENS possono ridurre notevolmente le restrizioni della concorrenza attuale e/o potenziale tra i fondatori e tra questi e l'ENS sia viziata da insufficienza di motivazione e/o da errore di valutazione.
- 147 Quanto alle restrizioni della concorrenza tra fondatori per il fatto che ciascuna delle imprese ferroviarie firmatarie degli accordi ENS potrebbe costituire un'impresa specializzata come operatore di trasporti o agire direttamente come operatore di trasporti e fare concorrenza all'ENS acquistando dalle imprese ferroviarie interessate gli stessi servizi ferroviari indispensabili, il Tribunale ritiene che questa valutazione della Commissione si fondi del pari su un'analisi del mercato che non corrisponde alla realtà. Infatti, la Commissione parte dall'idea che nel mercato dei trasporti ferroviari di passeggeri, parallelamente alle imprese ferroviarie, vi sia un'altra categoria di operatori economici, gli operatori di trasporti, che fornirebbero gli stessi servizi delle imprese ferroviarie, vale a dire il trasporto di passeggeri, acquistando o prendendo in locazione da queste ultime i «servizi ferroviari indispensabili», vale a dire le motrici, i relativi equipaggi e l'accesso all'infrastruttura. Poiché, la società ENS, secondo la decisione, è un operatore di trasporti, essa potrebbe essere soggetta alla concorrenza delle imprese controllate specializzate come operatori di trasporti, costituite dalle imprese ferroviarie, o di queste ultime che operano direttamente sul mercato come tali, sicché la sua costituzione provocherebbe una restrizione della libertà delle parti di operare singolarmente come operatore di trasporti sul mercato di cui trattasi.
- 148 Tuttavia, l'esame di questa valutazione della Commissione presuppone che si stabilisca se, prescindendo dalle associazioni internazionali contemplate dalla direttiva 91/440, i servizi internazionali di trasporto di passeggeri vengano del pari forniti da

operatori di trasporti. Detta questione in sostanza è stata sollevata dalle ricorrenti nell'ambito del loro secondo motivo e quindi sarà esaminata in tale ambito (v. infra, punti 161-189).

— Sulle restrizioni della concorrenza nei confronti dei terzi

149 Il Tribunale osserva come la decisione impugnata sottolinei che l'accesso dei terzi al mercato interessato rischia di essere ostacolato a motivo, da un lato, dell'esistenza di rapporti privilegiati fra l'ENS e le società madri, che collocano i terzi in posizione concorrenziale sfavorevole per quanto riguarda l'acquisto dei servizi ferroviari indispensabili forniti dalle società madri e, dall'altro, della convenzione sull'uso del tunnel sotto la Manica tra la BR, la SNCF e l'Eurotunnel, che consente alla BR e alla SNCF di conservare una quota importante, vale a dire il 75%, dei segmenti disponibili per i treni internazionali.

150 Per quanto riguarda, anzitutto, i rapporti privilegiati dell'ENS con le imprese ferroviarie interessate, si deve rilevare che l'analisi della Commissione parte dalla premessa che il mercato ferroviario del trasporto di passeggeri sia scisso in due mercati, un mercato a monte, relativo alla fornitura dei «servizi ferroviari indispensabili» (segmenti orari, motrici speciali e relativi equipaggi), ed un mercato a valle, riguardante il trasporto di passeggeri sul quale operano, a fianco delle imprese ferroviarie, operatori di trasporti come l'ENS. Secondo la decisione, le imprese madri potrebbero abusare della loro posizione dominante sul mercato a monte negando a terzi, concorrenti dell'ENS, che operano sul mercato a valle, la fornitura dei servizi ferroviari indispensabili.

151 Tuttavia, anche l'esame di questo aspetto della valutazione della Commissione è subordinato all'accertamento del se vi siano, a prescindere dalle associazioni internazionali, operatori di trasporti operanti anch'essi sui mercati di cui trattasi, punto

che sarà esaminato nell'ambito del secondo motivo, nonché all'accertamento del se i servizi forniti dai fondatori all'ENS possano qualificarsi «servizi o strumenti essenziali», il che rientra nel terzo motivo e va quindi esaminato nell'ambito di quest'ultimo (v. in prosieguo, punti 190-221).

152 Per quanto riguarda, in secondo luogo, gli effetti restrittivi conseguenti alla convenzione sull'uso del tunnel sotto la Manica, il Tribunale ricorda che la decisione della Commissione che ha esentato questa convenzione dal divieto di cui al n. 1 dell'art. 85 del Trattato (in prosieguo: la «decisione Eurotunnel») è stata annullata con sentenza del Tribunale 22 ottobre 1996, cause riunite T-79/95 e T-80/95, SNCF e British Railways/Commissione (Racc. pag. II-1491), in quanto la Commissione aveva commesso un errore di fatto nell'interpretazione delle disposizioni di detta convenzione relative alla ripartizione dei segmenti orari nel tunnel tra la SNCF e la BR, da un lato, e l'Eurotunnel, dall'altro.

153 Il Tribunale, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento da esso disposte, ha invitato le parti a prendere posizione sulla pertinenza della summenzionata sentenza del Tribunale per la presente causa. Nella risposta a tale quesito la Commissione ha sostenuto che detta sentenza è irrilevante per la valutazione della legittimità della decisione impugnata e che emergeva dal punto 47 della stessa che, anche se la BR e la SNCF non fruivano di tutti i segmenti disponibili per i treni internazionali, ne disponevano in misura rilevante. Dal canto loro, le ricorrenti hanno sottolineato che la sentenza del Tribunale conferma che l'accesso al tunnel sotto la Manica non è chiuso e che gli effetti restrittivi della convenzione sull'uso del tunnel nei confronti dei terzi non sono stati valutati correttamente dalla Commissione.

154 Il Tribunale considera che, poiché, da un lato, è proprio sulla «convenzione Eurotunnel» che la Commissione si è fondata per dimostrare, nella decisione impugnata, che l'accesso assertivamente privilegiato della SNCF e della BR ai segmenti orari nel tunnel collocava le imprese concorrenti dell'ENS in posizione concorrenziale sfavorevole, e poiché, d'altro lato, la decisione Eurotunnel è stata annullata dal Tribunale per errore di fatto nell'interpretazione delle disposizioni della detta convenzione relative alla ripartizione dei segmenti, nessun argomento può venirne validamente tratto dalla Commissione per la valutazione degli accordi ENS.

— Sull'accentuazione degli effetti restrittivi della concorrenza derivante dall'esistenza di una rete di imprese comuni

155 Quanto, infine, all'asserita accentuazione delle restrizioni della concorrenza derivante dall'esistenza di reti di imprese comuni (punti 49-53 della decisione), il Tribunale rileva preliminarmente che, secondo la comunicazione della Commissione del 1993 sulla valutazione delle imprese comuni aventi natura di cooperazione, l'esistenza di reti di imprese comuni deve costituire oggetto di un'analisi speciale, siano dette reti create dagli stessi fondatori, da uno dei fondatori con vari associati o, parallelamente, da più fondatori (punto 17 della comunicazione). In particolare, la rete di imprese comuni potrebbe restringere la concorrenza allorché i fondatori concorrenti costituiscono più imprese comuni per prodotti complementari destinati ad essere trasformati da loro stessi o per prodotti non complementari che commercializzano in proprio, aumentando così l'estensione e l'intensità della restrizione della concorrenza. Queste considerazioni sono del pari valide per il settore dei servizi (punto 29 della comunicazione).

156 Nella decisione impugnata la Commissione ha ritenuto che nella fattispecie ciò si verificasse in quanto la BR/EPS, la SNCF, la DB e la NS partecipano in varia misura ad una rete di imprese comuni non solo per la prestazione di servizi di trasporto di merci, ma anche per la gestione di servizi di trasporto di passeggeri, in particolare attraverso il tunnel sotto la Manica. A questo proposito essa si è riferita all'impresa comune ACI, costituita congiuntamente, in particolare, dalla BR e dalla SNCF, che è un operatore di trasporti combinati di merci [decisione della Commissione 27 luglio 1994, 94/594/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'accordo SEE (caso IV/34.518 — ACI) (GU L 224, pag. 28; in prosieguo: la «decisione ACI»)] e all'Autocare Europe, nella quale la BR e la SNCB hanno una partecipazione e che effettua il trasporto ferroviario di autoveicoli. Nelle sue memorie la Commissione inoltre si è richiamata per la prima volta all'impresa comune Intercontainer, creata da 29 imprese ferroviarie, tra le quali la BR e la SNCF, e che opera anch'essa sul mercato del trasporto combinato di merci.

- 157 La decisione impugnata non precisa tuttavia quali siano le imprese comuni costituite dai fondatori per prestare servizi di trasporto di passeggeri. Il Tribunale, nell'ambito di misure d'organizzazione del procedimento, ha invitato la Commissione a precisare quali siano le imprese comuni che operano sul mercato del trasporto di passeggeri e alle quali, secondo il punto 51 della decisione impugnata, partecipano i fondatori dell'ENS. Nelle sue risposte la Commissione ha dichiarato di non aver conoscenza di altre imprese comuni delle imprese fondatrici dell'ENS per il trasporto di passeggeri. Ha tuttavia osservato che «la SNCF, la SNCB e la BR (e, dopo la privatizzazione di quest'ultima, la London & Continental Railways Ltd) partecipano unitamente all'Eurostar per il trasporto viaggiatori tra il Regno Unito e il continente», senza tuttavia sostenere che era all'impresa Eurostar che il punto 51 faceva in realtà implicitamente riferimento. Il Tribunale ritiene quindi che la decisione impugnata, per quanto riguarda l'asserita esistenza di una rete di imprese comuni costituita dai fondatori per il trasporto di passeggeri, sia viziata per difetto di motivazione.
- 158 Quanto alla partecipazione dei fondatori a imprese comuni per il trasporto combinato di merci, emerge dal punto 29 della comunicazione della Commissione del 1993 che, quando i fondatori costituiscono imprese comuni per servizi «non complementari», la concorrenza può venire ristretta allorché detti servizi «non complementari» vengono commercializzati in proprio dai fondatori.
- 159 Il Tribunale osserva che nulla nella decisione impugnata indica che gli stessi fondatori provvedano direttamente alla commercializzazione dei servizi forniti dall'ACI, dall'Intercontainer e dall'Autocare. Nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento il Tribunale ha chiesto alle ricorrenti di precisare se siano esse stesse o un'impresa terza a provvedere alla commercializzazione di servizi di trasporto forniti dalle tre imprese summenzionate. Emerge dalle loro risposte che nessuna delle imprese fondatrici assume la commercializzazione o vende i servizi forniti dall'ACI, dall'Intercontainer o dall'Autocare. Anche se così fosse, il Tribunale osserva che, in ogni caso, la decisione impugnata non spiega i motivi per i quali la partecipazione di taluni o di tutti i fondatori ad una rete di imprese comuni che opera su mercati diversi da quello dell'ENS restringerebbe la concorrenza tra di loro sul piano della costituzione dell'ENS. Ne consegue che la valutazione, da

parte della Commissione, degli effetti aggravanti delle restrizioni della concorrenza derivanti dall'esistenza di una rete di imprese comuni non è sufficientemente motivata.

- 160 Da quanto precede consegue che, per quanto riguarda la valutazione delle restrizioni della concorrenza derivanti dagli accordi ENS, la decisione impugnata è viziata da un difetto o da un'insufficienza di motivazione.

2. Sul secondo motivo, relativo a una violazione del regolamento n. 1017/68 e del quadro normativo istituito dalla direttiva 91/440

Argomenti delle parti

- 161 Le ricorrenti sostengono che la Commissione, prescrivendo la condizione di cui all'art. 2 della decisione impugnata, si è avvalsa delle facoltà che le sono conferite dall'art. 5 del regolamento n. 1017/68 in modo incompatibile con le disposizioni della direttiva 91/440.
- 162 Infatti, la Commissione avrebbe esteso la sfera d'applicazione della direttiva dal momento che, in virtù dell'art. 10, n. 1, i diritti d'accesso alle infrastrutture sarebbero concessi solo alle associazioni internazionali di imprese ferroviarie, come definite nella direttiva, e non già a qualsiasi operatore di trasporti che intende gestire servizi ferroviari. Aggiungono che, allorché esercita le proprie facoltà ai sensi del regolamento n. 1017/68, la Commissione ha, inoltre, l'obbligo di tener conto degli orientamenti fondamentali della politica comune dei trasporti definiti dal Consiglio. Il controllo giurisdizionale della valutazione da parte della Commissione degli accordi ENS, in applicazione dell'art. 85 del Trattato, dovrebbe quindi esercitarsi nel contesto della normativa comunitaria relativa al settore dei trasporti ferroviari, che costituisce il quadro legislativo nel quale dovrebbe operare la concorrenza nell'ambito di detto settore.

163 In particolare, gli elementi fondamentali della politica comune dei trasporti della Comunità nel settore ferroviario sarebbero attualmente definiti nella direttiva 91/440, che avrebbe, per la prima volta, istituito un certo grado di concorrenza intramodale e mirerebbe alla realizzazione dell'obiettivo principale della politica dei trasporti ferroviari, vale a dire il miglioramento dell'efficacia dei trasporti ferroviari e della loro competitività rispetto agli altri mezzi di trasporto. Orbene, in virtù della direttiva, i diritti d'accesso e di transito sarebbero concessi unicamente alle imprese che hanno lo status di impresa ferroviaria e alle associazioni internazionali delle stesse. Inoltre la direttiva riguarderebbe solo i diritti d'accesso all'infrastruttura e non concederebbe diritti relativi alla fornitura di servizi ferroviari come la fornitura della trazione (motrici ed equipaggio di transito). Essa non conterrebbe nemmeno norme che scindono la gestione delle motrici e dell'equipaggio dalla gestione di altri servizi ferroviari, né norme relative alla suddivisione dei servizi di trazione e al pagamento di detti servizi, il che sarebbe conforme alla finalità della direttiva, che è quella di consentire alle imprese ferroviarie di organizzarsi secondo modalità commerciali e di adattarsi alle necessità del mercato, creando in particolare nuovi servizi.

164 Per i motivi che precedono, la distinzione operata dalla Commissione tra imprese ferroviarie e operatori di trasporti costituirebbe quindi una distinzione artificiosa poiché, per motivi che riguardano la sicurezza e la responsabilità per i rischi del trasporto, solo le imprese ferroviarie sarebbero autorizzate a immatricolare vagoni e a trasportare persone sull'infrastruttura ferroviaria. A parte le imprese ferroviarie e le associazioni internazionali che esse creano, nessun altro potrebbe quindi offrire al pubblico servizi di trasporto di passeggeri. Ciò non escluderebbe la possibilità per un'impresa ferroviaria di mettere un intero treno a disposizione, ad esempio, di una catena alberghiera e perfino di concedere i vagoni in locazione, ma, anche in questa ipotesi, l'impresa ferroviaria rimarrebbe l'operatore di trasporti che si accolla tutti i rischi inerenti ai servizi di trasporto. In questo esempio la catena alberghiera, dal canto suo, si limiterebbe a vendere al pubblico i posti a sedere o le cuccette in treno. Secondo le ricorrenti, l'attività essenziale delle imprese ferroviarie non è quella di garantire un servizio di base consistente nel far circolare, su richiesta degli operatori di trasporti, locomotori su reti ferroviarie, consentendo così a tali operatori di agganciare vagoni a un locomotore di un'impresa ferroviaria e di farli circolare su un determinato percorso, ma di fornire direttamente al pubblico servizi integrati di trasporto di passeggeri.

- 165 D'altro canto, secondo le ricorrenti, anche se è un'impresa comune creata da quattro imprese ferroviarie, l'ENS costituisce in realtà un'associazione internazionale di imprese ferroviarie ai sensi dell'art. 3 della direttiva 91/440 e non un «operatore di trasporti». Emergerebbe dall'art. 5, n. 3, della direttiva 91/440 che le imprese ferroviarie sono libere di costituire con «una o più» altre imprese ferroviarie un'associazione internazionale, senza che sia imposta una forma giuridica specifica per detta associazione. La Commissione non potrebbe nemmeno inferire dagli accordi di gestione stipulati tra l'ENS e la SNCB che l'ENS costituisca un operatore di trasporti. Infatti, sarebbe su base volontaria che la SNCB avrebbe deciso, prima di rinunciare definitivamente alla linea Bruxelles-Glasgow/Plymouth, di fornire all'ENS «servizi ferroviari indispensabili», e non già a motivo di un obbligo qualsiasi scaturente dalla direttiva 91/440 o dal diritto comunitario della concorrenza.
- 166 Ne conseguirebbe che l'ENS non è un operatore di trasporti attivo su un mercato a valle, diverso da quello sul quale operano i suoi fondatori, ma, per l'appunto, dato il suo status di associazione internazionale di imprese ferroviarie, uno strumento tramite il quale i suoi fondatori offrono trasporti ferroviari al pubblico. Questa distinzione del mercato ferroviario generale in un mercato a valle e in un mercato a monte, operata dalla Commissione per dimostrare che l'ENS è un operatore di trasporti, sarebbe tanto più artificiosa in quanto, per quel che riguarda il trasporto di passeggeri, diversi servizi di trasporto sarebbero forniti con «treni a motrice integrata», in cui la motrice è solo una parte inseparabile dal resto del treno, sicché, anche sotto un profilo puramente tecnico, sarebbe impossibile distinguere tra questi due mercati.
- 167 Analogamente, il fatto che l'ENS debba procurarsi la trazione presso imprese ferroviarie per offrire i suoi servizi non la priverebbe della sua qualità di associazione internazionale ai sensi dell'art. 3 della direttiva, poiché basterebbe che l'ENS sia l'emanazione di dette imprese ferroviarie, che sono, per definizione, in grado di fornire la trazione. È ad un'associazione siffatta che è riservato il vantaggio dei diritti d'accesso all'infrastruttura ferroviaria degli Stati membri nei quali sono insediate le sue imprese fondatrici. Accogliere il punto di vista della Commissione equivarrebbe invece a consentire a qualsiasi impresa di offrire servizi di trasporto internazionali di passeggeri, mentre invece essa non è emanazione di imprese ferroviarie e non è quindi in grado di fornire la trazione tramite le stesse.

- 168 Le ricorrenti aggiungono che la creazione di questa nuova categoria di operatori di trasporti, unita al fatto che i servizi ferroviari indispensabili sono considerati come «infrastrutture essenziali», avrebbe l'effetto di svuotare di contenuto la direttiva 91/440, in quanto, nella presunta veste di operatore di trasporti, un'impresa ferroviaria potrebbe in realtà richiedere l'accesso alle reti in taluni Stati membri senza dover rispondere alle condizioni prescritte dalla direttiva, vale a dire essere insediata in uno di detti Stati membri o avere costituito un'associazione con un'impresa ferroviaria insediata in uno di detti Stati membri.
- 169 Le ricorrenti sostengono inoltre che, imponendo alle imprese ferroviarie di fornire le motrici e il relativo equipaggio agli operatori di trasporti a condizioni tecniche e finanziarie identiche a quelle concesse alla loro associazione, la Commissione avrebbe messo in non cale il fatto che il diritto d'accesso all'infrastruttura è subordinato alla condizione preliminare di poter fornire la trazione e quindi di avere la qualifica di impresa ferroviaria o di associazione di imprese ferroviarie. Una siffatta condizione sarebbe inoltre incompatibile con la finalità, perseguita dalla direttiva, di garantire alle imprese ferroviarie uno status di gestore indipendente, che consenta loro di comportarsi secondo modalità commerciali, di adattarsi alle necessità del mercato (terzo 'considerando') e, a questo scopo, di assicurare loro la libertà di «disciplinare le modalità della fornitura e della commercializzazione dei servizi e stabilirne la tariffazione» (art. 5, n. 3, della direttiva 91/440).
- 170 Infine, l'UIC e la NS sostengono che la decisione impugnata ha avuto il risultato di compromettere il diritto di costituire associazioni internazionali, in quanto la Commissione interpreta l'art. 85, n. 1, del Trattato in modo tale che la costituzione di qualsiasi associazione internazionale costituirebbe ormai una violazione di questo articolo. Secondo le ricorrenti, anche se la creazione di un'associazione internazionale potesse venir esentata dal divieto dell'art. 85, n. 1, ai sensi dell'art. 85, n. 3, resterebbe il fatto che le condizioni alle quali la Commissione ha subordinato nella fattispecie detta esenzione, vale a dire una durata limitata a sette anni e l'obbligo di fornire a qualsiasi operatore di trasporti i servizi ferroviari indispensabili alle stesse condizioni praticate all'ENS, renderebbero illusoria l'applicazione della direttiva 91/440. Le condizioni imposte dalla Commissione costringerebbero indirettamente gli aderenti ad associazioni internazionali a fornire alla loro associazione i loro «servizi ferroviari indispensabili» a condizioni non privilegiate,

privandoli così della loro libertà di determinare le condizioni commerciali alle quali essi forniscono i loro servizi ai terzi. Gli aderenti ad un'associazione potrebbero quindi essere obbligati a condividere con qualsiasi terzo il vantaggio della loro cooperazione, mentre quest'ultimo non avrebbe contribuito né alle spese della realizzazione di un progetto innovatore né si sarebbe accollato i rischi commerciali che ne conseguono.

- 171 La Commissione sostiene che l'argomento secondo il quale le norme di concorrenza del Trattato CE non si applicherebbero ai trasporti ferroviari è contrario alla giurisprudenza in materia e dovrebbe quindi venire disatteso (v. sentenze della Corte 4 aprile 1974, causa 167/73, Commissione/Francia, Racc. pag. 359, e 30 aprile 1986, cause riunite 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 e 213/84, Asjes e a., Racc. pag. 1425).
- 172 Essa sottolinea che la partecipazione combinata delle quattro imprese ferroviarie non è nella fattispecie indispensabile per gestire le linee interessate dagli accordi ENS. Essa ritiene che ciascuna linea sulla quale opera l'ENS potrebbe venire gestita da un'associazione internazionale costituita da due imprese ferroviarie insediate rispettivamente nello Stato membro di partenza e nello Stato membro di destinazione finale. Così, la linea Londra-Francoforte/Dortmund potrebbe venire gestita da un'associazione composta dalla BR e dalla DB, che hanno diritti d'accesso alle infrastrutture nei loro Stati di insediamento rispettivi e diritti di transito in Belgio, in Francia e nel tunnel sotto la Manica. Analogamente, il servizio tra Londra e Amsterdam potrebbe venire gestito da un'associazione composta da BR e dalla NS, che hanno diritti d'accesso nel Regno Unito e nei Paesi Bassi e diritti di transito in Belgio, in Francia e nel tunnel sotto la Manica.
- 173 Secondo la Commissione, questa analisi sarebbe corroborata da tre elementi. In primo luogo, l'ENS non sarebbe un'impresa ferroviaria ai sensi della direttiva, bensì un operatore di trasporti che, per fornire i servizi ferroviari notturni di cui trattasi, acquisterebbe i servizi ferroviari necessari presso imprese ferroviarie. La Commissione non accetta l'argomento delle ricorrenti secondo il quale l'ENS sarebbe solo uno strumento tramite il quale le imprese fondatrici potrebbero offrire, nell'ambito legale fissato dalla direttiva 91/440, servizi internazionali di trasporto ferroviario al pubblico. Infatti, l'ENS non eserciterebbe direttamente il

diritto concesso dalla direttiva alle associazioni internazionali di imprese ferroviarie, vale a dire il diritto di gestire i loro treni fornendo la trazione ferroviaria di cui dispongono, poiché deve acquistare detti servizi presso le sue imprese fondatrici e presso la SNCB. Di conseguenza l'ENS esulerebbe dalla sfera disciplinata dalla direttiva poiché è, in realtà, solo una variante della forma tradizionale di cooperazione tra imprese ferroviarie e, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, l'ENS e le imprese ferroviarie interessate non opererebbero così sullo stesso mercato. Dunque, l'argomento secondo il quale la decisione sarebbe in contraddizione con la direttiva e amplierebbe la categoria delle imprese autorizzate ad accedere all'infrastruttura ferroviaria sarebbe privo di pertinenza. A sostegno del suo argomento, secondo il quale l'ENS e le imprese fondatrici operano su due mercati diversi, la Commissione invoca la giurisprudenza secondo la quale si deve, in taluni casi, distinguere tra due mercati che pur essendo connessi, rimangono ciononostante distinti (sentenze della Corte 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, Racc. pag. 223, 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione, Racc. pag. 1869, e 3 ottobre 1985, causa 311/84, CBEM, Racc. pag. 3261; sentenze del Tribunale 10 luglio 1991, causa T-69/89, RTE/Commissione, Racc. pag. II-485, e causa T-70/89, BBC/Commissione, Racc. pag. II-535).

- 174 Quanto all'argomento delle ricorrenti secondo il quale la distinzione tra mercato dei servizi di trasporto e mercato dei servizi ferroviari indispensabili è tanto più ingiustificata in quanto molti dei servizi di trasporto nel settore del trasporto passeggeri sono svolti da «treni a motrice integrata», nei quali la motrice è una parte indissociabile dal complesso del treno, la Commissione ribatte che la stessa ENS ottiene solo la motrice dalle imprese fondatrici, mentre i vagoni provengono da altra fonte.
- 175 In secondo luogo, la linea Bruxelles-Glasgow/Plymouth sarebbe gestita dall'ENS anche se la SNCB non ha aderito all'accordo, il che dimostrerebbe che la partecipazione di ciascuna delle quattro imprese ferroviarie stabilite negli Stati membri di cui trattasi non è una condizione sine qua non per la gestione dei servizi di cui trattasi.

- 176 In terzo luogo, la BR, la SNCF e l'Intercontainer avrebbero formato un'impresa comune denominata ACI, specializzata nel trasporto combinato di merci tra il Regno Unito e il continente, che non sarebbe essa nemmeno un'impresa ferroviaria ai sensi della direttiva, bensì un operatore di trasporti, che, d'altronde, non annovera tra i suoi azionisti che due imprese ferroviarie e che opererebbe in modo analogo all'ENS, vale a dire acquistando i servizi ferroviari indispensabili presso imprese ferroviarie per fornire prestazioni di trasporto.
- 177 La Commissione sostiene inoltre che gli operatori di trasporti che non hanno lo status di imprese ferroviarie, e che non dispongono quindi dei diritti d'accesso all'infrastruttura ferroviaria, devono ciononostante poter proporre prestazioni di trasporto ferroviario acquistando da imprese ferroviarie i servizi di trazione e i diritti d'accesso all'infrastruttura, al pari dell'ENS e dell'ACI. Ne conseguirebbe che il diritto di offrire servizi di trasporto ferroviario di passeggeri non potrebbe essere riservato all'ENS. Il presidente dell'ENS avrebbe d'altro canto, con lettera del 13 aprile 1994 indirizzata alla Commissione (controricorso, allegato 6), confermato l'accordo delle imprese ferroviarie per fornire i servizi necessari ai concorrenti sulle stesse linee. Secondo la Commissione, anche prima della lettera precitata, l'ENS, con lettera del 4 giugno 1992, l'avrebbe informata della decisione delle parti notificanti di fornire «incondizionatamente» la trazione e gli altri servizi indispensabili a concorrenti dell'ENS che operano sulle linee gestite dall'ENS.
- 178 La Commissione considera d'altro canto che l'indipendenza delle imprese ferroviarie non è affatto compromessa dalla condizione prescritta. Come tutte le imprese comunitarie, dette imprese sarebbero soggette all'obbligo di non discriminazione e alle norme del diritto della concorrenza, come si desumerebbe dalle sentenze della Corte Commissione/Francia e Asjes e a., già citate.
- 179 Infine, la Commissione respinge la critica delle ricorrenti secondo la quale, da un lato, essa ritiene che qualsiasi associazione internazionale rientri nella sfera d'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato e, d'altro canto, impone alle notificanti condizioni dissuasive, che compromettono gli obiettivi della direttiva 91/440 e la

creazione di altre associazioni internazionali. Lo stimolo alla costituzione di dette associazioni non implicherebbe che tutte le associazioni internazionali di imprese ferroviarie debbano automaticamente essere considerate compatibili con il diritto comunitario della concorrenza.

Giudizio del Tribunale

180 Il Tribunale osserva che, secondo la decisione impugnata, le imprese ferroviarie interessate sono presenti su due mercati, un mercato a monte, cioè il mercato della fornitura dei servizi ferroviari indispensabili, e un mercato a valle, cioè il mercato della prestazione di servizi di trasporto di passeggeri. Su quest'ultimo mercato opererebbero non solo le imprese ferroviarie, ma anche una diversa categoria di imprese, gli operatori di trasporti, i quali, tuttavia, per poter operare su questo mercato, devono acquistare previamente i servizi ferroviari indispensabili forniti dalle imprese ferroviarie sul mercato a monte. L'ENS costituirebbe, secondo la Commissione, un esempio concreto di questa categoria di operatori di trasporti, sicché qualsiasi trattamento privilegiato ad essa riservato dalle imprese notificanti dovrebbe essere concesso anche a terzi, siano essi associazioni internazionali o operatori di trasporti, alle stesse condizioni tecniche e finanziarie. Infine, secondo l'art. 2 della decisione, i servizi indispensabili di cui trattasi riguardano la fornitura della motrice, del relativo equipaggio e del segmento orario sulle singole reti nazionali nonché nel tunnel sotto la Manica.

181 Si deve quindi accertare se, prescrivendo ai fondatori la condizione che i servizi ferroviari indispensabili siano forniti non solo ad associazioni internazionali, ma anche ad operatori di trasporti, come l'ENS, la Commissione, come sostengono le ricorrenti, abbia applicato le norme sulla concorrenza in violazione del quadro normativo creato dalla direttiva 91/440, sicché la decisione impugnata sarebbe viziata da sviamento di potere o da incompetenza. Un siffatto esame implica che si risolva in primo luogo la questione se l'ENS costituisca un operatore di trasporti,

come sostiene la Commissione, o invece un'associazione internazionale ai sensi della direttiva 91/440, come sostengono le ricorrenti. In base alla soluzione di detta questione si dovrà esaminare anche l'esattezza dell'analisi della Commissione sulle restrizioni della concorrenza tra fondatori conseguenti al fatto che ciascuna delle imprese ferroviarie aderenti agli accordi ENS potrebbe creare un'impresa specializzata come operatore di trasporti o agire direttamente come operatore di trasporti e fare concorrenza all'ENS acquistando dalle imprese ferroviarie interessate gli stessi servizi ferroviari indispensabili (v. supra, punti 147 e 148).

182 Il Tribunale osserva che nell'art. 3 della direttiva 91/440 un'associazione internazionale è definita come «qualsiasi associazione comprendente almeno due imprese ferroviarie stabilite in Stati membri diversi che abbia lo scopo di fornire prestazioni di trasporto internazionale tra Stati membri». Detta disposizione non definisce le forme precise che deve assumere tale associazione. Infatti, l'elemento essenziale che si desume dalla citata definizione è che deve trattarsi di una forma di associazione che renda possibile la fornitura delle prestazioni di servizi di trasporto internazionali, indipendentemente, quindi, dalla forma prescelta a questo scopo. Pertanto il Tribunale ritiene che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, mancando una definizione precisa nel testo della direttiva 91/440, l'uso della nozione di «associazione internazionale» non possa essere riservato alle sole forme d'associazione aventi natura di «cooperazione» tra imprese ferroviarie («accordi tradizionali di gestione in comune»), escludendone qualsiasi altra forma di società, come un'impresa comune di natura cooperativa o addirittura di natura concentrativa.

183 Questa conclusione non è inficiata dall'argomento secondo il quale, in base all'art. 2 della direttiva 91/440, questa si applica soltanto alle imprese ferroviarie, vale a dire alle sole imprese la cui attività principale è il trasporto di merci e/o di viaggiatori per ferrovia e che provvedono direttamente alla trazione (art. 3 della direttiva 91/440), sicché l'ENS, in quanto acquista la trazione dalle imprese notificanti, non potrebbe avvalersi delle disposizioni della direttiva e della qualità di associazione internazionale. In primo luogo, come la Commissione stessa ha sottolineato nelle sue memorie, al momento dell'adozione della direttiva 91/440 è stato precisato, in una dichiarazione da essa fatta congiuntamente al Consiglio, che la nozione di trazione non implicava necessariamente la proprietà di quest'ultima. Anche se siffatte dichiarazioni sono prive di valore giuridico, sta di fatto che la Commissione

già si attiene a questa dichiarazione nella sua prassi decisionale in materia, come emerge dal punto 6 della sua decisione 24 febbraio 1993, 93/174/CEE, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/34.494 — Strutture tariffarie nei trasporti combinati di merci) (GU L 73, pag. 38), secondo il quale «si deve intendere per impresa ferroviaria qualsiasi impresa stabilita o che intende stabilirsi in uno Stato membro e che dispone dei mezzi di trazione ferroviaria, fermo restando che il concetto di trazione non implica necessariamente la proprietà del relativo materiale, né l'impiego del proprio personale».

184 In secondo luogo, poiché, come si è rilevato, un'associazione internazionale può assumere la forma di impresa comune cooperativa, come l'ENS, deriva dalla natura stessa di detta forma che i fondatori, in qualità di imprese ferroviarie che esercitano i diritti loro conferiti dalla direttiva, possono, invece di dotare direttamente la loro impresa comune del materiale e del personale necessario per lo svolgimento della sua attività sul mercato, fornirli ad essa in base ad accordi di cooperazione con essa stipulati, senza che tale scelta di organizzazione del funzionamento dell'impresa comune possa incidere sulla sua qualificazione giuridica di associazione internazionale ai sensi della direttiva 91/440. Infatti, come hanno spiegato le ricorrenti nelle risposte scritte ai quesiti del Tribunale e nel corso dell'udienza, senza essere contraddette dalla Commissione, la scelta di fornire all'ENS le motrici e i relativi equipaggi in base ad accordi di gestione era dovuta unicamente a considerazioni di ordine fiscale e non già al fatto che l'ENS si considerava operare sul mercato come operatore di trasporti. Il fatto che l'ENS non sia registrata nel Regno Unito come impresa ferroviaria, come hanno comunicato le ricorrenti nelle loro risposte ai quesiti scritti del Tribunale, non incide affatto sulla sua qualificazione giuridica come associazione internazionale, in quanto, come la stessa Commissione ha dichiarato all'udienza, le licenze ferroviarie delle imprese fondatrici sono sufficienti affinché i treni dell'ENS possano circolare sulle linee di cui trattasi.

185 In terzo luogo, emerge dal fascicolo che, come hanno sostenuto le ricorrenti, nel contesto economico del settore ferroviario l'attività di operatore di trasporti è ancora un'attività non praticata nel ramo passeggeri. D'altro canto, né nella decisione impugnata né nelle sue memorie la Commissione ha fornito esempi di una siffatta categoria di imprese in materia di trasporto ferroviario di passeggeri. Il riferimento della Commissione all'impresa ACI non è pertinente sotto questo

aspetto. Infatti, tale riferimento non tiene conto delle particolarità del mercato ferroviario del trasporto di passeggeri, che si distingue nettamente dal mercato del trasporto combinato di merci nel quale l'ACI opera effettivamente come operatore di trasporti. In particolare, nel mercato del trasporto combinato di merci le imprese ferroviarie non vendono prestazioni di trasporto direttamente ai caricatori, salvo in rarissimi casi di spedizioni molto consistenti. In questo mercato le prestazioni di trasporto combinato sono organizzate e vendute ai caricatori da operatori di trasporti combinato, che eventualmente sono imprese controllate da imprese ferroviarie. Questi operatori sono imprese di trasporto che dispongono di materiale specifico, vale a dire apparecchi per la manutenzione e vagoni speciali, e che, per realizzare le loro prestazioni di servizi, devono acquistare i servizi di trazione ferroviaria e l'accesso alle infrastrutture presso le imprese ferroviarie che sono le uniche in grado di fornirli (v. punti 6-8 della decisione ACI, citata, e decisione della Commissione 29 marzo 1994, 94/210/CE, riguardante un procedimento a termini degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (GU L 104, pag. 34, punti 10-12).

- 186 Orbene, mentre attualmente il mercato ferroviario del trasporto combinato di merci è caratterizzato da una certa apertura, nel senso che le imprese ferroviarie non sono le uniche ad operarvi, la stessa cosa non si verifica sul mercato del trasporto di passeggeri, ove operano unicamente le imprese ferroviarie e, in certa misura, le associazioni internazionali delle stesse.
- 187 Ne consegue che la Commissione non può validamente richiamarsi alle caratteristiche di un mercato separato e distinto, vale a dire il mercato del trasporto combinato di merci, onde giustificare la qualifica dell'ENS come operatore di trasporti.
- 188 Questa conclusione non può nemmeno venire inficiata dal fatto che l'ENS doveva inizialmente servire la linea Bruxelles-Glasgow/Plymouth, mentre la SNCB, dalla quale l'ENS aveva ottenuto il diritto d'accesso all'infrastruttura belga, non rientra tra i suoi fondatori. Infatti, come hanno osservato le ricorrenti, si trattava nella fattispecie di un accordo di cooperazione tradizionale tra varie reti. Inoltre, la

possibilità dell'ENS, in quanto associazione internazionale ai sensi della direttiva 91/440, di stipulare siffatti accordi con imprese ferroviarie terze per ottenere un accesso contrattuale alla loro infrastruttura non è compromessa da detta direttiva.

189 Il Tribunale ritiene — senza dover esaminare se la Commissione abbia commesso uno sviamento di potere o se la decisione impugnata sia viziata per incompetenza — che emerge da quanto precede che la tesi della Commissione relativa alla qualificazione giuridica dell'ENS in quanto operatore di trasporti è fondata su premesse erranee. D'altro canto, poiché, come si è rilevato, l'attività di operatore di trasporti è un'attività estranea alle realtà attuali del mercato ferroviario del trasporto di passeggeri, la tesi della Commissione relativa alle restrizioni della concorrenza tra fondatori connesse al fatto che ciascuno di loro potrebbe operare sul mercato di cui trattasi, in quanto operatore di trasporti, in concorrenza con l'ENS e gli altri fondatori (v. sopra, punto 147), parte del pari dalle stesse premesse erranee e non può neanch'essa venire accolta (v. supra, punto 148).

3. Sul terzo motivo, relativo alla sproporzionalità e alla superfluità della condizione imposta nell'art. 2 della decisione impugnata

Argomenti delle parti

190 L'EPS, l'ENS e la SNCF sostengono che la Commissione, imponendo alle notificanti l'obbligo di fornire ad altre associazioni internazionali e ad altri operatori di trasporti gli stessi servizi ferroviari indispensabili che forniscono all'ENS, avrebbe proceduto ad un'applicazione erronea della teoria delle «infrastrutture essenziali» in quanto, a parte la fornitura dei segmenti orari, prescritta dalla direttiva 91/440 a determinate condizioni, nessuno dei servizi forniti dall'ENS può soddisfare le condizioni per l'applicazione di questa teoria. La NS aggiunge a questo proposito che un siffatto obbligo avrebbe l'effetto non solo di compromettere gli sforzi compiuti

dalle imprese ferroviarie per costituire associazioni internazionali, ma anche di obbligarle a condividere con terzi i frutti della loro cooperazione mentre questi ultimi non hanno dovuto accollarsi i rischi commerciali che vi sono connessi. Secondo la NS, gli effetti economici dell'obbligo delle imprese ferroviarie di fornire ad operatori di trasporti servizi indispensabili, a condizioni che esse non possono determinare liberamente, equivarrebbe ad un esproprio.

¹⁹¹ Le ricorrenti sostengono inoltre che la teoria delle infrastrutture essenziali si applica solo nell'ambito dell'art. 86, allorché un'impresa rifiuta ai concorrenti l'accesso ad impianti o a servizi che sono essenziali tanto per la competitività del concorrente quanto per l'esistenza della concorrenza.

¹⁹² Nella fattispecie la Commissione non avrebbe fatto distinzione tra gli impianti o i servizi che presentano semplicemente un vantaggio per i concorrenti e quelli che sono essenziali per la conservazione della concorrenza. In particolare quest'ultima condizione non sarebbe stata esaminata, in quanto, da un lato, anche se il possesso o il controllo dell'infrastruttura possono considerarsi «impianto o servizio essenziale», l'accesso all'infrastruttura medesima è garantito alle associazioni internazionali dalla direttiva 91/440 e, d'altro canto, per quanto riguarda le motrici impiegate per i servizi notturni attraverso il tunnel sotto la Manica e il personale di guida o di gestione, la decisione non contiene la minima prova che le imprese ferroviarie vi abbiano un accesso esclusivo o che qualsiasi concorrente attuale o potenziale abbia difficoltà ad ottenerle. A questo proposito l'ENS e l'EPS sostengono che le motrici concepite specialmente per la traversata del tunnel sotto la Manica o che possono circolarvi potrebbero venire acquistate presso i costruttori o prese in locazione presso altri gestori di servizi ferroviari su un mercato libero. La Commissione non avrebbe nemmeno esaminato la questione della disponibilità delle motrici o del personale viaggiante e non avrebbe dimostrato che vi è penuria di personale ferroviario qualificato. Inoltre, la condizione imposta obbligherebbe le imprese ferroviarie a fornire i servizi ferroviari necessari ad associazioni internazionali e ad operatori di trasporti sulla loro rete, vale a dire oltre e fuori degli itinerari di cui trattasi.

- 193 Le ricorrenti considerano poi che la condizione imposta non è necessaria. Da un lato, sarebbe priva di rapporto con la prima restrizione della concorrenza identificata nella decisione, vale a dire quella che esisterebbe tra le parti a seguito della creazione dell'impresa comune. D'altro canto, non avrebbe alcuna giustificazione per quanto riguarda la restrizione di concorrenza nei confronti dei terzi, scaturente dalla posizione dominante di cui godrebbero le società madri dell'ENS nella fornitura dei servizi ferroviari nel loro Stato membro d'origine. Anzitutto, nessuna delle imprese ferroviarie avrebbe instaurato rapporti esclusivi con l'ENS, sicché esse sarebbero libere di far fruire qualsiasi altra impresa delle loro motrici, del loro personale e di tutta la rete ferroviaria per la quale godono di diritti. D'altro canto, poiché i mercati dei viaggi d'affari e dei viaggi turistici sugli itinerari di cui trattasi sono del pari sfruttati dai trasporti aerei, dagli autobus e dagli autoveicoli privati, l'ENS non occuperebbe una posizione dominante e il diniego di fornire a un terzo i servizi contemplati dalla decisione non avrebbe quindi effetto sulla concorrenza su detti mercati a valle. Ne conseguirebbe che non è indispensabile che un futuro prestatore di servizi di trasporto di viaggiatori ottenga i servizi ferroviari di cui trattasi per essere presente sul mercato, come definito nella decisione. Comunque sia, la Commissione non avrebbe fornito alcuna prova proveniente da terzi, in particolare da operatori attuali o potenziali di servizi concorrenti, a sostegno della sua affermazione secondo la quale l'impresa comune rischia di collocare gli altri operatori in posizione sfavorevole. La preoccupazione della Commissione sarebbe quindi puramente ipotetica.
- 194 La Commissione ricorda in primo luogo che una condizione analoga è stata imposta dalla decisione ACI, in quanto l'ACI è un'impresa comune della BR, della SNCF e della Intercontainer per il trasporto di merci tra il Regno Unito e il continente, e invoca il fatto che detta decisione non è stata impugnata da parte delle imprese fondatrici.
- 195 La Commissione precisa inoltre che la condizione imposta non prescrive la fornitura ai terzi, da parte delle imprese fondatrici dell'ENS, di tutti i servizi che queste forniscono alla loro impresa controllata comune (pulizia, vendita) e, in particolare, che nessun obbligo è imposto alle imprese fondatrici dell'ENS per quanto riguarda i vagoni, il cui costo d'acquisto costituisce tuttavia, secondo le stesse imprese fondatrici, il principale ostacolo all'entrata sul mercato.

- 196 Essa osserva d'altro canto che l'accesso all'infrastruttura ferroviaria è attualmente controllato dalle imprese ferroviarie in veste di gestori dell'infrastruttura e che l'accesso all'infrastruttura costituisce una barriera importante per l'entrata nel segmento ferroviario del mercato di cui trattasi. Poiché i gestori dell'infrastruttura e l'impresa ferroviaria costituiscono un'entità distinta, l'obbligo derivante per dette imprese dalla condizione prescritta sarebbe privo d'effetto.
- 197 Quanto alle motrici specializzate con il loro equipaggio, essa osserva che, pur se possono teoricamente appartenere ad enti diversi dalle imprese ferroviarie fondatrici dell'ENS e potrebbero eventualmente venire acquistate o affittate dagli operatori di trasporti, solo le imprese ferroviarie fondatrici dell'ENS le possiedono effettivamente. Esisterebbe quindi un'impossibilità reale e pratica di trovare un'alternativa per gli operatori di trasporti. In queste condizioni sarebbe innegabile che, sul mercato dei servizi essenziali, le imprese ferroviarie occupano una posizione dominante, il che, in base alla giurisprudenza della Corte e del Tribunale (sentenze Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Commissione, CBEM, RTE/Commissione, e BBC/Commissione, già citate), giustificerebbe la condizione imposta.
- 198 Quanto alla critica relativa alla sproporzionalità della condizione imposta, essa sottolinea che il diritto d'accesso all'infrastruttura, riservato dalla direttiva alle imprese ferroviarie e alle associazioni internazionali di dette imprese, non significa che altri operatori di trasporti non possano gestire servizi identici a quelli proposti dall'ENS. Poiché le sole imprese ferroviarie hanno accesso all'infrastruttura e il nuovo venuto non è autorizzato dalla direttiva a chiedere direttamente un segmento orario ai gestori delle infrastrutture di cui trattasi, le imprese ferroviarie dovrebbero fornire un segmento orario agli operatori onde assicurare loro l'accesso al mercato. Inoltre, solo i servizi ferroviari indispensabili per entrare sul segmento ferroviario dei mercati pertinenti sarebbero interessati dalla condizione imposta, sicché questa non sarebbe sproporzionata e consentirebbe di garantire la presenza di più operatori di trasporti ferroviario al fine di intensificare la concorrenza con altri modi di trasporto.

- 199 La Commissione contesta, d'altro canto, l'interpretazione secondo la quale la condizione imposta alle imprese ferroviarie interessate le obbligherebbe a fornire i servizi ferroviari indispensabili su tutte le reti, vale a dire oltre le linee di cui trattasi. L'obbligo suddetto riguarderebbe infatti solo l'accesso ai mercati designati nella decisione impugnata.
- 200 Infine, la Commissione sostiene che il carattere non esclusivo dell'accordo tra le imprese ferroviarie e l'ENS è privo di qualsiasi pertinenza. Infatti, poiché nell'ambito dell'accordo le imprese ferroviarie condividono le perdite e i profitti dell'ENS, sarebbe poco probabile che queste stesse imprese intendano fornire servizi a concorrenti potenziali.
- 201 Il Regno Unito, interveniente, sostiene che la condizione imposta non poteva considerarsi indispensabile poiché, al punto 65 della sua decisione, la Commissione aveva già ritenuto che le restrizioni della concorrenza fossero necessarie nella fattispecie. La giustificazione invocata, relativa alla necessità di garantire la presenza sul mercato di operatori di trasporti ferroviario concorrenti dell'ENS, sarebbe inoltre inadeguata in quanto non esisterebbero siffatti operatori concorrenti. Per questo motivo la Commissione avrebbe alterato le condizioni di concorrenza incoraggiando taluni operatori, in modo artificioso, a penetrare sul mercato, cosa che non le è consentita in base all'art. 13 del regolamento n. 1017/68.
- 202 La decisione contestata sarebbe del pari viziata da un difetto di motivazione, in quanto non esporrebbe in modo adeguato e sufficiente i motivi per i quali la Commissione ha applicato la teoria delle «infrastrutture essenziali». Comunque sia, le condizioni prescritte per l'applicazione di questa teoria non sussisterebbero. Da un lato, poiché le imprese ferroviarie non occupano una posizione dominante sui mercati indicati dalla Commissione nella sua decisione, i servizi ferroviari di cui trattasi non possono definirsi essenziali per l'ingresso dei concorrenti su detti mercati. La giustificazione della condizione imposta, fondata sulla segmentazione dei mercati di cui trattasi, dimostrerebbe d'altro canto l'imperfezione del ragionamento della Commissione, che sotto questo aspetto sarebbe in contraddizione con l'analisi del mercato esposta nella decisione. D'altro canto, poiché indica nella sua decisione

che gli aderenti agli accordi ENS devono fornire i «servizi ferroviari indispensabili» ai nuovi venuti se questi ultimi non sono in grado di fornirli direttamente, la Commissione riconoscerebbe implicitamente che le imprese ferroviarie non sono le uniche che controllano gli impianti e i servizi l'accesso ai quali è considerato essenziale, sicché la condizione imposta sarebbe ingiustificata in fatto.

203 Rispondendo al Regno Unito, la Commissione deduce, anzitutto, che la constatazione che un accordo che crea un'impresa comune comporta restrizioni di concorrenza ritenute necessarie non significa che tutte le restrizioni siano indispensabili. La condizione imposta sarebbe per l'appunto destinata ad evitare che le restrizioni di concorrenza eccedano ciò che è indispensabile. D'altro canto, la condizione imposta rifletterebbe una preoccupazione distinta dalla teoria delle «infrastrutture essenziali», mirante nella fattispecie a consentire che le condizioni di esenzione prescritte dall'art. 85, n. 3, del Trattato e dell'art. 5 del regolamento n. 1017/68 siano soddisfatte.

204 Infine, la Commissione osserva che, su un mercato composito come quello definito nella decisione, non è necessario che le barriere all'accesso siano erette su tutti i segmenti del mercato. Adottando questo criterio ne conseguirebbe che, in caso di prevalenza di un modo di trasporto su un mercato multimodale, solo gli ostacoli all'accesso dei terzi a questo modo di trasporto rientrerebbero nell'art. 85 del Trattato, mentre gli altri modi esulerebbero dall'applicazione del diritto della concorrenza.

Giudizio del Tribunale

205 Il Tribunale osserva che, secondo il punto 79 della decisione contestata, la condizione di cui all'art. 2 del suo dispositivo è stata imposta onde «evitare che le restrizioni di concorrenza eccedano quanto è indispensabile».

- 206 Orbene, come risulta dall'esame del primo e del secondo motivo effettuato dal Tribunale, si deve ritenere che la Commissione non abbia valutato correttamente e sufficientemente nella decisione impugnata il contesto economico e giuridico nel quale rientrano gli accordi ENS. Di conseguenza, non è dimostrato che gli accordi ENS siano restrittivi della concorrenza, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e, quindi necessitino di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Pertanto, mancando nella decisione impugnata elementi di analisi pertinenti relativi alla struttura e al funzionamento del mercato sul quale opera l'ENS, nonché il grado di concorrenza prevalente su detto mercato e, di conseguenza, alla natura e all'ampiezza delle asserite restrizioni della concorrenza, la Commissione non era in grado di valutare se la condizione imposta dall'art. 2 della decisione impugnata sia o meno indispensabile nell'ambito di un'esenzione eventuale ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato.
- 207 Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui la Commissione avesse proceduto ad una valutazione sufficiente e corretta delle restrizioni della concorrenza di cui trattasi, si dovrebbe esaminare se, imponendo alle parti notificanti la condizione che i segmenti orari, le motrici e il relativo equipaggio siano forniti ai terzi alle stesse condizioni praticate all'ENS, in quanto sono indispensabili o costituiscono, come hanno esposto le parti nelle loro memorie e all'udienza, infrastrutture essenziali, la Commissione abbia correttamente applicato l'art. 85, n. 3, del Trattato.
- 208 A questo proposito il Tribunale osserva che emerge dalla giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 86 del Trattato che un prodotto o un servizio può considerarsi essenziale o indispensabile solo se non esistano sostituti reali o potenziali (sentenza della Corte 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione, Racc. pag. I-743, punti 53 e 54, e sentenza del Tribunale 12 giugno 1997, causa T-504/93, Tiercé Ladbroke/Commissione, Racc. pag. II-923, punto 131).
- 209 Di conseguenza, e trattandosi, come nella fattispecie, di un accordo che crea un'impresa comune rientrante nella sfera dell'art. 85, n. 1, del Trattato, il Tribunale ritiene che le imprese madri e/o l'impresa comune così creata possano considerarsi in possesso di infrastrutture e di prodotti o di servizi «indispensabili» o «essen-

ziali» per l'accesso al mercato pertinente solo se tali infrastrutture, prodotti o servizi non siano «intercambiabili» e se, a motivo delle loro caratteristiche particolari, e segnatamente del costo proibitivo della loro riproduzione e/o del tempo ragionevole necessario a questo scopo, non vi siano valide alternative per i concorrenti potenziali dell'impresa comune, che si troverebbero per questo esclusi dal mercato.

- 210 Alla luce delle considerazioni che precedono e per analogia con la giurisprudenza summenzionata (v. supra, punto 208) si deve esaminare, da un lato, se la Commissione potesse validamente qualificare nella fattispecie la fornitura, da parte dei fondatori, all'ENS a) dei segmenti orari, b) delle motrici e c) dei relativi equipaggi come servizi «essenziali» da offrire a terzi alle stesse condizioni praticate all'ENS e, d'altro lato, se in questo modo essa abbia sufficientemente motivato la sua decisione. Infine, sulla base di questo esame, si deve anche verificare la fondatezza dell'analisi, operata dalla Commissione, delle asserite restrizioni della concorrenza a danno dei terzi derivanti dai vincoli privilegiati tra i fondatori e l'ENS (v. supra, punto 151).
- 211 Per quanto riguarda, in primo luogo, i segmenti orari, si deve rilevare che, anche se nell'art. 2 della decisione impugnata si dichiara che le imprese notificanti forniscono i segmenti orari, «per quanto necessario, a qualsiasi associazione internazionale di imprese ferroviarie», ciò non toglie che, secondo la giurisprudenza, il dispositivo di una decisione va letto alla luce della motivazione su cui si fonda, vale a dire, nella fattispecie, alla luce del punto 81 della decisione impugnata. Orbene, emerge da detto punto 81 che le imprese notificanti «non sono tuttavia tenute a fornire un segmento orario se il richiedente interviene in qualità di associazione di imprese ferroviarie ai sensi dell'articolo 10 della direttiva 91/440/CEE e può quindi chiedere direttamente tale segmento ai gestori delle infrastrutture di cui trattasi». Di conseguenza, un siffatto obbligo viene imposto dalla decisione impugnata solo nel caso in cui i terzi costituissero non già associazioni internazionali, bensì, come sostiene la Commissione, operatori di trasporti, come l'ENS. Tuttavia, da un lato, come si è or ora rilevato, l'ENS non è un operatore di trasporti, ma un'associazione internazionale ai sensi della direttiva 91/440. D'altro lato, la nozione di operatore di trasporti è una nozione estranea alle attuali realtà del mercato ferroviario del trasporto di passeggeri. Di conseguenza, la condizione in esame, in quanto mira

ad obbligare i fondatori che sono già in possesso dei segmenti orari a fornirli a terzi operanti sul mercato in quanto operatori di trasporti, essendo fondata su pretese erronee, è priva di fondamento.

212 Per quel che riguarda, in secondo luogo, la fornitura delle motrici, si deve ricordare che, come è stato sottolineato, affinché le motrici vengano considerate infrastrutture essenziali o indispensabili è necessario che lo siano per i concorrenti dell'ENS nel senso che, se non ne disponessero, questi ultimi non sarebbero in grado né di accedere al mercato di cui trattasi né di continuare ad operarvi. Orbene, poiché, da un lato, la decisione ha definito il mercato di cui trattasi come il mercato intermodale del trasporto delle persone che viaggiano per ragioni professionali e quello, del pari intermodale, dei passeggeri che viaggiano per diporto e, dall'altro, su questi due mercati intermodali la quota di mercato dell'ENS non supera il 7-8% secondo la Commissione, o neppure il 5% secondo la notifica delle parti, non si può ammettere che l'eventuale rifiuto delle imprese notificanti di fornire a concorrenti dell'ENS motrici speciali per il transito nel tunnel sotto la Manica abbia l'effetto di escluderli dal mercato di cui trattasi, come definito nella decisione impugnata. Infatti non è dimostrato che un'impresa che detiene una quota di mercato così esigua sia in grado di esercitare una qualsiasi influenza sul funzionamento e sulla struttura del mercato considerato.

213 Solo se ci si riferisse ad un mercato completamente diverso, vale a dire il mercato intramodale del trasporto ferroviario degli uomini d'affari e dei turisti, sul quale le imprese ferroviarie detengono attualmente una posizione dominante, il rifiuto di fornire motrici potrebbe eventualmente avere effetti sulla concorrenza. Tuttavia, si deve sottolineare che non è il detto mercato intramodale che in definitiva è stato assunto dalla Commissione come mercato pertinente, ma il mercato intermodale (v. punti 17-27 della decisione impugnata). Solo nella fase scritta la Commissione ha fatto richiamo per la prima volta al mercato intramodale dei servizi ferroviari in quanto segmento del mercato intermodale del trasporto di uomini d'affari e di turisti per giustificare l'obbligo di fornire motrici a concorrenti dell'ENS imposto alle imprese notificanti. Orbene, anche se non si può escludere che l'analisi degli effetti di un accordo possa effettuarsi tanto su un mercato principale quanto su uno

dei suoi segmenti, ciò non toglie che sia la distinzione tra mercato principale e segmento (o segmenti) di detto mercato sia i motivi che giustificano una siffatta distinzione devono emergere in modo chiaro e non ambiguo da una decisione ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, il che non si verifica nella fattispecie.

- 214 Anche supponendo che le spiegazioni fornite a questo proposito dalla Commissione nell'ambito della fase scritta non vertano in definitiva su una nuova definizione del mercato pertinente, come definito nei punti 17-27 della decisione impugnata, ma mirino invece a chiarire ulteriormente detta definizione, resta il fatto che la valutazione della Commissione è nella fattispecie viziata da un difetto di motivazione.
- 215 Infatti, come hanno sostenuto le ricorrenti, la decisione impugnata non contiene elementi d'analisi che dimostrino il carattere essenziale o indispensabile delle motrici di cui trattasi. In particolare, la lettura della decisione impugnata non consente di concludere che i terzi non possano procurarsi siffatte motrici o direttamente presso i costruttori o indirettamente, acquistandole o affittandole da imprese terze. Il fascicolo non contiene nemmeno una corrispondenza della Commissione con terzi dalla quale emerga che questi ultimi sono nell'impossibilità di procurarsi le motrici di cui trattasi sul mercato. Orbene, come hanno sottolineato le ricorrenti, qualsiasi impresa che intenda gestire gli stessi servizi ferroviari dell'ENS avvalendosi del tunnel sotto la Manica può liberamente acquistare o affittare dette motrici sul mercato. Inoltre, emerge dal fascicolo che i contratti di fornitura delle motrici stipulati tra le imprese notificanti e l'ENS non contengono alcuna esclusiva a favore dell'ENS, e quindi ciascuna impresa notificante era libera di fornire le stesse motrici a terzi e non solo all'ENS.
- 216 Occorre aggiungere a questo proposito che la Commissione non ha contestato il fatto che i terzi possono liberamente acquistare o affittare le motrici di cui trattasi sul mercato, ma si è limitata a considerare che si tratta, in realtà, di una possibilità puramente teorica e che solo le imprese notificanti sono effettivamente in possesso

di dette motrici. Questo argomento della Commissione non può tuttavia venire accolto. Il fatto che le imprese notificanti siano le prime ad aver acquisito sul mercato le motrici di cui trattasi non significa che siano le sole a poterle acquistare.

- 217 Ne consegue che la valutazione, da parte della Commissione, del carattere essenziale o indispensabile delle motrici speciali per attraversare il tunnel sotto la Manica e, quindi, l'obbligo imposto ai fondatori di fornire siffatte motrici a terzi è viziato da un difetto o quantomeno da un'insufficienza di motivazione.
- 218 Per le stesse ragioni già esposte, l'obbligo imposto ai fondatori di fornire del pari a terzi l'equipaggio delle motrici speciali per l'attraversamento del tunnel sotto la Manica è inficiato dagli stessi vizi di difetto o di insufficienza di motivazione.
- 219 Ne consegue che la decisione impugnata, in quanto impone alle ricorrenti l'obbligo di fornire a terzi concorrenti dell'ENS gli stessi «servizi indispensabili» che esse forniscono a questa associazione, è viziata da un difetto o quantomeno da un'insufficienza di motivazione.
- 220 Risulta del pari da quanto precede che nemmeno l'analisi, operata dalla Commissione, delle restrizioni della concorrenza nei confronti dei terzi derivanti dai rapporti privilegiati dei fondatori con l'ENS è fondata (v. supra, punti 150 e 151). Infatti, poiché, come è stato dimostrato in precedenza, l'ENS non è un operatore di trasporti, il mercato ferroviario può in definitiva venir scisso solo in due mercati di servizi distinti, vale a dire un mercato integrato di prestazioni di servizi di trasporto di passeggeri, sul quale operano solo imprese ferroviarie e le loro associazioni internazionali, e un mercato dell'accesso all'infrastruttura e dell'esercizio della medesima, gestito da titolari di infrastrutture, ai sensi della direttiva 91/440 (v. supra, ambito giuridico, punti 1-6). A questo proposito si deve aggiungere che l'argomento prospettato dalla Commissione all'udienza, secondo il quale emergerebbe

dal punto 55 della sentenza del Tribunale 21 ottobre 1997, causa T-229/94, Deutsche Bahn/Commissione (Racc. pag. II-1689), che il mercato dei servizi ferroviari costituisce un sottomercato distinto del mercato dei trasporti ferroviari in generale, non è fondato, in quanto la considerazione formulata dal Tribunale in quella causa si riferiva al solo mercato ferroviario del trasporto combinato. Quindi l'analisi delle restrizioni della concorrenza nei confronti dei terzi doveva venire effettuata in relazione ai due mercati suddetti.

- 221 Così, per quel che riguarda in primo luogo l'accesso all'infrastruttura (segmenti orari), il Tribunale osserva che, anche se l'accesso dei terzi a detta infrastruttura può in linea di massima venire ostacolato quando è controllato da imprese concorrenti, ciò non toglie che l'obbligo delle imprese ferroviarie che sono nel contempo esercenti dell'infrastruttura, di consentire l'accesso a detta infrastruttura, a condizioni eque e non discriminatorie, ad associazioni internazionali concorrenti dell'ENS è espressamente sancito e garantito dalla direttiva 91/440. Di conseguenza, gli accordi ENS non possono, per definizione, ostacolare l'accesso dei terzi all'infrastruttura. Quanto alla fornitura all'ENS delle motrici speciali per l'attraversamento del tunnel sotto la Manica e dei relativi equipaggi, il semplice fatto di fruire di tale servizio potrebbe ostacolare l'accesso dei terzi al mercato a valle soltanto se le dette motrici e i loro equipaggi dovessero considerarsi infrastrutture essenziali. Orbene, poiché le motrici speciali e i loro equipaggi, per i motivi espressi in precedenza (v. punti 210-215), non possono qualificarsi infrastrutture essenziali, il fatto che gli accordi di gestione dei servizi dei treni notturni prevedano la loro fornitura all'ENS non può considerarsi comportare una restrizione della concorrenza nei confronti dei terzi. Di conseguenza, nemmeno questa analisi della Commissione sulle restrizioni della concorrenza nei confronti dei terzi è fondata (v. supra, punti 150 e 151).

4. Sul quarto motivo, relativo all'insufficienza della durata dell'esenzione concessa

Argomenti delle parti

- 222 Le ricorrenti sottolineano che gli accordi ENS vertono su un investimento importante a lungo termine e che il rendimento del progetto si fonda sul conseguimento di un vantaggioso finanziamento, durante 20 anni, per l'acquisto di materiale rotabile particolare, sicché la limitazione dell'esenzione a una durata di otto anni

sarebbe inadeguata. A questo proposito, il riferimento nella decisione al termine ritenuto necessario da talune imprese ferroviarie per garantire la redditività di un altro accordo, relativo a servizi di trasporto combinato di merci attraverso il tunnel sotto la Manica sarebbe privo di pertinenza poiché riguarda un'impresa comune che opera in un settore diverso da quello dell'ENS e alla quale non aderisce alcuna delle parti notificanti.

223 Quanto alla giustificazione invocata al punto 73 della decisione, secondo la quale la durata dell'esenzione dipenderebbe in particolare dal periodo durante il quale si può ragionevolmente ritenere che le condizioni di funzionamento del mercato non saranno modificate sensibilmente, le ricorrenti ritengono che la Commissione non fornisca alcun elemento che consenta di supporre che siffatte modifiche interverranno alla scadenza del periodo di esenzione, mentre i rischi finanziari sarebbero aggravati dalla durata relativamente breve dell'esenzione.

224 Le ricorrenti aggiungono, a questo proposito, che nella sua prassi decisionale la Commissione ha sempre considerato che le imprese comuni che richiedono notevoli investimenti a lungo termine, e la cui finalità è quella di sviluppare un prodotto nuovo, hanno necessariamente bisogno di un lungo periodo per rendere redditizio il capitale investito. Esse ritengono che la considerazione esposta nella decisione, secondo la quale l'acquisto del materiale in comune sarebbe dissociabile dalle modalità di gestione commerciale dello stesso sia priva di fondamento nella fattispecie poiché il materiale rotabile impiegato dall'ENS non può servire che a collegamenti tra il Regno Unito e il continente. Per tutte queste ragioni le ricorrenti concludono che la decisione impugnata è viziata da errore manifesto di valutazione e/o da un difetto o insufficienza di motivazione.

225 La Commissione espone che la durata di un'esenzione va determinata in considerazione delle condizioni del mercato esistenti al momento in cui la decisione viene adottata, tenendo conto delle modifiche ragionevolmente prevedibili che possono

verificarsi sul mercato di cui trattasi. Essa ritiene che, nella fattispecie, la durata d'esonazione concessa, vale a dire dieci anni a decorrere dalla notifica e otto anni a decorrere dalla data di adozione della decisione, consenta di conciliare previsioni economiche realistiche, da un lato, e la necessità di certezza giuridica delle imprese dall'altro. Infatti si desumerebbe dalla notifica degli accordi che le proiezioni finanziarie delle imprese ferroviarie interessate indicavano che i servizi notturni forniti dall'ENS avrebbero apportato introiti sufficienti per coprire le spese già dal quarto anno di esercizio (notifica, pag. 35, II.4 e 1.4; controricorso, allegato 1). Secondo la Commissione, il fatto che il finanziamento dell'acquisto del materiale rotabile si protragga su un periodo di 20 anni non giustificherebbe la concessione di un'esenzione di più lunga durata, poiché l'acquisto del materiale in comune sarebbe dissociabile dalle modalità di gestione commerciale dello stesso.

226 La Commissione aggiunge che, in ogni caso, in virtù dell'art. 13, n. 2, del regolamento n. 1017/68, l'esenzione può venir rinnovata più di una volta se le circostanze lo giustificano e che il rinnovo è in pratica concesso allorché le condizioni di mercato non sono notevolmente cambiate. Pur supponendo che si verificino notevoli cambiamenti, la Commissione potrebbe inoltre rinnovare la sua decisione correlandola di condizioni diverse da quelle poste nella decisione precedente.

227 Il Regno Unito, interveniente, sostiene che la condizione imposta alle imprese ferroviarie e la durata dell'esenzione alterano la base finanziaria sulla quale gli aderenti agli accordi ENS si sono impegnati a fornire i nuovi servizi ferroviari di cui trattasi. L'ingente investimento operato dalle parti avrebbe dovuto, a suo avviso, essere un elemento essenziale della determinazione della durata dell'esenzione. Poiché non è stato preso in considerazione questo elemento, la decisione sarebbe incompatibile con la politica di incentivazione della partecipazione del settore privato allo sviluppo delle reti transeuropee.

228 La Commissione ribatte che la durata dell'esenzione concessa è nel contempo sufficiente e giustificata e aggiunge che, contrariamente a quanto sostiene il Regno Unito, la sua decisione è conforme alla sua politica sul ruolo del settore privato nello sviluppo delle reti transeuropee.

Giudizio del Tribunale

- 229 Come emerge dall'esame del primo e del secondo motivo, si deve ritenere che la Commissione non abbia correttamente e sufficientemente valutato il contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono gli accordi ENS. Pertanto, non è dimostrato che gli accordi ENS siano restrittivi della concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e quindi necessitino di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Di conseguenza, la Commissione non era in grado di valutare la giusta durata di un'eventuale esenzione ai sensi di detto articolo.
- 230 Anche supponendo che la valutazione formulata dalla Commissione nella decisione impugnata relativamente alle restrizioni della concorrenza sia sufficiente e giusta, il Tribunale considera che la durata di un'esenzione concessa ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato o, come nella fattispecie, ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1017/68 e dell'art. 53, n. 3, dell'Accordo SEE dev'essere sufficiente per consentire ai suoi beneficiari di conseguire i vantaggi che giustificano l'esenzione medesima, cioè, nella fattispecie, il contributo al progresso economico e i vantaggi per gli utenti derivanti dall'istituzione di nuovi servizi di trasporto di livello qualitativo elevato, come è esposto nei punti 59-61 della decisione impugnata. D'altro canto, poiché detto progresso e detti vantaggi non possono essere conseguiti senza notevoli investimenti, il periodo necessario per render redditizi gli investimenti di cui trattasi costituisce necessariamente un elemento essenziale nella valutazione della durata di un'esenzione, tanto più che in un caso come quello di specie è assodato che si tratta di servizi totalmente nuovi, che richiedono investimenti ingenti e implicano notevoli rischi finanziari, nonché la messa in comune del «know-how» delle imprese partecipanti (punti 63, 64 e 75 della decisione).
- 231 Alla luce di quanto sopra il Tribunale ritiene che la considerazione figurante nel punto 73 della decisione, secondo la quale «la durata di tale esenzione dipende

quindi, tra l'altro, dal periodo durante il quale si può ragionevolmente ritenere che le condizioni di funzionamento del mercato non saranno sensibilmente modificate», non può ritenersi elemento determinante, di per sé, per stabilire la durata dell'esenzione senza tener conto, inoltre, del periodo necessario per consentire alle parti di ottenere una soddisfacente remunerazione del loro capitale.

232 Orbene, il Tribunale rileva che la decisione impugnata non contiene una valutazione circostanziata del periodo necessario per rendere redditizi gli investimenti di cui trattasi in condizioni di certezza giuridica, tenuto conto in particolare del fatto che gli impegni finanziari delle parti per l'acquisto del materiale rotabile specifico sono stati sottoscritti per una durata di 20 anni. A questo proposito, l'affermazione della Commissione contenuta nel punto 76 della decisione, secondo la quale nel settore del trasporto combinato di merci talune imprese ferroviarie le avevano comunicato che un periodo di cinque anni era necessario per mettere in esercizio nuovi servizi e per assicurarne la redditività, è privo di pertinenza in quanto si tratta, come si è rilevato (v. supra, punti 185-187), di un'impresa comune che opera in un mercato diverso da quello in cui opera l'ENS.

233 Quanto alla conclusione della Commissione contenuta nel punto 75 della decisione impugnata, secondo la quale l'importo degli investimenti non può costituire un elemento determinante per stabilire il periodo dell'esenzione in quanto l'acquisizione di materiale in comune è dissociabile dalle modalità del suo esercizio commerciale, si deve osservare che la decisione non contiene alcun elemento idoneo a spiegare perché l'esercizio commerciale di detto materiale sia così «dissociabile» dal suo acquisto, dato che il materiale rotabile di cui trattasi è stato acquistato e i relativi impegni finanziari sono stati assunti nel solo ambito degli accordi notificati. Comunque la Commissione non ha contestato l'affermazione delle ricorrenti secondo la quale altre possibilità di impiego del materiale rotabile di cui trattasi sarebbero molto limitate.

- 234 Ne consegue che, in ogni caso, la decisione della Commissione di limitare a otto anni la durata dell'esenzione concessa agli accordi ENS è viziata da un difetto di motivazione.
- 235 In considerazione di quanto precede, il quarto motivo delle ricorrenti va dichiarato fondato.
- 236 Risulta da tutto quanto precede, senza che occorra pronunciarsi sul motivo dedotto dalla SNCF nella causa T-384/94, relativo alla violazione dell'art. 3 del regolamento n. 1017/68, che la decisione impugnata dev'essere annullata.

Sulle spese

- 237 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché è rimasta soccombente e poiché le ricorrenti hanno chiesto la sua condanna alle spese, la Commissione dev'essere condannata alle spese, comprese quelle sostenute dalla SNCF, interveniente nelle cause T-374/94 e T-384/94.
- 238 Ai sensi dell'art. 87, n. 4, del regolamento di procedura del Tribunale, il Regno Unito supporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) È annullata la decisione della Commissione 21 settembre 1994, 94/663/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE e dell'art. 53 dell'Accordo SEE (IV/34.600 — Night Services).
- 2) La Commissione è condannata alle spese.
- 3) Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, interveniente, supporterà le proprie spese.

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 15 settembre 1998.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

A. Kalogeropoulos

II - 3234