

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)**  
de 15 de septiembre de 1998 \*

En los asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94,

**European Night Services Ltd (ENS)**, sociedad inglesa, con domicilio social en Londres,

**Eurostar (UK) Ltd**, anteriormente **European Passenger Services Ltd (EPS)**, sociedad inglesa, con domicilio social en Londres,

representadas por los Sres. Thomas Sharpe, QC, Abogado en Inglaterra y País de Gales, y Alexandre Nourry, Solicitor, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M<sup>es</sup> Elvinger, Hoss y Prussen, 15, Côte d'Eich,

partes demandantes  
en los asuntos T-374/94 et T-375/94, respectivamente,

**Union internationale des chemins de fer (UIC)**, asociación francesa, con domicilio social en París,

\* Lenguas de procedimiento: inglés y francés.

**NV Nederlandse Spoorwegen (NS)**, sociedad neerlandesa, con domicilio social en Utrecht (Países Bajos),

representadas por el Sr. Erik H. Pijnacker Hordijk, Abogado de Amsterdam, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M<sup>e</sup> Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

partes demandantes en el asunto T-384/94,

**Société nationale des chemins de fer français (SNCF)**, sociedad francesa, con domicilio social en París, representada por M<sup>e</sup> Chantal Momège, Abogada de París, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M<sup>e</sup> Alex Schmitt, 62, avenue Guillaume,

parte demandante en el asunto T-388/94 y  
parte coadyuvante en los asuntos T-374/94 y T-384/94,

apoyadas por

**Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**, representado por la Sra. Lindsey Nicoll, en calidad de Agente, y por el Sr. K. Paul E. Lasok, QC de Inglaterra y País de Gales, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada del Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

parte coadyuvante,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada inicialmente por el Sr. Francisco Enrique González Díaz, miembro del Servicio Jurídico, y posteriormente por el Sr. Giuliano Marengo, Consejero Jurídico principal, en calidad de Agentes, asistidos por M<sup>e</sup> Ami Barav, Barrister en Inglaterra y País de Gales y Abogado en París, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchsberg,

parte demandada,

que tienen por objeto la anulación de la Decisión 94/663/CE de la Comisión, de 21 de septiembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.600 — Night Services) (DO L 259, p. 20),

**EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),**

integrado por los Sres.: A. Kalogeropoulos, Presidente, C. W. Bellamy y J. Pirrung, Jueces;

Secretario: Sr. H. Jung;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 22 de octubre de 1997;

dicta la siguiente

## Sentencia

### Marco jurídico

- 1 La Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (DO L 237, p. 25; en lo sucesivo, «Directiva 91/440»), tiene por objetivo facilitar la adaptación de los ferrocarriles comunitarios a las necesidades del mercado único y aumentar su eficacia. Por una parte, dicha Directiva garantiza la autonomía de gestión de las empresas ferroviarias a fin de permitirles actuar con arreglo a criterios comerciales, disponiendo al efecto en el apartado 3 de su artículo 5 que dichas empresas «tendrán libertad» para:

«— constituir con una u otras empresas ferroviarias una agrupación internacional;

[...]

— controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios [...];

[...]

— desarrollar su cuota de mercado, crear nuevas tecnologías y nuevos servicios y adoptar cualquier técnica innovadora de gestión;

— impulsar nuevas actividades en ámbitos relacionados con la actividad ferroviaria».

- 2 Por otra parte, la Directiva prevé una separación de la gestión de la infraestructura ferroviaria y de la explotación de los servicios de transporte de las empresas ferroviarias, siendo obligatoria la separación contable y voluntaria la separación orgánica (artículo 1 y Sección III de la Directiva).
  
- 3 Por último, la Directiva constituye un primer paso hacia la liberalización progresiva del mercado del transporte ferroviario, en la medida en que prevé por primera vez la concesión a las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales y a las asociaciones de empresas ferroviarias de un derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias situadas en la Comunidad.
  
- 4 En efecto, el artículo 10 de la Directiva establece lo siguiente:

«1. Se reconocerá a las agrupaciones internacionales el derecho de acceso y de tránsito en los Estados miembros en que estén establecidas las empresas ferroviarias que las constituyan, así como el derecho de tránsito en los demás Estados miembros para prestaciones de servicios de transporte internacionales en las conexiones entre los Estados miembros en que estén establecidas las empresas que constituyan dichas agrupaciones.

2. A las empresas ferroviarias comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 2 se les concederá el derecho de acceso, en condiciones equitativas, a la infraestructura de los demás Estados miembros a efectos de la explotación de servicios de transportes combinados internacionales de mercancías.

[...]»

- 5 A estos efectos, el artículo 3 de la Directiva define la empresa ferroviaria como «cualquier empresa privada o pública cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción». La misma disposición califica de agrupación internacional de empresas ferroviarias «cualquier asociación de al menos dos empresas ferroviarias establecidas en Estados miembros distintos, con el fin de prestar servicios de transportes internacionales entre Estados miembros».
- 6 En 19 de junio de 1995, a fin de aplicar la Directiva 91/440, el Consejo adoptó la Directiva 95/18/CE sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias (DO L 143, p. 70), y la Directiva 95/19/CE sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización (DO L 143, p. 75).

### Hechos que dieron origen al litigio

- 7 El 29 de enero de 1993, la Comisión recibió una solicitud de declaración de inaplicabilidad del artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 175, p. 1; EE 08/01, p. 106; en lo sucesivo, «Reglamento n° 1017/68»), o, en su defecto, una solicitud de exención con arreglo a lo previsto en el artículo 5 de dicho Reglamento, para unos acuerdos relativos al transporte ferroviario de pasajeros a través del túnel bajo el Canal de la Mancha.
- 8 Dicha solicitud (en lo sucesivo, «notificación») había sido presentada por European Night Services Ltd (en lo sucesivo, «ENS»), en nombre de British Rail (en lo sucesivo, «BR»), de Deutsche Bundesbahn (en lo sucesivo, «DB»), de NV Nederlandse Spoorwegen (en lo sucesivo, «NS») y de la Société nationale des chemins de fer français (en lo sucesivo, «SNCF»). La notificación había sido también aprobada previamente por la Société nationale des chemins de fer belges (en lo sucesivo,

«SNCB»), que en aquel momento poseía una opción de participación en ENS, la cual expiró sin embargo en julio de 1993. SNCB participa aún en uno de los acuerdos de explotación celebrados con ENS.

- 9 El primero de los acuerdos notificados se refería a la creación por las cuatro empresas ferroviarias antes mencionadas, BR, SNCF, DB y NS, directamente o a través de sus filiales, de la sociedad ENS, con domicilio social en el Reino Unido y cuyo objeto social consistía en ofrecer y gestionar servicios de transporte ferroviario nocturno de pasajeros entre Gran Bretaña y Europa continental a través del túnel bajo el Canal de la Mancha en los cuatro trayectos siguientes: Londres-Amsterdam, Londres-Francfort/Dortmund, Glasgow/Swansea-París, Glasgow/Plymouth-Bruselas.
  
- 10 Mediante escrito de 15 de octubre de 1997, ENS ha informado sin embargo al Tribunal de Primera Instancia de que en diciembre de 1994 se habían abandonado los servicios ferroviarios con origen y destino en Bruselas, que en agosto de 1996 el trayecto Londres-Colonia había reemplazado al trayecto Londres-Francfort/Dortmund y que los únicos trayectos previstos en ese momento eran Londres-Amsterdam/Colonia.
  
- 11 El 9 de mayo de 1994, European Passenger Services Ltd (en lo sucesivo, «EPS»), filial de BR en el momento en que se notificaron los acuerdos ENS, fue cedida por esta última a la administración británica, y a partir de esa fecha constituye una empresa ferroviaria en el sentido del artículo 3 de la Directiva 91/440, al mismo título que SNCF, DB y NS (denominadas en lo sucesivo, junto con EPS, «empresas ferroviarias interesadas» o «fundadores»). Simultáneamente se transfirió a EPS la participación de BR en ENS. Mediante escrito de 25 de septiembre de 1997, ENS y EPS han informado al Tribunal de Primera Instancia del cambio de nombre de EPS, que pasa a llamarse Eurostar (UK) Ltd (en lo sucesivo, «EUKL») y han solicitado que toda referencia a EPS se entienda efectuada a EUKL y viceversa. Dichas empresas han precisado igualmente que el 31 de mayo de 1996 la participación de la administración británica en el capital de EPS había sido transferida a London & Continental Railways. En el Reino Unido, la práctica totalidad de la red ferroviaria e infraestructuras conexas, antes propiedad de BR, pertenecen en la actualidad a Railtrack, la administradora de la infraestructura ferroviaria.

- 12 El segundo tipo de acuerdos notificados lo constituían los acuerdos de explotación celebrados entre ENS y las empresas ferroviarias interesadas, así como con SNCB, en virtud de los cuales cada una de ellas se comprometía a suministrar a ENS determinados servicios, entre ellos los servicios de tracción ferroviaria en su red (locomotora, personal y turnos horarios), servicios de limpieza a bordo y de mantenimiento del equipo y servicios a los pasajeros. EPS y SNCF se comprometían además a suministrar el servicio de tracción ferroviaria a través del túnel bajo el Canal de la Mancha.
- 13 Para la explotación de los servicios de transporte nocturnos de viajeros, las empresas ferroviarias interesadas han adquirido, a través de ENS y mediante contratos de «leasing» a largo plazo de una duración de 20 años, que pasó a ser de 25 años en enero de 1996, material móvil especializado apto para circular en las diferentes redes ferroviarias y en el túnel bajo el Canal de la Mancha, cuyo coste global era de 136,7 millones de UKL, que pasó a ser en enero de 1996 de 158 millones de UKL, incluyendo el precio fijado en el contrato, el coste estimado de las piezas de recambio, las modificaciones, los gastos de entrega, las pruebas y la puesta en servicio, así como los costes de desarrollo.
- 14 ENS y las empresas ferroviarias interesadas exponían en la notificación que, en el mercado de servicios de referencia, ENS podría alcanzar unas cuotas de mercado globales de alrededor de un 2,4 % en la categoría de viajes profesionales y de alrededor de un 5 % en la categoría de viajes de placer, teniendo que competir con el avión, el autobús, los transbordadores y el automóvil particular. Indicaban además que, aun si se definía de un modo más restrictivo el mercado de servicios de referencia, teniendo en cuenta únicamente los itinerarios proyectados, las cuotas de mercado globales de ENS seguirían siendo insignificantes. Por otra parte, según la notificación, ninguna de las empresas ferroviarias interesadas podría explotar por sí sola un servicio comparable en los trayectos cubiertos por ENS, y nada permitía suponer que alguna otra agrupación se hubiera mostrado interesada por la misma actividad o pudiera obtener beneficios efectuándola. Las empresas notificantes aseguraban igualmente que los acuerdos ENS no creaban más obstáculos de los ya existentes para otras empresas que quisieran ofrecer servicios similares, pues estas últimas podrían constituir «agrupaciones internacionales» en el sentido del artículo 3 de la Directiva 91/440, que podrían a su vez obtener acceso a las infraestructuras ferroviarias, es decir, turnos horarios en las líneas de que se trataba, y no tendrían dificultad alguna en conseguir personal cualificado y material móvil apropiado.



- 15 Con arreglo al apartado 2 del artículo 12 del Reglamento n° 1017/68, el 29 de mayo de 1993 se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* una Comunicación relativa a la notificación de los acuerdos ENS (Comunicación 93/C 149/07; DO C 149, p. 10). En dicha Comunicación, la Comisión informaba a las empresas que habían presentado la notificación de que había llegado a la conclusión preliminar de que los acuerdos notificados podrían infringir el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE y que, en aquella fase del procedimiento, no había adoptado aún decisión alguna acerca de la posibilidad de aplicar el artículo 5 de dicho Reglamento. La Comisión instaba a todos los interesados a que le hicieran llegar sus observaciones en un plazo de 30 días a contar desde la publicación de la Comunicación.
  
- 16 Mediante escrito del 23 de julio de 1993, la Comisión informó a las empresas que habían efectuado la notificación de que existían serias dudas, en el sentido del apartado 3 del artículo 12 del Reglamento n° 1017/68, en cuanto a la aplicabilidad del artículo 5 del Reglamento a los acuerdos notificados.
  
- 17 El 4 de junio de 1994, la Comisión publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* una Comunicación en virtud del apartado 3 del artículo 26 del Reglamento n° 1017/68 (DO C 153, p. 15), en la que anunciaba que los acuerdos notificados podrían obtener una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado y del apartado 3 del artículo 53 del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), siempre que se cumpliera una condición destinada esencialmente a permitir a nuevas participantes adquirir a las partes que habían notificado los acuerdos los mismos servicios de transporte que estas últimas se comprometían a ofrecer a ENS. Al mismo tiempo, la Comisión ofrecía a terceros interesados la posibilidad de remitirle sus observaciones en un plazo de 30 días a partir de la publicación de la Comunicación. Nadie aprovechó no obstante la posibilidad ofrecida por la Comisión.

### **Decisión impugnada**

- 18 El 21 de septiembre de 1994, la Comisión adoptó la Decisión 94/663/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.600 — Night Services) (DO L 259, p. 20; en lo sucesivo,

«Decisión» o «Decisión impugnada»). La Decisión se basa en el Reglamento n° 1017/68, y en particular en su artículo 5, con arreglo al cual la prohibición de prácticas colusorias, formulada por el artículo 2 de dicho Reglamento en términos casi idénticos a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, podrá ser declarada inaplicable con efecto retroactivo a determinados acuerdos entre empresas.

- 19 La Decisión distingue dos mercados de servicios pertinentes: por una parte, un mercado de transporte de pasajeros por motivos profesionales para los que el transporte aéreo en vuelo regular, el transporte ferroviario de alta velocidad y los servicios ferroviarios ofrecidos por ENS constituyen sistemas de transporte alternativos (punto 26) y, por otra parte, un mercado de transporte de personas que efectúan viajes de placer, para quienes los servicios alternativos pueden ser el avión en clase económica, el tren, el autobús y, en algunos casos, el automóvil particular (punto 27).
- 20 En contra de lo que habían alegado las partes que notificaron los acuerdos, la Comisión indica que el mercado geográfico no abarca todo el Reino Unido, Francia, Alemania y los Países del Benelux, sino que debe limitarse a las cuatro líneas cubiertas de hecho por ENS, es decir, Londres-Amsterdam, Londres-Francfort/Dortmund, París-Glasgow/Swansea y Bruselas-Glasgow/Plymouth (punto 29).
- 21 A continuación, remitiéndose a la Comunicación de la Comisión de 16 de febrero de 1993 sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE (DO C 43, p. 2; en lo sucesivo, «Comunicación de 1993»), la Decisión indica que ENS es una empresa en participación de carácter cooperativo (puntos 30 a 37). Observa, en efecto, que las empresas fundadoras de ENS no se retiran permanentemente del mercado de referencia y disponen de medios técnicos y financieros para poder crear fácilmente una agrupación internacional, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 91/440, y prestar servicios de transporte nocturno de pasajeros. La Decisión precisa por otra parte que dichas empresas continúan actuando prioritariamente en un mercado anterior al de ENS, esto es, el de los servicios ferroviarios indispensables que las empresas ferroviarias venden a los operadores de transporte como ENS. La empresa en par-

tipación ENS constituye pues un acuerdo que entra en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado, al igual que los acuerdos de explotación celebrados por ella con cada una de las empresas ferroviarias fundadoras y con SNCB.

- 22 La Decisión menciona a continuación las restricciones de la competencia que a su juicio se derivan de los acuerdos ENS (puntos 38 a 53).
- 23 En primer lugar, los acuerdos de que se trata anulan o restringen considerablemente, entre los fundadores, las posibilidades de competencia que ofrece el artículo 10 de la Directiva 91/440 (puntos 38 a 45). En efecto, según la Decisión, por una parte, las empresas ferroviarias existentes, así como las eventuales nuevas empresas ferroviarias, incluidas las filiales de empresas existentes, pueden invocar los derechos de acceso que dicha disposición confiere y, por otra parte, los Estados miembros pueden adoptar normativas más liberales en materia de acceso a la infraestructura. De ello se deduce, por ejemplo, que DB y NS tendrían la posibilidad de constituir una agrupación internacional con una empresa ferroviaria del Reino Unido a fin de explotar servicios de transporte internacional a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. Del mismo modo, una empresa ferroviaria fundadora de ENS podría actuar personalmente como «operador de transporte», o crear una filial especializada en calidad de «operador de transporte», y explotar así los servicios de transporte internacional comprando a las empresas interesadas los servicios ferroviarios indispensables.
- 24 En segundo lugar, habida cuenta del poder económico de las empresas fundadoras, la creación de ENS puede obstaculizar el acceso al mercado de operadores de transporte capaces de competir con ENS (puntos 46 a 48). Las sociedades matrices de ENS conservan una posición dominante para la prestación de servicios ferroviarios en su Estado de origen, principalmente por lo que se refiere a las locomotoras específicas para el túnel bajo el Canal de la Mancha. El acceso directo de ENS a dichos servicios y las relaciones privilegiadas que mantiene con sus sociedades matrices suponen un riesgo de que los demás operadores queden en una situación desfavorable desde un punto de vista competitivo para la adquisición de servicios ferroviarios indispensables. Según la Decisión, conviene tener en cuenta además el hecho

de que BR y SNCF disponen de una parte considerable de los tramos horarios disponibles para los trenes internacionales en el túnel bajo el Canal de la Mancha, con arreglo al convenio firmado con Eurotúnel.

- 25 Por último, las restricciones de la competencia mencionadas se ven reforzadas por el hecho de que ENS forme parte de una red de empresas en participación entre los fundadores. En efecto, BR/EPS, SNCF, DB y NS participan en distinta medida en una red de empresas en participación para la explotación de servicios de transporte de mercancías y de viajeros, especialmente a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. Así, BR y SNCF han participado en la creación de Allied Continental Intermodal Services Ltd (en lo sucesivo, «ACI») para el transporte combinado de mercancías, y BR ha participado igualmente, con SNCB, en la creación de «Autocare Europe», para el transporte ferroviario de vehículos automóviles (puntos 49 a 52).
- 26 Sin embargo, según la Decisión, a pesar de que la excepción legal que el artículo 3 del Reglamento nº 1017/68 establece para los acuerdos técnicos no es aplicable a los acuerdos en cuestión, ya que no tienen solamente por objeto y por efecto la aplicación de mejoras técnicas o la cooperación técnica en el sentido de dicha disposición (puntos 55 a 58), dichos acuerdos cumplen los requisitos exigidos en el artículo 5 de dicho Reglamento y en el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE (puntos 59 a 70). En efecto, la creación de ENS sirve para fomentar el progreso económico, principalmente al garantizar la competencia entre los diferentes medios de transporte, y los usuarios se beneficiarán directamente de la existencia de esos nuevos servicios. Por otra parte, las restricciones de la competencia señaladas resultan indispensables, habida cuenta de que se trata de servicios completamente nuevos, que implican unos importantes riesgos económicos que difícilmente puede soportar una única empresa. La creación de ENS no elimina pues toda la competencia en el mercado de referencia, siempre que se imponga una condición a fin de garantizar la presencia en el mercado de operadores de transporte ferroviario que compitan con ENS.
- 27 En consecuencia, la Decisión declara inaplicables a los acuerdos ENS las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE durante ocho años, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2002 (artículo 1 de la Decisión), y somete la exención otorgada a la condición (en lo sucesivo,

«condición impuesta») de que «las empresas ferroviarias firmantes del acuerdo ENS presten, en la medida de lo necesario, a cualquier agrupación internacional de empresas ferroviarias o cualquier operador de transporte que desee explotar trenes nocturnos de pasajeros a través del túnel bajo el Canal de la Mancha, los servicios ferroviarios indispensables que se hayan comprometido a prestar a ENS. Estos servicios incluirán el suministro de la locomotora, del personal y del turno horario en cada red nacional, así como en el túnel bajo el Canal de la Mancha. Las empresas ferroviarias prestarán estos servicios en sus redes en las mismas condiciones técnicas y económicas que las concedidas a ENS» (artículo 2 de la Decisión).

### Desarrollo del procedimiento

- 28 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 22 de noviembre de 1994, ENS y EPS interpusieron sendos recursos, a los que se atribuyeron los números de asunto T-374/94 y T-375/94, respectivamente.
- 29 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 5 de diciembre de 1994, la Union internationale des chemins de fer (en lo sucesivo, «UIC») y NS interpusieron un recurso al que se atribuyó el número de asunto T-384/94.
- 30 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 13 de diciembre de 1994, SNCF interpuso un recurso al que se atribuyó el número de asunto T-388/94.
- 31 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 6 de febrero de 1995, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad en el asunto T-388/94, conforme al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. La parte demandante presentó sus observaciones sobre dicha excepción el 20 de marzo de 1995.

- 32 El 28 de junio de 1995, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) resolvió mediante auto unir al examen del fondo la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, por una parte, y, por otra, instó a SNCF a responder a diversas preguntas escritas y a aportar cierto número de documentos.
- 33 Mediante autos del Presidente de la Sala Primera ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 9 de agosto de 1995 se desestimaron las demandas de intervención en los asuntos T-374/94, T-375/94 y T-384/94 en apoyo de las pretensiones de la Comisión formuladas por la Union internationale des sociétés de transport combiné rail-route, presentadas en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 3 de abril de 1995.
- 34 Mediante auto del Presidente de la Sala Primera ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 9 de agosto de 1995, se admitieron las demandas de intervención en los asuntos T-374/94 y T-384/94 en apoyo de las conclusiones de las partes demandantes formuladas por SNCF, presentadas en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 9 de mayo de 1995.
- 35 Mediante autos del Presidente de la Sala Primera ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio y 10 de agosto de 1995, se admitió la intervención del Reino Unido en los asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, en apoyo de las pretensiones de las partes demandantes.
- 36 Mediante decisión del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 1995, el Juez Ponente fue destinado a la Sala Segunda ampliada, a la que por consiguiente se atribuyeron los asuntos.
- 37 Mediante decisión de 8 de noviembre de 1996, el Tribunal de Primera Instancia atribuyó el asunto a una sala integrada por tres Jueces.

- 38 Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda de 6 de agosto de 1997, los asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94 fueron acumulados a efectos de la fase oral y de la sentencia.
- 39 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) decidió abrir la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, instó a las partes a responder a determinadas preguntas escritas, a las que éstas respondieron en los plazos fijados.
- 40 En la vista celebrada el 22 de octubre de 1997 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia.

### **Pretensiones de las partes**

- 41 En los asuntos T-374/94 y T-375/94, ENS y EPS solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión.

— Ordene a la Comisión que:

- a) Declare inaplicables el artículo 2 del Reglamento n° 1017/68 y el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, u

- b) otorgue una exención sin la condición impuesta y por un período que se ajuste a la duración de los compromisos asumidos por las empresas ferroviarias para la financiación del material móvil;
  
- c) con carácter subsidiario, otorgue la exención sometiéndola a una condición que resulte necesaria y proporcionada a las restricciones de la competencia alegadas y por un período que se ajuste a la duración de los compromisos asumidos por las empresas ferroviarias para la financiación del material móvil.

— Condene en costas a la Comisión.

<sup>42</sup> SNCF, parte coadyuvante en el asunto T-374/94 en apoyo de las pretensiones de la parte demandante, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión.

— Ordene a la Comisión que:

- a) Declare inaplicables el artículo 2 del Reglamento nº 1017/68 y el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, o
  
- b) que otorgue una exención sin la condición impuesta y por un período que se ajuste a la duración de los compromisos asumidos por las empresas ferroviarias para la financiación del material móvil.



43 En los asuntos T-374/94 y T-375/94, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime los recursos.
- Rechace las alegaciones de SNCF.
- Condene en costas a las demandantes y a la parte coadyuvante.

44 En el asunto T-384/94, UIC y NS solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare nula en su totalidad la Decisión impugnada.
- Con carácter subsidiario, declare nulos el artículo 2 de la Decisión y el artículo 1 de la misma, en la medida en que se limita la duración de la exención a un período inferior a 20 años.
- Adopte cualquier otra medida que considere oportuna.
- Condene en costas a la Comisión.

45 SNCF, parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de las demandantes, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule en su totalidad la Decisión impugnada.

- Con carácter subsidiario, declare nulos el artículo 2 de la Decisión y el artículo 1 de la misma, en la medida en que limita la duración de la exención a un período inferior a 20 años.
  - Adopte cualquier otra medida suplementaria o de otro tipo que considere apropiada.
  - Condene en costas a la Comisión.
- 46 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto por UIC y, en todo caso, lo rechace por infundado.
  - Desestime el recurso interpuesto por NS.
  - Rechace las alegaciones presentadas por la parte coadyuvante.
  - Condene en costas a las demandantes y a la parte coadyuvante.
- 47 En el asunto T-388/94, SNCF solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Con carácter principal, anule la Decisión impugnada.
  - Con carácter subsidiario, anule el artículo 2 de la Decisión, por ser injustificada la condición impuesta, y el artículo 1, por haber otorgado la Comisión una exención de una duración inferior a 20 años.

— Adopte cualquier medida que considere apropiada.

— Condene en costas a la Comisión.

48 En sus observaciones sobre la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, SNCF solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Declare la admisibilidad del recurso.

— Condene en costas a la Comisión.

49 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso y, en todo caso, lo rechace por infundado.

— Condene en costas a la demandante.

50 El Reino Unido, parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de las demandantes en los asuntos T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94 solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

## Sobre la admisibilidad

### 1. *Sobre la admisibilidad de los recursos en los asuntos T-374/94 y T-375/94*

#### *Alegaciones de las partes*

- 51 La Comisión considera que procede declarar la inadmisibilidad de los recursos en la medida en que las demandantes ENS y EPS solicitan al Tribunal de Primera Instancia que ordene a la Comisión: a) que formule una declaración de inaplicabilidad del artículo 2 del Reglamento n° 1017/68 y del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, b) que otorgue una exención que no esté sujeta a la condición impuesta por la Comisión y cuya duración sea proporcionada a la de los compromisos de las empresas ferroviarias para la financiación de material móvil y c) subsidiariamente, que otorgue la exención sometiéndola a cualquier condición que resulte necesaria y proporcionada a las restricciones de la competencia alegadas y por un período proporcionado al de los compromisos de las empresas ferroviarias para la financiación del material móvil. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el Juez comunitario carece de competencia para dictar órdenes conminatorias a las Instituciones comunitarias en el marco de un recurso de anulación basado en el artículo 173 del Tratado (véase, como más reciente, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1995, *Ladbroke/Comisión*, T-74/92, Rec. p. II-115, apartado 75).
- 52 Las demandantes, ENS y EPS, replican que la Comisión no impugna la admisibilidad de su recurso en lo que respecta a su solicitud de anulación de la Decisión ni en lo relativo a la posibilidad de que el Tribunal de Primera Instancia anule la Decisión parcialmente, es decir, la condición impuesta por el artículo 2 de la parte dispositiva de la misma.

#### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

- 53 Este Tribunal recuerda que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del control de la legalidad que ejerce el Juez comunitario, no corresponde a éste dirigir órdenes

conminatorias a las Instituciones o hacer sus veces, sino que es la Administración interesada quien debe adoptar las medidas que exige la ejecución de una sentencia dictada en el marco de un recurso de anulación. Por lo tanto, procede declarar la inadmisibilidad de las pretensiones de los demandantes expuestas en las letras a), b) y c) del apartado 41 *supra* (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing/Comisión, T-67/94, Rec. p. II-1, apartado 200). Así pues, en los asuntos T-374/94 y T-375/94 sólo procede declarar la admisibilidad de los recursos en la medida en que tengan por objeto la anulación de la Decisión impugnada en su totalidad (véase el apartado 41 *supra*).

## 2. Sobre la admisibilidad del recurso en el asunto T-384/94

### *Alegaciones de las partes*

- 54 UIC y NS, demandantes en este asunto, exponen que UIC es una asociación internacional de empresas ferroviarias a la que pertenecen todas las grandes empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros de la Comunidad Europea y cuyo objetivo es fomentar la cooperación entre sus miembros y llevar a cabo actividades de fomento del transporte ferroviario en Europa, consolidando su interoperabilidad, a fin de reforzar su competitividad. Según el artículo 2 de sus estatutos, UIC actúa elaborando normas y líneas directrices e interviniendo ante otras entidades en representación y defensa de los intereses comunes de sus miembros. Las empresas ferroviarias establecidas en la Comunidad se encuentran representadas en un grupo especial denominado «communauté des chemins de fer européens» («comunidad de ferrocarriles europeos»; en lo sucesivo, «CCE»).
- 55 Las demandantes sostienen que, aunque UIC no es destinataria de la Decisión impugnada, esta última la afecta sin embargo directa e individualmente, en el sentido del artículo 173 del Tratado, en la medida en que afecta directamente a los intereses de sus miembros establecidos en la Comunidad, representados por CCE, así como a sus propios intereses.

- 56 Por lo que respecta a los intereses de los miembros de UIC establecidos en la Comunidad, las demandantes alegan que la Decisión impugnada puede desalentar otras iniciativas innovadoras de cooperación entre empresas ferroviarias en el campo de los transportes internacionales de viajeros, y añaden que el recurso de UIC debería declararse admisible al mismo título que el de aquellos de sus miembros establecidos en la Comunidad, sean o no destinatarios de la Decisión.
- 57 En cuanto al interés para ejercitar la acción específico de UIC, las demandantes sostienen que la Decisión afecta directa e individualmente, en sí misma, a UIC, dado que pone en peligro la plena realización de uno de sus principales objetivos estatutarios, a saber, el refuerzo de la competitividad de la red internacional de ferrocarriles. Añaden que, aunque UIC no haya participado en el procedimiento administrativo que desembocó en la adopción de la Decisión impugnada (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de abril de 1995, AAC y otros/Comisión, T-442/93, Rec. p. II-1329), no es menos cierto que uno de sus grupos internos, CCE, participó efectivamente en reuniones preparatorias para la adopción de la Directiva 91/440.
- 58 La Comisión alega que la Decisión impugnada no afecta directa e individualmente a UIC y sostiene que el Tribunal no puede evitar pronunciarse sobre la legitimación de UIC. En efecto, una jurisprudencia según la cual, en el caso de que varios demandantes hayan interpuesto un único recurso, bastaría con que uno de ellos estuviera legitimado uno de ellos para declarar la admisibilidad del recurso en su conjunto, podría suscitar dificultades en lo que respecta a las costas y al derecho de la parte interesada a recurrir posteriormente en casación.
- 59 La Comisión añade que, según la jurisprudencia, una asociación, en su condición de representante de una categoría de empresarios, no se ve afectada individualmente por un acto que perjudica a los intereses generales de dicha categoría (sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes y otros/Consejo, asuntos acumulados 16/62 y 17/62, Rec. p. 901; de 18 de marzo de 1975, Union syndicale y otros/Consejo, 72/74, Rec. p. 401, y auto del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1979, Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays/Comisión, 60/79, Rec. p. 2429).

- 60 Además, la Comisión alega que, como UIC no participó en el procedimiento administrativo previo a la adopción de la Decisión impugnada ni presentó observación alguna tras ser publicadas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* las Comunicaciones de la Comisión de 29 de mayo de 1993 y de 4 de junio de 1994, dicha entidad no tiene ni interés ni legitimación para interponer el presente recurso (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión, 26/76, Rec. p. 1875; de 11 de octubre de 1983, Demo-Studio Schmidt, 210/81, Rec. p. 3045, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1995, BEMIM/Comisión, T-114/92, Rec. p. II-147). Por último, el papel desempeñado por CCE en la adopción de la Directiva 91/440 no permite individualizar a UIC en relación con la Decisión impugnada.

### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

- 61 Este Tribunal observa que la legitimación de NS, en cuanto destinataria de la Decisión recurrida, no ha sido impugnada y, dado que se trata de un único y mismo recurso, no procede examinar la legitimación de UIC (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1993, CIRFS y otros/Comisión, C-313/90, Rec. p. I-1125, apartado 31, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1996, Skibsværftsforeningen y otros/Comisión, T-266/94, Rec. p. II-1399, apartado 51).

### *3. Sobre la admisibilidad del recurso en el asunto T-388/94*

#### *Alegaciones de las partes*

- 62 La Comisión indica que la Decisión impugnada fue notificada a la demandante en su domicilio social mediante carta de fecha 22 de septiembre de 1994, recibida el 29 de septiembre, tal como lo prueba el acuse de recibo postal con un sello de SNCF en el que se indica esta última fecha. Conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1985, Cockerill-Sambre/Comisión (42/85, Rec. p. 3749), apartado 11, una notificación en el domicilio social de una sociedad cumple el cri-

terio de seguridad jurídica y permite a la sociedad de que se trate tener conocimiento del acto notificado, con independencia de la cuestión de si la persona competente para ello con arreglo a las reglas internas de la sociedad destinataria pudo efectivamente tener conocimiento de éste.

- 63 Habida cuenta de que, con arreglo al apartado 1 del artículo 102 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, el plazo fijado para la interposición de un recurso de anulación comienza a correr, en caso de notificación, al día siguiente de la misma y que dicho plazo asciende en total, en el presente caso, a dos meses más los seis días de plazo por razón de la distancia (apartado 2 del artículo 102 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y artículo 1 del Anexo II del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), la fecha límite para la interposición del recurso de SNCF contra la Decisión impugnada era, según la Comisión, el 6 de diciembre de 1994. Como el recurso fue interpuesto el 13 de diciembre de 1994, procede por consiguiente declarar la inadmisibilidad manifiesta del mismo, por haber sido presentado fuera de plazo (sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 1980, Belfiore/Comisión, 108/79, Rec. p. 1769; de 12 de julio de 1984, Ferriera Valsabbia/Comisión, 209/83, Rec. p. 3089, apartado 14, y Cockerill-Sambre/Comisión, antes citada, apartado 10).
- 64 La Comisión rechaza el argumento de la demandante de que, como la Decisión fue entregada a uno de sus empleados no autorizado para recibir el correo, no es este acuse de recibo el que ha de tenerse en cuenta para el cómputo del plazo para la interposición del recurso, sino un segundo acuse de recibo que se hallaba en el interior del sobre de la Decisión y que fue firmado el 7 de octubre de 1994 por una persona facultada para hacerlo. La Comisión subraya, en primer lugar, que según la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de mayo de 1991, Bayer/Comisión (T-12/90, Rec. p. II-219), apartado 20, el segundo acuse de recibo contenido en el sobre de la notificación de la Decisión de ninguna manera constituye una segunda notificación distinta de la efectuada por vía postal, dado que la forma de notificación adecuada es siempre el envío por carta certificada con acuse de recibo postal, pues este último permite determinar con certeza el momento en que empieza a correr el plazo. El envío de un segundo acuse de recibo no tiene otro objetivo que permitirle conocer con certeza la fecha en la que la empresa de que se trate tuvo conocimiento de la Decisión notificada, para el caso de que los servicios postales funcionaran mal y no le devolvieran el acuse de recibo postal. La precaución consistente en enviar un segundo acuse de recibo no pretende pues paliar el eventual fallo de los servicios postales consistente en entregar por error la carta a un empleado del destinatario



no autorizado para recibir una carta certificada, sino el fallo consistente en que los servicios postales no le devuelvan el acuse de recibo postal. Por lo demás, en Derecho francés, la firma de un acuse de recibo postal por un empleado de la persona jurídica destinataria no facultado para recibir una carta certificada no vicia de irregularidad la notificación efectuada por carta certificada con acuse de recibo.

- 65 En cuanto al argumento de SNCF en el que se invocan la fuerza mayor y el caso fortuito, la Comisión alega que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los problemas de transmisión en el seno de la sociedad destinataria no constituyen un caso fortuito o de fuerza mayor (sentencia Cockerill-Sambre/Comisión, antes citada, apartado 12), en particular cuando el mal funcionamiento se debe a faltas cometidas por los empleados de la empresa demandante (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Bayer/Comisión, C-195/91 P, Rec. p. I-5619, apartado 33).
- 66 Por último, por lo que respecta al argumento de SNCF basado en la existencia de un error excusable, la Comisión sostiene que dicho concepto sólo puede referirse a circunstancias excepcionales en las que, en particular, la Institución de que se trate haya adoptado un comportamiento de tal naturaleza que haya podido provocar una confusión comprensible en el ánimo de un justiciable de buena fe y que haya dado pruebas de toda la diligencia exigible a un operador de mediana experiencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 1995, Cobrecaf y otros/Comisión, T-514/93, Rec. p. II-621, apartado 40). Ahora bien, en el presente caso, el error cometido no se debió al comportamiento de la Comisión.
- 67 SNCF impugna la regularidad de la notificación y alega con carácter subsidiario que, aunque la notificación fuera regular, las circunstancias en que se produjo la recepción de la Decisión notificada deben calificarse de caso de fuerza mayor o caso fortuito, o en última instancia de error excusable.
- 68 Por lo que respecta a la irregularidad de la notificación, SNCF alega que, con arreglo al artículo L 9 del Código de Correos y Telecomunicaciones francés, las cartas recomendadas deben entregarse en propia mano a su destinatario o a su «apoderado». De ello se deduce que el acuse de recibo postal que prueba que ella recibió

la notificación es nulo. En efecto, dicho acuse de recibo no fue firmado por una de las personas en las que ella había delegado específicamente la facultad de firmar tales acuses de recibo. Además, el empleado de Correos aceptó que firmara el acuse de recibo una persona que no estaba facultada para ello. Por último, los servicios postales franceses devolvieron el acuse de recibo a la Comisión infringiendo su obligación de verificar la concordancia de la firma de la persona que efectivamente firmó el acuse de recibo con la firma de la persona que estaba facultada para hacerlo.

69 SNCF sostiene que, según la jurisprudencia, el hecho de que el acuse de recibo postal haya sido firmado por una persona facultada para ello, adscrita al departamento de correspondencia de la empresa destinataria, es un elemento decisivo de la regularidad de la notificación (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de mayo de 1991, Bayer/Comisión, antes citada, apartados 4 y 20; conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el asunto Cockerill-Sambre/Comisión, antes citado, Rec. p. 3750), tal como lo admitió por otra parte la propia Comisión en el asunto que dio lugar a la sentencia Ferriera Valsabbia/Comisión, antes citada.

70 De ello se deduce, según SNCF, que es el formulario de acuse de recibo ordinario, que la Comisión adjunta a la Decisión notificada a fin de permitirle conocer con certeza la fecha en que la empresa de que se trate tomó conocimiento de la Decisión, el que debe tenerse en cuenta en el presente caso, pues con él se pretende paliar las deficiencias de los servicios postales (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de mayo de 1991, Bayer/Comisión, antes citada). Las deficiencias que la jurisprudencia contempla no se limitan únicamente al supuesto de que los servicios postales no devuelvan el acuse de recibo a la Comisión, sino también al caso en el que los servicios postales incurren en la deficiencia de estampar por sí mismos la fecha en dicho acuse de recibo, sin obtener la firma de un representante de la sociedad destinataria debidamente facultado, por lo que un error de los servicios postales en su misión de entrega de las cartas certificadas debe impulsar a rechazar las informaciones que allí figuran (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, BASF y otros/Comisión, asuntos acumulados 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 y T-112/89, Rec. p. II-729, apartados 54 a 60). Dadas estas circunstancias, la fecha de recepción, y por consiguiente la fecha de notificación, fue el 7 de octubre de 1994, que es la que figura en el segundo acuse de recibo.

71 Con carácter subsidiario, SNCF sostiene que, aun si se admitiera que su recurso fue presentado fuera de plazo, el hecho de haberlo presentado fuera de plazo constituiría un caso fortuito o de fuerza mayor, en la medida en que la firma del acuse de recibo por una persona no autorizada es totalmente independiente de su voluntad y que, por su parte, ella ha dado pruebas de toda la diligencia necesaria para una recepción adecuada de las cartas certificadas. Subraya a este respecto que el empleado de Correos que entregó la Decisión notificada el 29 de septiembre de 1994 sabía pertinentemente que la persona que lo recibió no estaba habilitada al efecto y añade que los Tribunales franceses consideran que la entrega de una carta a una persona no habilitada al efecto constituye una negligencia grave de los servicios postales que puede dar lugar a una responsabilidad de la Administración.

72 Según SNCF, incluso si las circunstancias en que se produjo la notificación de la Decisión impugnada no constituyeran un caso de fuerza mayor, deberían calificarse, como mínimo, de error excusable. A este respecto, la demandante repite, en primer lugar, sus alegaciones sobre el incumplimiento por parte de los servicios postales de sus instrucciones específicas en materia de recepción de cartas certificadas y sostiene que, habida cuenta del modo en que dichos servicios cumplen en general sus obligaciones, su incumplimiento en el presente caso constituye un caso aislado y excepcional. Ahora bien, según ella, existe un error excusable cuando la deficiencia excepcional de los servicios postales ha provocado una confusión en la empresa destinataria, pues el concepto de error excusable no se limita únicamente al caso en el que es la Comisión quien ha provocado la confusión (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Bayer/Comisión, antes citada, apartado 26).

73 Además, SNCF reprocha a la Comisión haber adoptado unas prácticas poco rigurosas en materia de notificación de las Decisiones y considera que, en el presente caso, el error de SNCF ha sido provocado en parte por tales prácticas. En efecto, cuando se trata de cartas de mucha menor importancia (informaciones sobre la presentación de una denuncia, ofrecimiento de una posibilidad de presentar observaciones), la Comisión se toma la molestia de designar por su nombre al destinatario, mientras que una Decisión definitiva de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado susceptible de recurso de anulación, como lo es la del presente caso, ha sido enviada sin indicar un destinatario designado por su nombre.

- 74 Por último, SNCF afirma que la práctica de la Comisión de adjuntar su propio acuse de recibo a las Decisiones que notifica a las empresas, sin advertir a los destinatarios que una Decisión se considera notificada desde el momento en que el destinatario ha recibido la carta certificada y firmado el acuse de recibo, es una práctica engañosa y que puede fácilmente inducir a error.

### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

- 75 Este Tribunal recuerda, con carácter preliminar, que ya ha quedado establecido que, con arreglo a las disposiciones del párrafo tercero del artículo 173 del Tratado, puestas en relación con las del apartado 2 del artículo 102 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y del artículo 1 del Anexo II del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, al que se remite el apartado 2 del artículo 102 antes citado, en el caso de autos el plazo de recurso era de dos meses y seis días.
- 76 El Tribunal señala a continuación que, según reiterada jurisprudencia, la aplicación rigurosa de las normas comunitarias relativas a los plazos procesales obedece a la exigencia de seguridad jurídica y a la necesidad de evitar toda discriminación o trato arbitrario en la administración de la justicia. Constituye asimismo una reiterada jurisprudencia que la existencia de una notificación válida en el domicilio social de la empresa de que se trate no está supeditada en absoluto a la toma de conocimiento efectivo por parte de la persona que, según las reglas internas de la empresa destinataria, es competente en la materia, y que una Decisión queda debidamente notificada desde el momento en que se comunica a su destinatario y éste se encuentra en condiciones de tener conocimiento de la misma (sentencias Cockerill-Sambre/Comisión, antes citada, apartado 10, y BASF y otros/Comisión, antes citada, apartados 58 y 59).
- 77 Procede por consiguiente analizar si la notificación de la Decisión impugnada a SNCF se efectuó de modo regular, con arreglo a lo previsto por la normativa aplicable en materia de distribución de la correspondencia en Francia, en el sentido de que la Decisión fue entregada a un empleado de SNCF debidamente habilitado para recibir dicha correspondencia (sentencia BASF y otros/Comisión, antes citada, apartado 60).

78 Procede señalar a este respecto que, tal como resulta de los autos y de las respuestas de SNCF a las preguntas por escrito del Tribunal, los servicios postales franceses, a pesar de hallarse en posesión de unos poderes válidos otorgados por SNCF, por los que se delegaba en ciertas personas habilitadas al efecto la recepción de la correspondencia dirigida a sus diferentes servicios y empleados, no entregaron la Decisión impugnada a una de estas personas, sino a una tercera persona no habilitada. Ahora bien, según ha subrayado la demandante sin que la Comisión la contradijera, los empleados del Servicio de Correos francés sólo pueden entregar el correo certificado a los destinatarios designados por sus nombres o, en ausencia de éstos, a sus apoderados, es decir, a las personas que hayan recibido un poder válido.

79 De ello se deduce que, en la medida en que la Decisión impugnada fue entregada a un agente de la demandante no autorizado para recibir la correspondencia, infringiendo así las reglas antes mencionadas, dicha Decisión no fue debidamente notificada a SNCF, de modo que el plazo para la interposición del recurso sólo empezó a correr a partir de la recepción y firma del segundo acuse de recibo, es decir, el 7 de octubre de 1994, y no a partir de la fecha de la firma del primer acuse de recibo, el 29 de septiembre de 1994. El Tribunal considera que la sentencia Cockerill-Sambre/Comisión, antes citada, invocada por la Comisión en apoyo de su motivo basado en el carácter extemporáneo del recurso, no es pertinente en el presente caso, pues en dicho asunto no se planteaba de la cuestión de la notificación regular de una Decisión de la Comisión a través de los servicios postales a un empleado de la empresa destinataria debidamente habilitado para recibir dicha correspondencia, sino la de si la empresa destinataria podía justificar la presentación fuera de plazo de un recurso de anulación, tras una notificación regular en su domicilio social, invocando sus reglas internas sobre las personas competentes para tomar conocimiento efectivo de la correspondencia que le había sido enviada (véase el apartado 10 de la sentencia Cockerill-Sambre/Comisión, antes citada). Lo mismo puede decirse de la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Bayer/Comisión, antes citada, en la que no se discutía el hecho de que los servicios postales hubieran efectuado una notificación regular de la Decisión impugnada a un «apoderado» del departamento de correspondencia de Bayer. También en esta sentencia se trataba únicamente de saber si, a pesar de que la Decisión de la Comisión había sido debidamente notificada en el domicilio social de Bayer, esta última podía sin embargo basarse en el funcionamiento defectuoso de sus servicios internos para justificar la presentación fuera de plazo de su recurso de anulación (apartados 2 y 20 de la sentencia). Ahora bien, tal como se acaba de subrayar, lo que se discute en el presente asunto es la regularidad de la notificación en sí misma, es decir, el funcionamiento de los servicios postales (aspecto externo de la notificación) y no el funcionamiento interno de los servicios de SNCF (aspecto interno de la notificación).

- 80 Por lo tanto, por haber sido interpuesto dentro del plazo fijado, procede declarar la admisibilidad del presente recurso.

### Sobre el fondo del asunto

- 81 Según los motivos y alegaciones de las partes demandantes, son esencialmente cuatro las razones por las que procede anular la Decisión impugnada, a saber: en primer lugar, no concurren en el presente caso ninguno de los elementos que constituyen las infracciones contempladas en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ya que los acuerdos ENS no pueden restringir la competencia, de modo que la Decisión adolece de una apreciación incorrecta e incompleta de los hechos, de un error de Derecho evidente y de un defecto de motivación; en segundo lugar, al aplicar las normas sobre la competencia, la Comisión ha sobrepasado los límites del marco normativo que traza la Directiva 91/440; en tercer lugar, la Comisión ha sometido la exención otorgada a unos requisitos desproporcionados y, en cuarto lugar, la exención otorgada a los acuerdos notificados es de una duración demasiado breve (ocho años). Por último, en el recurso T-384/94, SNCF alega además que procede anular la Decisión impugnada en la medida en que la Comisión consideró inaplicable a los acuerdos ENS la excepción técnica prevista en el artículo 3 del Reglamento nº 1017/68.

*1. Sobre el primer motivo, basado en una apreciación incorrecta e incompleta de los hechos, en un error de Derecho evidente y/o en el incumplimiento de la obligación de motivar debidamente la Decisión impugnada, en la medida en que la Comisión decidió que la creación de ENS tenía por objeto y por efecto restringir la competencia*

- 82 El presente motivo consta de dos partes, la primera basada en la definición errónea del mercado de referencia y en la inexistencia de efecto sensible de los acuerdos ENS sobre el comercio entre los Estados miembros, y la segunda en la inexistencia de efectos restrictivos de la competencia derivados de dichos acuerdos.

*Primera parte: sobre la definición del mercado de referencia y sobre la inexistencia de efecto sensible de los acuerdos ENS sobre el comercio entre los Estados miembros*

## Alegaciones de las partes

- 83 Las demandantes recuerdan que, en su Decisión, la Comisión ha definido los mercados afectados indicando que dichos mercados son los del transporte, por una parte de hombres de negocios, y por otra de turistas, en cada una de las líneas cubiertas por ENS. Alegan que, según las previsiones sobre la demanda en 1995 que se recogen en su notificación (cuadro 17, p. 26 de la notificación), los servicios de ENS no cubrirían probablemente más del 4 % de dicho mercado (a saber, un 2,4 % del mercado de viajes de negocios y un 5 % del mercado de viajes de placer). Ahora bien, con arreglo a la Comunicación de la Comisión de 3 de septiembre de 1986 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DO 1986, C 231, p. 2), dichas cuotas de mercado son demasiado pequeñas para tenerse en cuenta. Aun analizando separadamente cada línea, del cuadro 17 de la notificación se deduce que las únicas cuotas de mercado superiores al 4 % que probablemente obtendría ENS son las correspondientes a los viajes de placer en las líneas Londres-Amsterdam y Londres-Francfort/Dortmund, de un 6 % y de un 7 % respectivamente. En cuanto a la tesis de la Comisión de que una cuota de mercado del 5 % justifica que se considere que la empresa analizada tiene suficiente importancia para que su comportamiento pueda en principio afectar al comercio entre Estados miembros, las demandantes se remiten a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Langnese-Iglo/Comisión (T-7/93, Rec. p. II-1533), y Schöller/Comisión (T-9/93, Rec. p. II-1611), de las que se deduce que una cuota de mercado del 5 % no basta por sí sola para llegar a la conclusión de que existe una restricción sensible de la competencia. Se subraya además en la notificación que la cuota de mercado de ENS permanecerá sin cambios, o incluso disminuirá, puesto que se prevé que el mercado crezca más deprisa que la capacidad de ENS para aumentar la frecuencia de sus servicios (notificación, p. 27, punto II.4. c.6). El mercado afectado, que es el de los dos servicios antes mencionados (viajes de negocios, viajes de placer), resulta pues muy extenso, y resulta evidente que ENS no dispone de capacidad para influir en los precios, la calidad y la disponibilidad de los servicios, ni para excluir o debilitar la competencia.

- 84 En cuanto a la afirmación de la Comisión en su escrito de contestación, según la cual la cuota de mercado de ENS en el segmento de viajes de negocios debía calcularse tomando como referencia los vuelos a primera hora de la mañana y a última hora de la tarde y no el total de vuelos disponibles durante las veinticuatro horas del día en una línea dada, las demandantes sostienen que dicha afirmación constituye una nueva definición del mercado afectado y que no existe prueba alguna que la apoye.
- 85 La Comisión alega que la cuota de mercado de ENS no debe calcularse, como proponían las partes notificantes en su notificación, tomando como referencia el mercado general de transporte de viajeros entre el Reino Unido, por una parte, y Francia, Alemania y países del Benelux, por otra, mercado geográfico en el que ENS sólo supondría un 2,4 % del segmento de viajes de negocios y un 5 % del segmento de viajes turísticos, es decir, una cuota de mercado global de alrededor del 4 %. En su opinión, en efecto, el mercado afectado se limita a las líneas efectivamente cubiertas por ENS, a saber: Londres-Amsterdam, Londres-Francfort, París-Glasgow/Swansea, Bruselas-Glasgow/Plymouth (punto 29 de la Decisión). Partiendo de dicha definición del mercado, ENS supondría entonces una cuota de mercado de un 7 % como mínimo en el segmento de viajes de negocios y de un 8 % en el segmento de viajes turísticos, según las cifras aportadas en su notificación por las participantes en el acuerdo ENS.
- 86 Ahora bien, según la jurisprudencia, una cuota de mercado del 5 % justifica que se considere que la empresa de que se trata tiene una importancia suficiente para que su comportamiento pueda en principio afectar al comercio entre los Estados miembros (sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión, 19/77, Rec. p. 131; de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion Française y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80, 101/80, 102/80 y 103/80, Rec. p. 1825, y de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151). La misma regla puede aplicarse a las restricciones de la competencia a que puede dar lugar un acuerdo entre empresas. La Comisión afirma a este respecto que, en contra de lo alegado por los demandantes, no se deduce de las sentencias Langnese-Iglo/Comisión y Schöller/Comisión, antes citadas, que una cuota de mercado superior al 5 % sea insuficiente por sí sola para permitir llegar a la conclusión de que existe una restricción apreciable de la competencia.



87 Además, según la Comisión, la cuota de mercado de ENS en el segmento del mercado afectado correspondiente a los viajes de negocios es mucho más importante. En efecto, del análisis del mercado recogido en la notificación se deduce que la cuota de ENS en dicho segmento del mercado debería calcularse tomando como única referencia los vuelos a primera hora de la mañana y a última hora de la tarde, y no el total de vuelos disponibles las veinticuatro horas del día en una línea dada. La Comisión subraya además que las previsiones de cuotas de mercado sólo se refieren al año 1995, es decir, al primer año de explotación de los servicios de ENS según lo previsto y que, habida cuenta de la fuerza real de las empresas ferroviarias interesadas en los mercados afectados y de su clientela real y potencial, es probable que dicha cuota de mercado aumente. Por consiguiente, dicha Institución tiene buenas razones para considerar que los acuerdos ENS eliminan o restringen sensiblemente las posibilidades de competencia.

88 El Reino Unido sostiene, como parte coadyuvante, que la definición de los mercados afectados que da la Comisión es artificialmente estrecha. Por una parte, el mercado geográfico debería incluir, en conjunto, el Reino Unido, Francia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo y Alemania. Por otra parte, el hecho de que en los mercados afectados coexistan diferentes modos de transporte sólo se tiene en cuenta en la parte de la Decisión relativa a la concesión de una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Por último, según el Reino Unido, las partes en un acuerdo que controla una cuota de mercado inferior al 10 % no ejercen en general poder alguno sobre el mercado, sea cual sea la importancia de su volumen de negocios, de modo que, por debajo de dicho límite, es preciso que se den circunstancias especiales para que el objeto o el efecto contrario a la competencia del acuerdo en cuestión sea suficientemente nocivo o sensible.

89 La Comisión replica que la tesis formulada por el Reino Unido, según la cual únicamente una cuota de mercado del 10 % puede justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, no tiene fundamento alguno en la jurisprudencia.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

90 Con carácter preliminar procede señalar que, para valorar los efectos de los acuerdos ENS sobre la competencia y sobre el comercio entre Estados miembros, la Comisión

ha definido, en la Decisión impugnada, dos mercados de servicios pertinentes, a saber, un mercado de transporte de personas que viajan por motivos profesionales, para los que el transporte aéreo en vuelo regular y el transporte ferroviario de alta velocidad constituyen sistemas de transporte alternativos (mercado «intermodal» de viajes de negocios), y un mercado de transporte de personas que efectúan viajes de placer, para quienes los servicios alternativos pueden ser el avión en clase económica, el tren, el autobús y, en algunos casos, el automóvil individual (mercado «intermodal» de viajes de placer) (véanse los puntos 26 y 27 de la Decisión).

91 Por otra parte, la Comisión ha considerado, remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803), que el mercado geográfico de referencia debía limitarse a las líneas efectivamente cubiertas por ENS (apartados 28 y 29 de la Decisión), a saber:

— Londres-Amsterdam

— Londres-Francfort/Dortmund

— París-Glasgow/Swansea

— Bruselas-Glasgow/Plymouth

92 Como las demandantes no han impugnado esta definición del mercado geográfico, de ello se deduce que la valoración de los acuerdos ENS habría debido efectuarse tomando como única referencia los cuatro mercados geográficos distintos antes mencionados y únicamente en el marco de un mercado intermodal que comprende diversos medios de transporte, tales como el tren, el avión, el autobús y el automóvil. Es preciso por lo tanto examinar, partiendo de esta base, si la Comisión ha evaluado correctamente las cuotas de mercado de ENS para llegar a la conclusión

de que los acuerdos ENS ejercían un efecto sensible sobre el comercio entre los Estados miembros, habida cuenta de que, según la notificación de las partes demandantes, dichas cuotas de mercado no sobrepasarían el límite crítico del 5 % y serían en todo caso insignificantes.

93 A este respecto, este Tribunal advierte que la Decisión impugnada no contiene referencia alguna a las cuotas de mercado de ENS ni a las cuotas de mercado de otros operadores, competidores de ENS, que están también presentes en los diferentes mercados intermodales que la Comisión ha considerado mercados pertinentes a efectos de aplicar el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. De ello se deduce que, aun suponiendo que, en contra de lo que alegan las partes demandantes, los acuerdos ENS restrinjan la competencia, no es menos cierto que, al no existir en la Decisión impugnada tales criterios de análisis del mercado pertinente, este Tribunal no está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión de si las supuestas restricciones de competencia tienen un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros y se hallan comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, en especial habida cuenta de la competencia intermodal que caracteriza, según la propia Decisión, los dos mercados de servicios afectados.

94 Únicamente en la fase de procedimiento contencioso ante este Tribunal se ha referido por primera vez la Comisión a la notificación de las partes para afirmar que de ella se deducía que «incluso basándose en las previsiones modestas —y, por su propia naturaleza, restrictivas— de ENS, que parten de una definición más restringida del mercado, la cuota de mercado de Night Services sería de un 7 % en el segmento de los viajes de negocios, y de un 8 % en el segmento de viajes turísticos». Además, ha sido también en la fase escrita del procedimiento cuando ha alegado por primera vez que, por lo que respecta al segmento del mercado de viajes de negocios, es preciso calcular la cuota de mercado de ENS tomando como referencia los vuelos a primera hora de la mañana y a última hora de la tarde, y no el total de vuelos disponibles las veinticuatro horas del día en una línea dada, lo que pone de relieve que la cuota de mercado de ENS es en realidad mucho más importante.

95 Ahora bien, aunque, según reiterada jurisprudencia, en la motivación de las decisiones que debe tomar para garantizar la aplicación de las normas sobre la competencia, la Comisión no está obligada a discutir todos los elementos de hecho y de

Derecho y consideraciones que la llevaron a adoptar tal Decisión, no es menos cierto que el artículo 190 del Tratado la obliga a mencionar, al menos, los hechos y las consideraciones que revisten una importancia esencial en la estructura de su Decisión, permitiendo así al órgano jurisdiccional comunitario y a las partes interesadas conocer las condiciones en las que ha aplicado el Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1995, Publishers Association/Comisión, C-360/92 P, Rec. p. I-23, apartado 39; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión, T-290/94, Rec. p. II-2137, apartado 150, y de 19 de febrero de 1998, DIR International Film y otros/Comisión, asuntos acumulados T-369/94 y T-85/95, Rec. p. II-357, apartado 117). Se deduce además de la jurisprudencia que, salvo en circunstancias excepcionales, la motivación debe figurar en el cuerpo mismo de la Decisión y no puede ser explicada por primera vez y *a posteriori* ante el órgano jurisdiccional (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comisión, T-61/89, Rec. p. II-1931, apartado 131; de 21 de marzo de 1996, Farrugia/Comisión, T-230/94, Rec. p. II-195, apartado 36, y de 12 de diciembre de 1996, Rendo y otros/Comisión, T-16/91 RV, Rec. p. II-1827, apartado 45).

96 Se deduce de la mencionada jurisprudencia que, cuando una Decisión de la Comisión por la que se aplica el apartado 1 del artículo 85 del Tratado adolece de omisiones importantes, tales como la falta de referencia a las cuotas de mercado de las empresas afectadas, la Comisión no puede subsanarlas invocando por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia datos y otros criterios de análisis que permitan verificar que efectivamente concurren en el caso de autos los elementos esenciales para la aplicación del apartado 1 del artículo 85, a menos que se trate de criterios de análisis que no hayan sido impugnados por ninguna de las partes en el procedimiento administrativo previo.

97 Pues bien, de las estimaciones aportadas por las demandantes en su notificación se deduce que las cuotas de mercado de ENS no debían sobrepasar el 4 %, y que únicamente partiendo de una definición estrecha del mercado podían eventualmente dichas cuotas alcanzar un 7 % para el mercado de viajes de negocios y un 8 % para el mercado de viajes de placer (véase el punto 2.1.2 del resumen de la notificación), sin ejercer no obstante un efecto sensible sobre la competencia. De ello se deduce que, por lo que respecta al efecto de los acuerdos ENS sobre el comercio entre Estados miembros, las partes demandantes y la Comisión no partían de las mismas premisas, pues aquéllas consideraban que los acuerdos examinados no tenían un efecto sensible sobre el comercio intracomunitario. Por consiguiente, la Comisión

está obligada a motivar suficientemente su opinión de que los efectos de los acuerdos ENS sobre el comercio entre Estados eran apreciables.

- 98 Por otra parte procede añadir que, aun suponiendo que la Comisión pudiera invocar por primera vez ante este Tribunal ciertos datos y criterios de análisis en apoyo de la procedencia de su Decisión, no por ello deja de ser cierto que las conclusiones que la Comisión extrajo de la notificación de las partes (véase el apartado 94 *supra*) no son correctas. En efecto, el cuadro 17 de la notificación (p. 26) indica que las cuotas de mercado de ENS en el segmento de viajes de negocios serían inferiores al 5 % en todas las líneas de que se trata:

— Londres-Amsterdam:	3 %,
— Londres-Francfort/Dortmund:	3 %,
— París-Glasgow/Swansea:	4 %,
— Bruselas-Glasgow/Plymouth:	1 %.

- 99 En el segmento de viajes de placer, el mismo cuadro 17 de la notificación de las partes muestra que únicamente en dos de las cuatro líneas explotadas por ENS la cuota de mercado de esta última superaría el 5 %, sin alcanzar en cualquier caso el límite del 8 % en el que insiste la Comisión:

— Londres-Amsterdam:	7 %,
— Londres-Francfort/Dortmund:	6 %,
— París-Glasgow/Swansea:	4 %,
— Bruselas-Glasgow/Plymouth:	4 %.

100 Además, la notificación afirma que las cuotas de mercado de ENS en el mercado de viajes de placer debían permanecer estables o incluso disminuir, dadas las perspectivas de crecimiento del mercado en su conjunto y habida cuenta de las limitadas posibilidades de aumento de la capacidad de ENS. Ahora bien, si bien es cierto, tal como se ha recordado hace un instante, que la Comisión no está obligada a discutir todos los puntos de hecho y de Derecho suscitados en el procedimiento administrativo previo a la adopción de la Decisión impugnada, esta última consideración de las partes notificantes constituía un argumento esencial en apoyo de su opinión de que los efectos de los acuerdos ENS sobre el comercio entre Estados eran insignificantes. Por tanto, en contra de lo que afirma la Comisión, no cabe llegar a la conclusión de que, según la notificación, la cuota de mercado de ENS en el mercado de viajes de placer era de un 8 %, y ni siquiera a la de que superaba el 5 %.

101 Procede señalar a este respecto que, si bien es cierto que en los puntos 2.1.2 del resumen de la notificación y II.4. c.5.2.(d) de la notificación las partes han afirmado, entre otras cosas, que la cuota de mercado de ENS podría quizá llegar a ser de un 7 % en el segmento de viajes de negocios y de un 8 % en el segmento de viajes turísticos, procede subrayar que, según las partes notificantes, dichas cuotas sólo podrían darse si se partiera de una definición más restrictiva del mercado, basada en los trayectos «de ciudad a ciudad» («city to city flows») y excluyendo de ella la competencia residual de automóviles y autobuses. Además, dichas estimaciones de las partes se referían a cuotas de mercado medias en un mercado geográfico global y no a los cuatro itinerarios que efectivamente explota ENS y que la Comisión considera acertadamente que constituyen los distintos mercados geográficos pertinentes para la valoración de los acuerdos ENS. De ello se deduce que, en la medida en que, por una parte, la Decisión impugnada no ha definido los mercados afectados tomando como referencia el tráfico «de ciudad a ciudad», sino un tráfico que comprende varios destinos (por ejemplo, de París a Glasgow y Swansea), ni ha excluido en absoluto, por otra parte, de la definición del mercado la competencia residual de automóviles y autobuses, ni ha valorado, por último, los efectos de los acuerdos ENS por referencia a un mercado geográfico global, sino tomando como referencia los cuatro itinerarios que efectivamente explota ENS, la Comisión no podía utilizar en sus estimaciones las cuotas de mercado del 7 % y del 8 % antes mencionadas.

102 En todo caso, aunque la cuota de mercado de ENS en el mercado de transporte de turistas superara, de hecho, el 5 % en ciertas líneas y ascendiera así a un 7 % en la línea Londres-Amsterdam y a un 6 % en la línea Londres-Francfort/Dortmund, tal

como se acaba de indicar (véase el apartado 94 *supra*), procede recordar que, con arreglo a la jurisprudencia, un acuerdo puede eludir la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado cuando sólo afecte al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la escasa importancia de la posición de los interesados en el mercado de productos o de servicios afectado (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, Völk, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7). Por lo que respecta a la cuantificación de su incidencia en el mercado, la Comisión ha alegado que, con arreglo a su Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, antes citada, a un acuerdo se le aplica el apartado 1 del artículo 85 cuando la cuota de mercado de las partes contratantes es del 5 %. Sin embargo, este Tribunal observa que la mera posibilidad de alcanzar o incluso superar dicho límite no permite concluir con certeza que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado es aplicable al acuerdo. En efecto, según el propio tenor literal del punto 3 de la Comunicación antes mencionada, «la definición de orden cuantitativo dada por la Comisión al carácter sensible no tiene sin embargo un valor absoluto» y «es perfectamente posible que, en casos particulares, acuerdos firmados por empresas que rebasen estos umbrales sólo afecten al comercio entre Estados miembros o a la competencia en una medida insignificante y, por tanto, no les afecten las disposiciones del apartado 1 del artículo 85» (véase también la sentencia Langnese-Iglo/Comisión, antes citada, apartado 98). Procede señalar por lo demás, a título de mera observación, que dicho análisis se ve corroborado por la Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia (DO 1997, C 372, p. 13) que reemplazó a la Comunicación de la Comisión de 3 de septiembre de 1986 antes citada, en la que se afirma que incluso acuerdos que no son de menor importancia pueden escapar a la prohibición de este tipo de acuerdos debido a su influencia exclusivamente favorable sobre la competencia.

- 103 En estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia considera que cuando, como ocurre en el presente caso, unos acuerdos horizontales entre empresas alcanzan o superan apenas el límite del 5 %, límite que la propia Comisión considera un límite crítico, capaz de justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, dicha Institución se encuentra obligada a aportar una motivación suficiente sobre las razones por las que considera que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado es aplicable a dichos acuerdos. Lo mismo puede decirse con mayor razón aún cuando, como ocurre en el presente caso, por una parte, tal como expusieron en su notificación las partes demandantes, ENS debe actuar en mercados dominados en buena medida por otros medios de transporte, como el avión, y cuando, por otra parte, tal como han alegado las demandantes, dadas las perspectivas de crecimiento de la demanda en los mercados pertinentes y teniendo en cuenta las limitadas posibilidades de aumento de la capacidad de ENS, sus cuotas

de mercado o disminuirán o permanecerán estables. Una motivación de este tipo sería igualmente necesaria en el caso de autos si se tiene en cuenta que, tal como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia *Musique Diffusion Française* y otros/ Comisión, antes citada, un acuerdo puede ejercer una sensible influencia sobre la corriente de intercambios entre los Estados miembros aunque las cuotas de mercado de las empresas demandantes no sobrepasen el 3 %, siempre y cuando dichas cuotas de mercado sean superiores a las de otros competidores (apartado 86).

104 Pues bien, este Tribunal advierte que en el caso de autos falta una motivación de estas características.

105 Se deduce de las consideraciones precedentes que la Decisión impugnada no contiene una motivación que permita al órgano jurisdiccional comunitario pronunciarse sobre las cuotas de mercado de ENS en los diferentes mercados pertinentes ni, por tanto, sobre el sensible efecto de los acuerdos ENS sobre el comercio entre Estados miembros. Procede, pues, anular la Decisión por este motivo.

*Segunda parte: valoración de los efectos restrictivos de los acuerdos ENS sobre la competencia*

Alegaciones de las partes

106 Las demandantes sostienen que los acuerdos ENS no restringen la competencia ni entre los fundadores ni entre éstos y ENS ni frente a terceros, y que la presencia de redes de empresas comunes en el mercado ferroviario no refuerza en modo alguno las restricciones de la competencia alegadas. Sostienen además que los efectos favorables derivados de los acuerdos ENS tienen más importancia que las presuntas restricciones que de ellos se derivarían. La Decisión adolece pues de un defecto de motivación o, como mínimo, de errores manifiestos de apreciación.



- 107 Por lo que respecta, en primer lugar, a las restricciones de la competencia entre fundadores y entre éstos y ENS, las demandantes sostienen que, habida cuenta de las graves dificultades que tendrán que afrontar las empresas ferroviarias y ENS, no es posible alegar que en los mercados afectados podría surgir una competencia apreciable entre las empresas ferroviarias por los nuevos servicios que ofrecerá ENS. ENS y EPS invocan a este respecto una carta de Lazard Brothers a BR de 27 de abril de 1992 (anexo 7 de la notificación), según la cual ninguna de las empresas ferroviarias habría asumido por sí sola estos riesgos, tal como la Comisión ha reconocido en su Decisión. Además, la adquisición del material móvil entraña diversos costes fijos de un importe tal que una empresa sólo puede obtener beneficios si su producción alcanza un volumen mínimo comparable al que espera obtener ENS. Individualmente, ninguna de las empresas ferroviarias se habría encontrado pues en condiciones de incrementar el volumen de sus servicios hasta alcanzar esta cantidad mínima.
- 108 UIC y NS añaden a este respecto que no pueden existir restricciones de la competencia potencial entre los participantes en los acuerdos ENS puesto que, con arreglo a la Directiva 91/440, ninguna de las empresas ferroviarias estaría en condiciones de explotar por sí sola una u otra de las líneas de que se trata, sino que estaría obligada a participar en una agrupación internacional. Así, por ejemplo, SNCF y EPS no habrían podido explotar la línea Londres-Amsterdam sin la participación de NS. Al ser EPS y NS «socios obligados» en toda agrupación internacional que explotara dicha línea, la participación adicional de SNCF, que no es un competidor real o potencial de NS o EPS en la mencionada línea, no puede constituir por tanto una restricción de la competencia. En cuanto al hecho de que ENS explote una línea cuyo punto de destino se encuentra en Bélgica sin que la empresa ferroviaria belga, SNCB, participe en los acuerdos ENS, las demandantes subrayan que el hecho de que SNCB preste a ENS ciertos «servicios indispensables» se debe a una decisión puramente comercial y no a una obligación impuesta por el Derecho comunitario.
- 109 En la medida en que procede considerar que las cuatro líneas explotadas por ENS constituyen cuatro mercados geográficos distintos (punto 29 de la Decisión), de ello se deduce que procede considerar igualmente que los cuatro enlaces ferroviarios no compiten los unos con los otros, de modo que la explotación combinada de los cuatro enlaces en una sola agrupación no constituye una restricción de la competencia.

- 110 En cuanto a la tesis de que los acuerdos ENS restringen la competencia entre los participantes en los acuerdos y las nuevas empresas ferroviarias, incluidas las filiales de empresas existentes, en su opinión carece de fundamento. En efecto, en la medida en que se trate de nuevas empresas, dicha consideración carece de pertinencia para el análisis de eventuales restricciones de la competencia entre las empresas participantes. Constituye una mera hipótesis la afirmación de que los fundadores podrían crear filiales en países distintos del propio en los que ENS prestara servicios, filiales que podrían obtener el estatuto de «empresas ferroviarias» en el sentido de la Directiva 91/440 y con las que cada una de las empresas ferroviarias interesadas podría organizar transportes nocturnos mediante una agrupación que excluyera a cualquier otro participante en ENS. Por una parte, ninguna de las empresas ferroviarias que participan en ENS tiene de hecho filiales de este tipo. Por otra parte, las empresas ferroviarias no pueden crear filiales que tengan el estatuto de empresas ferroviarias en los Estados miembros en que existen otras empresas ferroviarias, al menos mientras no empiecen a aplicarse las dos propuestas de Directiva que completan el marco normativo establecido por la Directiva 91/440. Por otra parte, aunque existiera ya un marco normativo de este tipo, resulta totalmente absurdo desde un punto de vista comercial pensar que, por ejemplo, DB crearía su propia empresa ferroviaria en los Países Bajos para explotar con EPS un enlace ferroviario nocturno entre el Reino Unido y Amsterdam sin intervención de NS. En cualquier caso, las conclusiones de la Comisión resultan especialmente criticables si se tiene en cuenta que la cooperación en el seno de ENS no es excluyente, pues ninguna cláusula de los acuerdos ENS impide a los participantes participar en otra agrupación que compita con ENS.
- 111 SNCF añade a este respecto que, en contra de lo que sostiene la Comisión, no existe la posibilidad de que cada compañía ferroviaria cree una filial en otros Estados miembros con vistas a constituir con ella una agrupación, debido a la existencia de moratorias legales en los Estados miembros y de la inexistencia de una normativa del Consejo que confiera un derecho de establecimiento de este tipo. Por otra parte, el hecho de que en los acuerdos ENS participen varias empresas ferroviarias carece de consecuencias, dado que dichas empresas operan en trayectos distintos y no se encuentran pues en competencia en los demás mercados geográficos tomados en consideración. Por último, SNCF subraya que una sola empresa no puede asumir los riesgos económicos derivados de la creación de ENS, tal como reconoce la Comisión en el punto 63 de su Decisión.

- 112 Asimismo, el argumento de la Comisión según el cual cada empresa ferroviaria podría actuar como «operador de transporte» ferroviario fuera del país en el que está establecida, comprando a las empresas afectadas los servicios ferroviarios indispensables, parte de una descripción poco realista del mercado y es incompatible con el régimen que establece la Directiva 91/440. Así por ejemplo, nada justifica la suposición de que DB estaría interesada en crear una estructura especial y en negociar derechos de acceso con la empresa administradora de la infraestructura ferroviaria británica, SNCF y NS, a fin de crear un enlace ferroviario nocturno entre Amsterdam y Londres. Un comportamiento semejante no sería por otra parte posible desde un punto de vista comercial, pues ninguno de los participantes en los acuerdos ENS dispone de medios financieros y comerciales suficientes.
- 113 El razonamiento de la Comisión se basa igualmente en una descripción del mercado que es incompatible con el régimen de la Directiva 91/440. En efecto, al crear una distinción artificial entre las empresas ferroviarias y una nueva clase hipotética de participantes en el mercado, denominados «operadores de transportes», la Comisión ha creado, en opinión de SNCF, unos derechos de acceso y de tránsito que la Directiva no prevé. Por otra parte, el análisis de la Comisión implica en definitiva que toda creación de una agrupación internacional restringe en sí misma la competencia, por la mera razón de que quienes participan en ella habrían podido crear igualmente otra agrupación. Un razonamiento de este tipo resulta especialmente inaceptable si se tiene en cuenta que resulta imposible para las empresas ferroviarias participantes determinar cómo deberán organizarse los servicios de ENS una vez que expire la exención otorgada, y que ello tiene por efecto desalentar otras iniciativas de empresas ferroviarias de la Comunidad en materia de nuevos servicios de transporte internacionales.
- 114 Por lo que respecta, en segundo lugar, a las supuestas restricciones al acceso de terceros (puntos 46 a 48 de la Decisión impugnada), las demandantes sostienen que el análisis de la Comisión es erróneo tanto material como jurídicamente. En primer lugar, la posibilidad de excluir el acceso de terceros debe apreciarse tomando como referencia los mercados intermodales afectados en los que operará la empresa común y en los que, según los puntos 26 y 27 de la Decisión, existen otros medios de transporte alternativos. Ahora bien, dicho análisis se basa en una definición del mercado diferente, a saber, el mercado de suministro de los servicios ferroviarios indispensables, que es distinta de la definición expresamente fijada en la Decisión.

- 115 En segundo lugar, la apreciación de la Comisión se basa en la premisa errónea de que ENS debería considerarse un «operador de transporte» al que las sociedades matrices prestan servicios ferroviarios. Ahora bien, ENS no es un operador de transporte, sino una agrupación internacional de empresas ferroviarias en el sentido de la Directiva 91/440, creada para permitir a las empresas que la fundan suministrar prestaciones de transporte internacional de viajeros, conforme al apartado 1 del artículo 10 de la Directiva. A este respecto, el hecho de que las empresas matrices hayan optado por una agrupación que adopta la forma de sociedad carece de pertinencia en cuanto a la calificación jurídica de ENS. Así, en contra de lo que sostiene la Comisión, habida cuenta de que son las propias empresas fundadoras quienes suministran prestaciones de transporte a los viajeros a través de la agrupación de que se trata, es imposible que existan un primer mercado de prestación de servicios ferroviarios a los operadores y un mercado diferente en el que operaría ENS, tal como afirma la Decisión. En cualquier caso, las conclusiones de la Comisión se basan en la hipótesis errónea de que todo «operador de transporte» de la naturaleza que sea (por ejemplo, una cadena de hoteles) tiene derecho a solicitar que se le suministren locomotoras.
- 116 En tercer lugar, el argumento de la Comisión se basa en la errónea hipótesis de que EPS es una filial al 100 % de BR y/o de la empresa administradora de la infraestructura británica Railtrack y ocupa una posición dominante en el Reino Unido, mientras que en realidad EPS ha sido cedida por BR al Gobierno del Reino Unido (véase el apartado 11 *supra*) y su posición difícilmente puede calificarse de dominante, sea cual sea el mercado que se considere. En efecto, en su escrito a la Comisión de 30 de junio de 1994 (anexo 9 de su recurso), EPS ha recordado a la Comisión que no es ni propietaria ni administradora de la infraestructura y que en la red del Reino Unido sólo tiene acceso a los turnos horarios que se le han concedido y que necesita, los cuales representan una pequeña parte de los turnos horarios correspondientes a las líneas en cuestión. Del mismo modo, EPS emplea únicamente un escaso personal ferroviario y su parque de locomotoras es reducido. De ello se deduce que EPS no se encuentra en posición dominante en cuanto al acceso a la infraestructura de la red británica.
- 117 En cuarto lugar, la Comisión no ha explicado por qué la presunta potencia económica de las empresas ferroviarias participantes constituye, en sí misma, un obstáculo para el acceso de terceros al mercado. En efecto, el argumento basado en la existencia de competidores actuales o potenciales y en el perjuicio para la competencia

en el primer mercado que se derivaría de las pretendidas relaciones privilegiadas entre las empresas ferroviarias y ENS constituye una mera especulación. Aunque las empresas ferroviarias fueran las únicas que tuvieran locomotoras y aunque todas ellas se negaran a suministrar locomotoras a un nuevo operador, el efecto sobre los mercados afectados, correctamente definidos, sería en realidad mínimo. Por otra parte, según la Directiva 91/440, las empresas ferroviarias participantes se encuentran obligadas en cualquier caso, en su condición de administradores de infraestructuras, a prestar ciertos servicios a terceros. Además, la adquisición de locomotoras (en especial de ocasión) mediante alquiler, «leasing» o cualquier otro método no constituye una inversión enorme para dichos terceros, y no existe hecho alguno que permita a la Comisión afirmar que únicamente poseen locomotoras las empresas ferroviarias interesadas, o que todo recién llegado encontraría dificultades para obtenerlas. Además, en vez de encargar locomotoras nuevas o especializadas, es posible modificar las locomotoras existentes para adaptarlas a la circulación en el túnel bajo el Canal de la Mancha. En todo caso, el mero hecho de que la creación de una empresa común requiera unas inversiones en capital importantes no puede considerarse una barrera para la entrada en el mercado. En cuanto a la alusión que la Comisión hace en sus escritos procesales a los efectos de exclusión derivados del Convenio de utilización del túnel bajo el Canal de la Mancha, las demandantes replican que dicho Convenio ha sido objeto de una decisión de exención de la Comisión al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado y subrayan que los turnos horarios que ENS utilizará formarán parte de los turnos que el Convenio Eurotunnel ha reservado a SNCF y a BR, de modo que el número de turnos horarios reservado a terceros no disminuye.

- 118 En tercer lugar, por lo que respecta a los efectos restrictivos derivados de la existencia de una red de empresas comunes, las demandantes subrayan que estas otras empresas comunes operan en mercados de productos o de servicios diferentes del mercado en el que operará ENS, a saber, en el mercado del transporte combinado de mercancías y en el mercado de transporte ferroviario de automóviles, y no ejercen actividades que compitan o sean siquiera complementarias de las de ENS. Ahora bien, la Decisión no contiene el más mínimo análisis sobre el modo en que la pretendida existencia de una red de empresas comunes ferroviarias afectaría a la competencia en el mercado del transporte de viajeros y estaría además en contradicción con los principios que expuso la Comisión en su Comunicación de 1993.

- 119 Por último, por lo que respecta a la apreciación de los efectos de los acuerdos ENS, ENS y EPS alegan que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, Rec. p. 337; de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429; Metro/Comisión, antes citada; de 8 de junio de 1982, Nungesser y Eisele/Comisión, 258/78, Rec. p. 2015; de 28 de enero de 1986, Pronuptia, 161/84, Rec. p. 353, y de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935), es preciso ponderar los efectos favorables para la competencia de un acuerdo y sus efectos contrarios a la competencia. Si los efectos favorables para la competencia tienen más importancia que los efectos contrarios a la competencia y si estos últimos son necesarios para la aplicación del acuerdo, no puede considerarse que este último tenga por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 120 A este respecto, las demandantes sostienen que los acuerdos de que se trata contribuyen en buena medida a favorecer la competencia en los dos mercados de servicios afectados, tal como se definen en los puntos 26 y 27 de la Decisión. En particular, el mercado de transporte de personas que realizan viajes profesionales a los destinos que ofrece ENS está dominado por un pequeño número de compañías aéreas, que en 1991 controlaban un 74 % de dicho mercado, según el estudio de movimientos de pasajeros internacionales (International Passenger Survey) efectuado por la Office of Population Censuses and Surveys. Además, ENS demostró en su notificación que ella podía llegar a obtener un 7 % del mercado, mientras que las compañías aéreas controlarían un 78 %, y que su creación atenuaría así en cierta medida el dominio del mercado por parte de las empresas de transporte aéreo. Por otra parte, la Comisión ha reconocido que la situación era la misma para el mercado de viajes de placer. En definitiva, los efectos favorables de los acuerdos de que se trata deberían pues ser más importantes que todo hipotético efecto contrario a la competencia.
- 121 La Comisión expone que el hecho de que los participantes en ENS hayan asumido unos riesgos comerciales apreciables y hayan soportado elevados costes no significa que sea improbable una competencia importante entre las empresas ferroviarias interesadas en el mercado pertinente. Según la Comisión, toda empresa ferroviaria establecida en un Estado miembro tiene derecho a constituir una agrupación internacional con una empresa ferroviaria establecida en otro Estado miembro y a obtener de Eurotúnel, administrador de la infraestructura, los turnos horarios necesarios para atravesar el túnel bajo el Canal de la Mancha a fin de explotar servicios

de transporte internacional (punto 42 de la Decisión). Además, toda empresa ferroviaria que sea parte en el acuerdo ENS puede actuar ella misma como «operador de transporte» y crear una filial que podrá también explotar los servicios de transporte internacional comprando a las empresas ferroviarias interesadas los servicios indispensables (puntos 43 y 44 de la Decisión). Al confiar la explotación y comercialización de dichos servicios a su empresa común ENS, las demandantes restringen pues considerablemente las posibilidades de competencia en el mercado de referencia (punto 45 de la Decisión). Por último, la decisión de la empresa ferroviaria alemana DB de crear una empresa común con los ferrocarriles suizos y austriacos a fin de prestar servicios nocturnos entre las ciudades suizas, alemanas y austriacas muestra que la posibilidad de que una empresa ferroviaria que participe en los acuerdos ENS cree una filial en el Reino Unido o en otros Estados miembros a fin de prestar servicios nocturnos no es ni fantasiosa ni ilusoria.

- 122 En cuanto al hecho de que todas y cada una de las partes demandantes sean socios obligatorios para explotar las líneas cubiertas por ENS, la Comisión replica que ENS no es una empresa ferroviaria a efectos de la Directiva 91/440, sino un «operador de transporte» que compra los servicios ferroviarios necesarios a las empresas ferroviarias. Además, el hecho de que ENS pensara explotar la línea Bruselas-Glasgow/Plymouth a pesar de que SNCB no participaba en el acuerdo prueba que la participación de cada una de las cuatro empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros afectados no era una condición *sine qua non* para la explotación de los servicios de que se trata.
- 123 Por lo que respecta a la alegación de las demandantes de que las empresas ferroviarias interesadas no tienen la posibilidad de crear filiales que tengan el estatuto de empresas ferroviarias en los diferentes Estados miembros y constituir así otras agrupaciones internacionales que compitan con ENS, la Comisión alega que no existe ningún obstáculo jurídico que impida a las empresas ferroviarias establecerse en otros Estados miembros. El principio de libertad de establecimiento del artículo 52 del Tratado ha pasado a ser plenamente aplicable al finalizar el período transitorio, por lo que carece de pertinencia el hecho de que el Consejo no haya adoptado aún la propuesta de Directiva sobre las licencias de empresas ferroviarias, pues el objetivo de una Directiva de este tipo es únicamente facilitar el ejercicio del derecho de

establecimiento y no otorgar dicho derecho (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631).

- 124 En cuanto a la alegación de las demandantes de que el marco jurídico creado por la Directiva 91/440 no permite a las empresas ferroviarias crear una filial en calidad de operador de transporte, la Comisión subraya que, si bien es cierto que dicha Directiva sólo se aplica a las empresas ferroviarias cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, aportando en todo caso la tracción (artículo 3), no es menos cierto que los operadores de transporte que no tienen el estatuto de empresa ferroviaria en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva y que no disponen pues del derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria pueden sin embargo ofrecer prestaciones de transporte de mercancías por ferrocarril y/o prestaciones de servicios adquiriendo a las empresas ferroviarias los servicios de tracción y el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria. Este es precisamente el modo de operar de ACI, en lo que respecta al transporte combinado, y de ENS en lo que respecta al transporte de viajeros.
- 125 La Comisión subraya a este respecto que ya defendió esta tesis en los escritos que envió a las partes notificantes el 29 de octubre de 1993 (anexo 4 del escrito de contestación) y el 28 de febrero de 1994, y que, tras consultar a las empresas ferroviarias que forman parte de ENS, el presidente de ENS confirmó, mediante escrito de 13 de abril de 1994 enviado a la Comisión (anexo 6 del escrito de contestación), que las mismas estaban de acuerdo para suministrar servicios nocturnos a los competidores de ENS en las mismas líneas.
- 126 En cuanto al hecho de que los acuerdos ENS no contengan una cláusula de exclusividad y no impidan, por tanto, que las empresas ferroviarias interesadas constituyan diferentes agrupaciones internacionales capaces de competir con ENS, la Comisión subraya que dicho supuesto es muy improbable, dado que en el procedimiento administrativo las empresas ferroviarias interesadas insistieron en la necesidad de poner en común su experiencia y sus recursos financieros para garantizar el éxito comercial de ENS.



- 127 La Comisión rechaza a continuación la acusación de haber apreciado mal los efectos restrictivos sobre terceros del acuerdo ENS y se remite a este respecto a los puntos 46 y 48 de la Decisión impugnada. Considera que, aunque la creación de ENS no suponga restricciones en el acceso de terceros a los demás medios de transporte, que se encuentran en una relación de sustituibilidad con los servicios ofrecidos por ENS, el acceso de las empresas ferroviarias y de los operadores de transporte al segmento ferroviario del mercado pertinente podría sin embargo verse obstaculizado, en razón del hecho de que los participantes en ENS son empresas ferroviarias poderosas, que controlan a la vez la utilización de la infraestructura ferroviaria y la oferta de servicios de tracción. Según la Comisión, cuando se trata, como en el presente asunto, de un mercado con componentes heterogéneos, no es indispensable que el obstáculo para el acceso afecte a todos los componentes del mercado. Añade que el hecho de que el Convenio Eurotúnel firmado por Eurotúnel, BR y SNCF haya sido objeto de una decisión de exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado no afecta en absoluto a la pertinencia de la evaluación de la posición económica de EPS y de SNCF, que controlan el 75 % de los turnos horarios reservados a los trenes internacionales en el túnel bajo el Canal de la Mancha.
- 128 Por lo que respecta a las restricciones de la competencia derivadas de la prestación a ENS de los servicios ferroviarios indispensables, la Comisión reconoce que, por lo que respecta a la atribución de turnos horarios, la Directiva permite que las agrupaciones internacionales obtengan el acceso a las infraestructuras directamente de los administradores de infraestructuras. Esto no se aplica sin embargo a los operadores de transporte, tanto en lo que respecta a la atribución de turnos horarios como a la de servicios de tracción y personal cualificado. En efecto, habida cuenta de que sólo las empresas ferroviarias pueden suministrar servicios de tracción y de que dichas empresas poseen a la vez las locomotoras destinadas a la tracción en el túnel bajo el Canal de la Mancha y la tripulación especializada necesaria para ocuparse de su funcionamiento, resulta justificado considerar que unos operadores económicos que intentaran obtener servicios similares se hallarían en una situación de desventaja si no pudieran obtenerlos en condiciones no discriminatorias de las sociedades matrices de ENS.
- 129 Por lo que respecta a la participación de las empresas fundadoras en una red de empresas comunes, la Comisión alega que dicha red la componen la empresa Intercontainer, de la que son miembros todas las partes notificantes, la empresa ACI, creada por BR, SNCF e Intercontainer, y por último la empresa Autocare Europe, y que tiene por objeto la explotación de servicios de transporte de mercancías y de viajeros. Carece de fundamento la alegación de que las empresas comunes en materia

de transporte combinado de mercancías y de transporte ferroviario de automóviles no tiene incidencia sobre los servicios nocturnos de viajeros como los que explota ENS, dado que, según la Comunicación de 1993, el libre juego de la competencia resulta sumamente perjudicado cuando se multiplican las creaciones de empresas comunes para productos o servicios complementarios o diferentes entre socios que compiten en un mismo sector con estructura oligopolística.

- 130 La Comisión rechaza por último la alegación de que los asuntos citados por las demandantes demuestran que ella se encuentra obligada a aplicar la «regla del sentido común» («rule of reason») y a valorar los efectos positivos y negativos sobre la competencia del acuerdo de que se trate. Dicha tesis sólo es válida en el contexto del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, y no a la hora de valorar las restricciones de la competencia en el marco del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.
- 131 El Reino Unido, parte coadyuvante, sostiene en primer lugar que, en lo relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado a los acuerdos ENS, la Comisión no ha tenido en cuenta el contexto económico ni, en especial, la competencia que existiría de no existir dichos acuerdos. Los acuerdos ENS no restringen la competencia, dado que están pensados para permitir y facilitar el lanzamiento de un servicio que no existe en la actualidad y que ninguna de las partes podría razonablemente ofrecer por sí sola.
- 132 Diferentes pasajes de la motivación de la Decisión controvertida acreditan por otra parte la naturaleza favorable para la competencia de los acuerdos ENS, la novedad del servicio que ofrecen, los importantes riesgos financieros que entrañan, la justificación tanto financiera como técnica de la colaboración, a saber, la puesta en común del «know-how» y la necesidad de esperar varios años antes de que las inversiones comiencen a ser rentables (puntos 59, 61, 63, 64 y 74 a 77 de la Decisión). Resulta pues significativo que dichas consideraciones sólo aparezcan en la parte de la Decisión relativa a la exención de los acuerdos ENS, y no en la que se refiere a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

- 133 Por otra parte, según el Reino Unido, la Decisión controvertida no explica suficientemente de qué modo las sociedades matrices de ENS compiten o podrían verdaderamente competir entre sí en el mercado afectado. Así, la Decisión controvertida no desarrolla argumento alguno sobre la verosimilitud de dicha competencia, lo que demuestra que, o bien la Comisión no ha efectuado el necesario análisis del contexto económico o bien no ha respetado el artículo 190 del Tratado.
- 134 En respuesta al Reino Unido, la Comisión observa que, aunque el análisis de un acuerdo debe tener en cuenta su contexto económico, ello no significa sin embargo que haya que recurrir a la «regla del sentido común» («rule of reason»), concepto que el Tribunal de Justicia nunca ha querido utilizar hasta ahora. No desvirtúa dicha conclusión la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641), que se refería únicamente a la validez de unas restricciones accesorias en el contexto específico de las organizaciones cooperativas y no puede pues considerarse expresión de un principio general. Por lo tanto, según la Comisión, la ponderación de las ventajas e inconvenientes para la competencia de un acuerdo resulta necesaria para conceder exenciones al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, pero no para valorar las restricciones de competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, que, en contra de lo que alega el Reino Unido, en el presente caso han sido detalladamente expuestas en la Decisión.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 135 El Tribunal de Primera Instancia observa que, según la Decisión impugnada, los acuerdos ENS producen efectos restrictivos de la competencia actual y potencial, en primer lugar, entre los fundadores; en segundo lugar, entre éstos y ENS, y, en tercer lugar, frente a terceros. En cuarto lugar, la Decisión señala que dichas restricciones se ven agravadas a causa de la existencia de una red de empresas comunes creadas por los fundadores.
- 136 Antes de examinar las alegaciones de las partes sobre la procedencia del análisis de las restricciones de la competencia efectuado por la Comisión, este Tribunal recuerda con carácter preliminar que la valoración de un acuerdo con arreglo al apartado 1

del artículo 85 del Tratado debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos, y en particular el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (sentencias del Tribunal de Justicia *Delimitis*, antes citada; *DLG*, antes citada, apartado 31, y de 12 de diciembre de 1995, *Oude Luttikhuis y otros*, C-399/93, Rec. p. I-4515, apartado 10; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1997, *VGB y otros/Comisión*, T-77/94, Rec. p. II-759, apartado 140), a menos que se trate de un acuerdo que suponga restricciones evidentes de la competencia como la fijación de precios, el reparto del mercado o el control de la demanda (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, *Tréfilunion/Comisión*, T-148/89, Rec. p. II-1063, apartado 109). En efecto, en este último caso, tales restricciones pueden compararse con los efectos supuestamente favorables a la competencia únicamente en el marco del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, con vistas a la concesión de una exención de la prohibición contenida en el apartado 1 del mismo artículo.

- 137 Por lo demás, procede subrayar que el examen de la situación de la competencia no toma como único punto de partida la competencia actual entre las empresas ya presentes en el mercado de referencia, sino también la competencia potencial, a fin de saber si, habida cuenta de la estructura del mercado y del contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento, existen posibilidades reales y concretas de que las empresas afectadas compitan entre sí, o de que un nuevo competidor pueda entrar en el mercado de referencia y competir con las empresas ya presentes (sentencia *Delimitis*, antes citada, apartado 21). A este respecto procede añadir que, según la Comunicación de la Comisión de 1993 sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado, «una relación de competencia potencial sólo existe cuando cada uno de los fundadores es capaz de desempeñar, por sí solo, las funciones confiadas a la empresa en participación y conserva esta capacidad tras la creación de esta última. Al estudiar los casos concretos, debe adoptarse un enfoque económico realista» (punto 18 de la Comunicación).
- 138 Son por consiguiente éstas las consideraciones que deben tenerse en cuenta al examinar la procedencia de la apreciación de los efectos restrictivos de los acuerdos ENS que llevó a cabo la Comisión.

## — Sobre las restricciones de la competencia entre los fundadores

139 Este Tribunal observa que, según los autos del asunto, antes de la adopción de la Directiva 91/440, las empresas ferroviarias de los Estados miembros no se encontraban en situación de competencia actual ni de competencia potencial, y ello a causa de la existencia de derechos exclusivos que impiden, material o jurídicamente, en la mayoría de los Estados miembros la prestación de servicios de transporte internacional de pasajeros y el acceso a la infraestructura (red nacional). Tal como han subrayado las partes, antes de que se adoptara esta Directiva, en la Comunidad dichos servicios se prestaban únicamente en virtud de acuerdos de cooperación tradicionales entre las empresas ferroviarias que operaban en las diferentes redes afectadas. Sin embargo, tras la adopción de la Directiva 91/440, la situación de la competencia en el mercado ferroviario se ha modificado de tal modo que las empresas ferroviarias que operan en las redes nacionales han pasado a ser, en cierta medida, competidores potenciales en lo que respecta al transporte internacional de viajeros, a condición de que formen «agrupaciones internacionales» con otras empresas ferroviarias establecidas en otros Estados miembros a fin de prestar servicios de transporte internacional entre dichos Estados miembros (artículos 3 y 10 de la Directiva).

140 Este Tribunal señala que de las alegaciones de la Comisión se deduce que las empresas ferroviarias existentes no son las únicas que tienen la posibilidad de prestar servicios de transporte internacional a través de agrupaciones internacionales, sino que también disponen de esta posibilidad las nuevas empresas ferroviarias, incluidas las filiales de empresas ferroviarias existentes, y que ésta es la premisa en que la Comisión se ha basado para considerar que los acuerdos ENS restringían la competencia entre los fundadores, en la medida en que: a) cada uno de los participantes en los acuerdos ENS tenía la posibilidad de constituir una agrupación, bien con una empresa establecida en el Reino Unido, bien con su propia filial británica, y competir así con ENS; b) cada uno de los participantes en los acuerdos ENS tenía la posibilidad de crear una filial especializada en calidad de «operador de transporte» y comprar a las empresas participantes en los acuerdos ENS los mismos servicios ferroviarios indispensables que estas últimas vendían a ENS, y c) cada empresa ferroviaria tenía la posibilidad de actuar ella misma como operador de transporte y explotar los servicios internacionales de trenes nocturnos comprando a las empresas ferroviarias interesadas los servicios ferroviarios indispensables.

- 141 Por lo que respecta a la posibilidad de que cada uno de los participantes en los acuerdos ENS constituya una agrupación, bien con una empresa establecida en el Reino Unido, bien con su propia filial británica aún no creada, y compita así con ENS, procede observar en primer lugar que, en la medida en que, con arreglo al artículo 10 de la Directiva 91/440, una línea internacional sólo puede ser explotada por una agrupación internacional constituida por las empresas ferroviarias establecidas en cada uno de los países afectados, los únicos «socios obligatorios» a la hora de constituir una agrupación internacional de este tipo en cada línea son necesariamente las empresas ferroviarias establecidas en cada Estado afectado. Tal como han subrayado las demandantes a propósito, por ejemplo, de la línea Londres-Amsterdam, en el momento de los hechos los únicos socios obligatorios eran NS y EPS, de modo que la participación de SNCF y de DB en dicha agrupación no podía tener efectos sobre la competencia actual, pues, en el marco que establece la Directiva 91/440, ninguna de estas dos empresas ferroviarias tendría la posibilidad de competir con EPS y NS en dicha línea. Lo mismo puede decirse de cada una de las otras tres líneas efectivamente explotadas por ENS (véase el apartado 9 *supra*). De ello se deduce que la explotación en común de las cuatro líneas en cuestión por parte de EPS, DB, SNCF y NS no puede tener por efecto restringir sensiblemente la competencia actual entre los fundadores.
- 142 En cuanto a las restricciones de la competencia potencial derivadas del hecho de que cada una de las empresas fundadoras podría crear filiales en los Estados miembros de los demás fundadores y constituir, bien con sus filiales, bien con otras empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros afectados, agrupaciones internacionales que competirían directamente con ENS, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en el presente caso, no existe hecho alguno ni análisis de las estructuras del mercado pertinente que permita llegar a la conclusión de que dicha hipótesis constituye una posibilidad real y concreta. En efecto, ni la Decisión impugnada ni los autos contienen referencias a la existencia de empresas ferroviarias que dispongan de filiales en otros Estados miembros que tengan a su vez el estatuto de empresas ferroviarias, probando así la existencia de un ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento en el mercado ferroviario comunitario.
- 143 A este respecto, procede subrayar que, en las diligencias de ordenación del procedimiento por él adoptadas, este Tribunal instó a la Comisión a indicar si algunas empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros disponen de filiales que tengan el estatuto de empresa ferroviaria, en el sentido de la Directiva 91/440, en

otros Estados miembros y, en caso de respuesta afirmativa, a precisar cuáles son las empresas ferroviarias creadas tras la entrada en vigor de la Directiva 91/440. En su respuesta, la Comisión ha reconocido no tener conocimiento de otras filiales creadas antes o después de la adopción de la Directiva 91/440 por las empresas fundadoras de ENS, reiterando no obstante su tesis de que el artículo 52 del Tratado confiere directamente el derecho de establecimiento a toda empresa ferroviaria interesada.

- 144 El Tribunal de Primera Instancia considera que este argumento de la Comisión, según el cual no existe en teoría obstáculo jurídico alguno que impida a las empresas ferroviarias establecerse en un Estado miembro que no sea el de su domicilio social, no tiene en cuenta el contexto económico ni las características del mercado pertinente que se deducen de los autos, y no basta pues por sí solo para probar la existencia de restricciones de la competencia potencial entre los fundadores y entre estos últimos y ENS.
- 145 Tal como las demandantes han expuesto con detalle en sus escritos procesales, habida cuenta de la novedad y de las especiales características del transporte ferroviario nocturno, no sería realista que los fundadores crearan en otros Estados miembros filiales con el estatuto de empresa ferroviaria sin otro objetivo que crear una nueva empresa común para competir con ENS. El coste prohibitivo de la inversión requerida para unos servicios de este tipo, que utilizan el túnel bajo el Canal de la Mancha, y la inexistencia de economías de escala resultante de la explotación de una sola línea ferroviaria frente a las cuatro líneas explotadas en común por ENS demuestran en efecto el carácter poco realista de una competencia potencial entre los fundadores y entre estos últimos y ENS. Por lo demás, según consta en autos, tras la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de la Comunicación de la Comisión en la que se instaba a todos los interesados a comunicarle sus observaciones sobre los acuerdos ENS, tal como se resumían en dicha Comunicación, ninguna tercera parte se manifestó en el procedimiento administrativo para presentar observaciones como competidor potencial, eventualmente afectado o interesado por la aplicación de los acuerdos ENS (véase el apartado 17 *supra*). Por último, cabe también dudar seriamente de la existencia en el presente caso de competidores actuales o potenciales de ENS habida cuenta de que, como la Comisión ha reconocido en su respuesta a las preguntas por escrito del Tribunal, hasta el

momento las empresas ferroviarias comunitarias no han creado filial alguna en otros Estados miembros, ni antes ni después de la adopción de la Directiva 91/440.

- 146 Basándose en las consideraciones precedentes, el Tribunal considera que la apreciación de la Comisión según la cual los acuerdos ENS pueden restringir sensiblemente la competencia actual y/o potencial entre los fundadores y entre estos últimos y ENS adolece de insuficiencia de motivación y/o de un error de apreciación.
- 147 Por lo que respecta a las restricciones de la competencia entre los fundadores derivadas del hecho de que cada una de las empresas ferroviarias participantes en los acuerdos ENS podría, bien crear una empresa especializada como operador de transporte, bien actuar ella misma como operador de transporte y competir con ENS comprando a las empresas ferroviarias interesadas los mismos servicios ferroviarios indispensables, el Tribunal de Primera Instancia considera que dicha apreciación de la Comisión se basa igualmente en un análisis del mercado que no se ajusta a la realidad. En efecto, la Comisión parte de la idea de que, en el mercado del transporte ferroviario de viajeros, existen, junto a las empresas ferroviarias, otra clase de agentes económicos, los operadores de transporte, que prestan el mismo servicio que las empresas ferroviarias, es decir, el transporte de pasajeros, pero comprando o alquilando a estas últimas los «servicios ferroviarios indispensables», a saber, las locomotoras, el personal de las mismas y el acceso a la infraestructura. Al ser la sociedad ENS, según la Decisión, un operador de transporte, podría pues verse sujeta a la competencia de operadores de transporte que sean filiales especializadas creadas por las empresas ferroviarias, o bien de estas últimas actuando directamente en el mercado como operadores de transporte, de modo que su creación supone una restricción para la libertad de las partes de operar individualmente como operadores de transporte en el mercado de que se trata.
- 148 Sin embargo, para examinar la mencionada apreciación de la Comisión es preciso haber respondido a la cuestión de si, sin tener en cuenta las agrupaciones internacionales previstas por la Directiva 91/440, los servicios internacionales de transporte de viajeros son prestados también por operadores de transporte. Como dicha



cuestión ha sido planteada por las partes demandantes esencialmente en su segundo motivo, será examinada por consiguiente en dicho contexto (véanse los apartados 161 a 189 *infra*).

— Sobre las restricciones de la competencia frente a terceros

- 149 El Tribunal de Primera Instancia observa que la Decisión impugnada subraya que el acceso de terceros al mercado de referencia corre el riesgo de verse obstaculizado debido, por una parte, a la existencia de relaciones privilegiadas entre ENS y sus sociedades matrices, que colocan a los terceros en una posición desfavorable desde el punto de vista de la competencia en lo que respecta a la adquisición de los servicios ferroviarios indispensables suministrados por las sociedades matrices y, por otra, al Convenio de utilización del túnel bajo el Canal de la Mancha entre BR, SNCF y Eurotúnel, que permite a BR y a SNCF reservarse una parte significativa, a saber un 75 %, de los tramos horarios disponibles para los trenes internacionales.
- 150 Por lo que respecta, en primer lugar, a las relaciones privilegiadas entre ENS y las empresas ferroviarias interesadas, procede señalar que el análisis de la Comisión parte de la premisa de que el mercado ferroviario de transporte de viajeros se escinde en dos mercados, un primer mercado relacionado con la prestación de los «servicios ferroviarios indispensables» (tramos horarios, locomotoras especializadas y personal de las mismas) y un segundo mercado relacionado con el transporte de viajeros, en el que operan junto a las empresas ferroviarias operadores de transporte como ENS. Según la Decisión, las empresas matrices podrían abusar de su posición dominante en el primer mercado negándose a prestar los servicios ferroviarios indispensables a terceros, competidores de ENS, que operaran en el segundo mercado.
- 151 Sin embargo, el examen de este aspecto de la apreciación de la Comisión depende también de la cuestión de si existen, sin tener en cuenta las agrupaciones internacionales, operadores de transporte que operen también en los mercados de que se trata, cuestión que se examinará en el marco del segundo motivo, así como de la cuestión de si los servicios que prestan los fundadores a ENS pueden calificarse de «servicios o medios esenciales o indispensables», cuestión que se plantea en el tercer

motivo y que debe por consiguiente examinarse en el marco de este último (véanse los apartados 190 a 221 *infra*).

- 152 Por lo que respecta, en segundo lugar, a los efectos restrictivos resultantes del Convenio de utilización del túnel bajo el Canal de la Mancha, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que la Decisión de la Comisión por la que se declaró exento dicho Convenio de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (en lo sucesivo, «Decisión Eurotúnel») ha sido anulada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1996, SNCF y British Railways/Comisión (asuntos acumulados T-79/95 y T-80/95, Rec. p. II-1491), basándose en que la Comisión había cometido un error de hecho en su interpretación de las disposiciones del Convenio relativas al reparto de tramos horarios en el túnel entre SNCF y BR, por una parte, y Eurotúnel, por otra.
- 153 En el marco de las diligencias de ordenación de procedimiento adoptadas por él, el Tribunal de Primera Instancia ha instado a las partes a pronunciarse sobre la pertinencia para el presente litigio de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia que acaba de mencionarse. En su respuesta a dicha pregunta, la Comisión ha alegado que dicha sentencia carece de pertinencia para la apreciación de la legalidad de la Decisión impugnada, y que del punto 47 de esta última se deduce que, aunque BR y SNCF no tuvieran a su disposición la totalidad de los tramos horarios disponibles para los trenes internacionales, tenían a su disposición una parte significativa de los mismos. Por su parte, las demandantes han afirmado que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia confirma que el acceso al túnel bajo el Canal de la Mancha no está cerrado y que los efectos restrictivos frente a terceros del Convenio de utilización del túnel han sido mal evaluados por la Comisión.
- 154 El Tribunal de Primera Instancia considera que, en la medida en que, por una parte, es precisamente el «Convenio Eurotúnel» lo que ha servido de base a la Comisión para demostrar en la Decisión impugnada que el acceso pretendidamente privilegiado de SNCF y BR a los tramos horarios en el túnel colocaba a las empresas competidoras de ENS en una posición desfavorable desde el punto de vista de la competencia y, por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia ha anulado la Decisión Eurotúnel por error de hecho en la interpretación de las disposiciones del mencionado Convenio relativas al reparto de tramos horarios, la Comisión no puede deducir válidamente de la misma argumento alguno a efectos de valorar los acuerdos ENS.

— Sobre el refuerzo de los efectos restrictivos de la competencia derivado de la existencia de una red de empresas comunes

155 Por lo que respecta, por último, al presunto refuerzo de las restricciones de la competencia derivado de la existencia de redes de empresas comunes (puntos 49 a 53 de la Decisión), el Tribunal de Primera Instancia observa, con carácter preliminar, que según la Comunicación de la Comisión de 1993 sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo, la existencia de redes de empresas en participación debe ser objeto de un análisis especial, tanto si son creadas por los mismos fundadores como por uno de los fundadores y otros socios o paralelamente por varios fundadores (punto 17 de la Comunicación). En particular, las redes de empresas en participación pueden restringir la competencia, según la Comunicación, cuando los fundadores que compiten entre sí crean varias empresas en participación para productos complementarios que ellos mismos se encargarán de transformar, o incluso para productos no complementarios que también comercializan ellos mismos, aumentando así la amplitud y la intensidad de la restricción de la competencia. Las mismas consideraciones son aplicables al sector de servicios (punto 29 de la Comunicación).

156 En la Decisión impugnada, la Comisión consideró que éste era el caso que se planteaba en el presente asunto, en la medida en que BR/EPS, SNCF, DB y NS participan en grados diferentes en una red de empresas comunes, no sólo para la explotación de servicios de transporte de mercancías, sino también para la explotación de servicios de transporte de pasajeros, en particular a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. La Comisión ha mencionado a este respecto la empresa en participación ACI, creada conjuntamente por, entre otros, BR y SNCF, que es un operador de transporte combinado de mercancías [Decisión 94/594/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto IV/34.518 — ACI) (DO L 224, p. 28; en lo sucesivo, «Decisión ACI»)], y Autocare Europe, en la que participan BR y SNCB y que se ocupa del transporte ferroviario de automóviles. Además, en sus escritos procesales la Comisión ha hecho alusión por primera vez a la empresa común Intercontainer, creada por 29 empresas ferroviarias, entre ellas BR y SNCF, y que opera también en el mercado del transporte combinado de mercancías.

- 157 La Decisión impugnada no precisa, sin embargo, cuáles son las empresas comunes creadas por los fundadores y relacionadas con los servicios de transporte de viajeros. En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia ha instado a la Comisión a precisar cuáles son las empresas comunes que operan en el mercado del transporte de viajeros y en las que participan los fundadores de ENS, según el punto 51 de la Decisión impugnada. En sus respuestas, la Comisión ha declarado que no tiene conocimiento de otras empresas comunes de las empresas fundadoras de ENS para el transporte de viajeros. Ha señalado sin embargo que «SNCF, SNCB y BR (y tras la privatización de esta última, London & Continental Railways Ltd) participa conjuntamente en Eurostar para el transporte de viajeros entre el Reino Unido y el Continente», aunque sin afirmar que era a la empresa Eurostar a la que de hecho aludía implícitamente el punto 51. El Tribunal considera por lo tanto que la Decisión impugnada adolece de un defecto de motivación en lo que respecta a la pretendida existencia de una red de empresas comunes creada por los fundadores para el transporte de viajeros.
- 158 En cuanto a la participación de los fundadores en empresas comunes para el transporte combinado de mercancías, se deduce del punto 29 de la Comunicación de la Comisión de 1993 que, cuando los fundadores crean empresas en participación para los servicios «no complementarios», la competencia puede verse restringida cuando son los socios fundadores quienes comercializan dichos servicios «no complementarios».
- 159 El Tribunal observa que la Decisión impugnada no indica en ningún momento que sean los socios fundadores quienes comercializan los servicios prestados por ACI, Intercontainer y Autocare. En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, el Tribunal ha instado a las demandantes a precisar si son ellas o una tercera empresa quienes comercializan los servicios de transporte prestados por las tres empresas antes mencionadas. De sus respuestas se deduce que ninguna de las empresas fundadoras comercializa o vende los servicios prestados por ACI, Intercontainer o Autocare. Aun suponiendo que tal fuera el caso, este Tribunal observa que, en cualquier caso, la Decisión impugnada no explica las razones por las que la participación de algunos de los fundadores o de todos en una red de empresas comunes que operan en mercados diferentes del de ENS restringe la competencia entre ellos en el contexto en el que se sitúa la creación de ENS. De ello se deduce

que la apreciación por parte de la Comisión de los efectos agravantes de las restricciones de la competencia derivados de la existencia de una red de empresas comunes no se encuentra suficientemente motivada.

- 160 Se deduce de las consideraciones precedentes que, por lo que respecta a la apreciación de las restricciones de la competencia derivadas de los acuerdos ENS, la Decisión impugnada adolece de falta o insuficiencia de motivación.

*2. Sobre el segundo motivo, basado en una infracción del Reglamento n° 1017/68 y del marco normativo establecido por la Directiva 91/440*

*Alegaciones de las partes*

- 161 Las demandantes sostienen que, al imponer la condición recogida en el artículo 2 de la Decisión impugnada, la Comisión ha utilizado las facultades que le confiere el artículo 5 del Reglamento n° 1017/68 de un modo incompatible con las disposiciones de la Directiva 91/440.
- 162 En efecto, según ellas, la Comisión ha ampliado el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que, con arreglo al apartado 1 de su artículo 10, los derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias sólo se conceden a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias definidas en la Directiva, y no a todo operador de transporte que desee explotar unos trenes. Añaden que, en el ejercicio de las facultades que le confiere el Reglamento n° 1017/68, la Comisión se encuentra obligada además a tener en cuenta las orientaciones fundamentales de la política común de transportes establecidas por el Consejo. El control jurisdiccional de la apreciación por parte de la Comisión de los acuerdos ENS a la luz del artículo 85 del Tratado debe pues ejercerse, en su opinión, en el contexto de la normativa comunitaria relativa al sector de transportes ferroviarios, que constituye el marco legislativo en el que se supone que debe desarrollarse la competencia en dicho sector.

163 Concretamente, las líneas fundamentales de la política común de transportes de la Comunidad en el sector ferroviario se recogen actualmente en la Directiva 91/440, que ha establecido por primera vez un cierto grado de competencia interna en este medio de transporte y que pretende contribuir a la realización del objetivo principal de la política ferroviaria, a saber, la mejora de la eficacia del transporte ferroviario y de su competitividad frente a otros medios de transporte. Ahora bien, con arreglo a la Directiva, los derechos de acceso y de tránsito únicamente se conceden a las empresas que tengan el estatuto de empresas ferroviarias y a las agrupaciones internacionales de las mismas. Además, la Directiva sólo se refiere a los derechos de acceso a la infraestructura, y no concede derechos relativos al suministro de servicios ferroviarios tales como el servicio de tracción (locomotoras y personal de tránsito). Tampoco contiene reglas para separar la gestión de las locomotoras y del personal de los trenes de la explotación de los demás servicios ferroviarios, ni reglas sobre el reparto de los servicios de tracción y el pago por dichos servicios, lo que se ajustaría al objetivo de la Directiva, que es permitir que las empresas ferroviarias se organicen con arreglo a criterios comerciales y se adapten a las necesidades del mercado, en particular mediante la creación de nuevos servicios.

164 Por las razones que se acaban de citar, la distinción entre empresas ferroviarias y operadores de transporte efectuada por la Comisión constituye pues una distinción artificial, ya que por razones relacionadas con la seguridad y la responsabilidad por los riesgos del transporte, únicamente las empresas ferroviarias están autorizadas a matricular vagones y a transportar personas a través de la infraestructura ferroviaria. Aparte de las empresas ferroviarias y de las agrupaciones internacionales que ellas creen, ninguna otra persona puede pues, en su opinión, ofrecer al público servicios de transporte de viajeros. Ello no excluye la posibilidad de que una empresa ferroviaria ponga un tren entero a disposición, por ejemplo, de una cadena hotelera, e incluso de que alquile los vagones, pero, aún en dicho supuesto, la empresa ferroviaria continuaría siendo el operador de transporte que soporta todos los riesgos inherentes a los servicios de transporte. En este ejemplo, la cadena hotelera se limitaría por su parte a vender al público plazas de transporte en butacas o en literas de tren. Según las demandantes, la actividad esencial de las empresas ferroviarias no es suministrar un servicio básico consistente en hacer circular locomotoras por las redes ferroviarias a petición de los operadores de transporte, permitiendo así a estos últimos enganchar vagones a una locomotora de una empresa ferroviaria y hacerlos circular por una línea dada, sino suministrar directamente al público servicios integrados de transporte de viajeros.

165 Por otra parte, según las demandantes, aunque ENS sea una empresa en participación creada por cuatro empresas ferroviarias, constituye en realidad una agrupación internacional de empresas ferroviarias en el sentido del artículo 3 de la Directiva 91/440, y no un «operador de transporte». Del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 91/440 se deduce que las empresas ferroviarias tienen libertad para constituir «con una u otras empresas ferroviarias» una agrupación internacional, sin que se imponga una forma jurídica específica a dicha asociación. Tampoco puede la Comisión deducir de los acuerdos de explotación celebrados entre ENS y SNCB que ENS constituye un operador de transporte. En efecto, la decisión de SNCB de suministrar a ENS los «servicios ferroviarios indispensables», antes del abandono definitivo de la línea Bruselas-Glasgow/Plymouth, fue una decisión voluntaria, que no se basaba en obligación alguna nacida de la Directiva 91/440 o del Derecho de la competencia comunitario.

166 De ello se deduce que ENS no es un operador de transporte que actúe en un segundo mercado, diferente de aquel en el que operan los fundadores, sino precisamente, en razón de su estatuto de agrupación internacional de empresas ferroviarias, un instrumento mediante el cual sus fundadores ofrecen transportes ferroviarios al público. Esta distinción entre un primer mercado y un segundo mercado en el seno del mercado ferroviario general, hecha por la Comisión para demostrar que ENS es un operador de transporte, resulta especialmente artificial si se tiene en cuenta que, por lo que respecta al transporte de pasajeros, numerosos servicios de transporte se prestan en trenes «con locomotora integrada», en los que la locomotora es una parte inseparable del resto del tren, de modo que incluso desde un punto de vista meramente técnico resulta imposible distinguir entre estos dos mercados.

167 Asimismo, el hecho de que ENS deba obtener de las empresas ferroviarias servicios de tracción para ofrecer sus propios servicios no la priva de su condición de agrupación internacional en el sentido del artículo 3 de la Directiva, puesto que basta con que ENS haya nacido de dichas empresas ferroviarias, que se encuentran por definición en condiciones de aportar la tracción. Una agrupación de este tipo es la única que tiene la posibilidad de obtener el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria de los Estados miembros en los que se hallan establecidas sus empresas fundadoras. Admitir la tesis de la Comisión equivaldría, por el contrario, a permitir que cualquier empresa ofreciera servicios de transporte internacional de pasajeros sin haber nacido de empresas ferroviarias y sin estar por tanto en condiciones de aportar la tracción a través de las mismas.

- 168 Las demandantes añaden que la creación de esta nueva categoría de operadores de transporte, combinada con el hecho de considerar los servicios ferroviarios indispensables «recursos esenciales», tiene por efecto vaciar de contenido la Directiva 91/440, ya que, invocando su pretendida condición de operador de transporte, cualquier empresa ferroviaria podría de hecho exigir el acceso a las redes ferroviarias en los Estados miembros sin verse obligada a cumplir los requisitos que impone la Directiva, a saber, estar establecida en uno de los Estados miembros o haber constituido una agrupación con una empresa ferroviaria establecida en uno de los Estados miembros.
- 169 Las demandantes sostienen además que, al obligar a las empresas ferroviarias a suministrar locomotoras con su personal a los operadores de transporte en las mismas condiciones técnicas y económicas que las concedidas a su agrupación, la Comisión ha olvidado que el derecho de acceso a la infraestructura está sujeto al requisito previo de poder aportar la tracción y, por tanto, de ostentar la condición de empresa ferroviaria o de agrupación de empresas ferroviarias. A su juicio, además, una condición de este tipo es incompatible con el objetivo de la Directiva de garantizar a las empresas ferroviarias un régimen de empresas independientes que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado (tercer considerando) y les conceda a tal efecto libertad para «controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios» (apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 91/440).
- 170 Por último, UIC y NS sostienen que el resultado de la Decisión impugnada es poner en peligro el derecho a constituir agrupaciones internacionales, en la medida en que la Comisión interpreta el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de tal modo que la creación de cualquier agrupación internacional constituye a partir de ahora una violación de dicho artículo. Según las demandantes, aunque la creación de una agrupación internacional pudiera verse exenta, con arreglo al apartado 3 del artículo 85, de la prohibición que establece el apartado 1 de dicho artículo 85, no por ello dejaría de ser cierto que las condiciones a las que la Comisión ha sometido en el presente caso dicha exención, a saber, una duración limitada a siete años y la obligación de prestar a todo operador de transporte los servicios ferroviarios indispensables en las mismas condiciones que a ENS, hacen ilusoria la aplicación de la Directiva 91/440. Las condiciones impuestas por la Comisión obligan indirectamente a los participantes en agrupaciones internacionales a prestar los «servicios



ferroviarios indispensables» a su agrupación en condiciones no privilegiadas, privándoles así de su libertad para determinar las condiciones comerciales en las que prestan sus servicios a terceros. Los participantes en una agrupación podrían verse así obligados a compartir con cualquier empresa tercera los beneficios de su cooperación, sin que esta última hubiera participado ni en los costes de la ejecución de un proyecto innovador ni en los riesgos comerciales que de ella se derivan.

- 171 La Comisión sostiene que el argumento según el cual las normas sobre la competencia del Tratado CE no se aplican a los transportes ferroviarios es contraria a la jurisprudencia en esta materia y debe por consiguiente ser rechazada (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, 167/73, Rec. p. 359, y de 30 de abril de 1986, Asjes y otros, asuntos acumulados 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 y 213/84, Rec. p. 1425).
- 172 La Comisión subraya que, en el presente caso, la participación conjunta de las cuatro empresas ferroviarias no es indispensable para explotar las líneas a las que afectan los acuerdos ENS. Considera que cada línea en la que opera ENS podría ser explotada por una agrupación internacional constituida por dos empresas ferroviarias establecidas respectivamente en el Estado miembro de partida y en el Estado miembro donde finaliza el trayecto. Así por ejemplo la línea Londres-Francfort/Dortmund podría ser explotada por una agrupación compuesta por BR y DB, que tienen derechos de acceso a las infraestructuras en sus Estados de establecimiento respectivos y derechos de tránsito en Bélgica, en Francia y en el túnel bajo el Canal de la Mancha. Asimismo, el servicio entre Londres y Amsterdam podría ser explotado por una agrupación compuesta por BR y NS, que tienen derecho de acceso en el Reino Unido y en los Países Bajos y derechos de tránsito en Bélgica, en Francia y en el túnel bajo el Canal de la Mancha.
- 173 Según la Comisión, existen tres factores que corroboran dicho análisis. En primer lugar, ENS no es una empresa ferroviaria en el sentido de la Directiva sino un operador de transporte que, para suministrar los servicios ferroviarios nocturnos de que se trata, compra los servicios ferroviarios necesarios a las empresas ferroviarias. La Comisión rechaza la alegación de las demandantes de que ENS es sólo un instrumento a través del cual las empresas fundadoras pueden ofrecer al público servicios internacionales de transporte ferroviario dentro del marco legal que establece la

Directiva 91/440. En efecto, ENS no ejerce por sí misma el derecho que la Directiva concede a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias, a saber, el derecho a explotar sus propios trenes aportando su propia tracción ferroviaria, porque debe comprar estos servicios a sus empresas fundadoras y a SNCB. Por consiguiente, ENS no forma parte del ámbito cubierto por la Directiva, pues en realidad no es sino una variante de la fórmula tradicional de cooperación entre empresas ferroviarias y, en contra de lo que afirman las demandantes, ENS y las empresas ferroviarias interesadas no operan pues en el mismo mercado. Por lo tanto, carece de pertinencia la alegación de que la Decisión contradice la Directiva y amplía el grupo de empresas facultadas para acceder a las infraestructuras ferroviarias. En apoyo de su argumentación, según la cual ENS y las empresas fundadoras operan en dos mercados distintos, la Comisión invoca la jurisprudencia según la cual, en ciertos casos, es necesario establecer una distinción entre dos mercados que, a pesar de estar vinculados, no por ello dejan de ser distintos (sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223; de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión, 22/78, Rec. p. 1869, y de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, RTE/Comisión, T-69/89, Rec. p. II-485, y BBC/Comisión, T-70/89, Rec. p. II-535).

- 174 En cuanto a la alegación de las demandantes de que la distinción entre el mercado de servicios de transporte y el mercado de servicios ferroviarios indispensables resulta especialmente injustificada habida cuenta de que buen número de servicios de transporte en el sector del transporte de viajeros los prestan «trenes con unidad motriz integrada», en los que la locomotora es una parte indisoluble del resto del tren, la Comisión replica que la propia ENS únicamente obtiene de sus empresas fundadoras la locomotora y los vagones por separado.
- 175 En segundo lugar, ENS explota la línea Bruselas-Glasgow/Plymouth a pesar de que SNCB no participa en el acuerdo, lo que demuestra que la participación de cada una de las cuatro empresas ferroviarias establecidas en los Estados miembros afectados no es una condición *sine qua non* para la explotación de los servicios de que se trata.

- 176 En tercer lugar, BR, SNCF e Intercontainer han creado una empresa común denominada ACI, especializada en el transporte combinado de mercancías entre el Reino Unido y el continente, que no es tampoco una empresa ferroviaria en el sentido de la Directiva, sino un operador de transporte, que por otra parte sólo cuenta con dos empresas ferroviarias entre sus accionistas, y que opera de manera análoga a ENS, es decir, comprando a las empresas ferroviarias los servicios ferroviarios indispensables para suministrar prestaciones de transporte.
- 177 La Comisión alega además que los operadores de transporte que no tienen ellos mismos el estatuto de empresa ferroviaria, y que no disponen por tanto de derechos de acceso a la infraestructura ferroviaria, deben sin embargo poder proponer prestaciones de transporte por ferrocarril comprando a las empresas ferroviarias los servicios de tracción y los derechos de acceso a la infraestructura, tal como hacen ENS y ACI. De ello se deduce que no es posible reservar a ENS el derecho a ofrecer servicios de transporte ferroviario de pasajeros. El propio Presidente de ENS ha confirmado por lo demás, mediante escrito de 13 de abril de 1994 dirigido a la Comisión (anexo 6 del escrito de contestación), que las empresas ferroviarias estaban de acuerdo en suministrar los servicios necesarios a los competidores en las mismas líneas. Según la Comisión, antes incluso del citado escrito, ENS la había informado mediante escrito de 4 de junio de 1992 de la decisión de las partes notificantes de prestar «sin condiciones» la tracción y los demás servicios indispensables a los competidores de ENS que operaran en las líneas explotadas por ENS.
- 178 La Comisión considera por otra parte que la condición impuesta no compromete en absoluto la independencia de las empresas ferroviarias. Como todas las empresas comunitarias, dichas empresas están sujetas a la obligación de no discriminación y a las normas del Derecho de la competencia, tal como se deduce de las sentencias del Tribunal de Justicia Comisión/Francia y Asjes y otros, antes citadas.
- 179 Por último, la Comisión rechaza la imputación de las demandantes según la cual, por una parte, dicha Institución considera que toda agrupación internacional entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y, por otra, impone a las partes notificantes condiciones disuasorias que ponen en peligro los

objetivos de la Directiva 91/440 y la creación de otras agrupaciones internacionales. Según la Comisión, el hecho de fomentar la constitución de dichas agrupaciones no significa que todas las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias deban considerarse automáticamente compatibles con el Derecho comunitario de la competencia.

### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

180 El Tribunal observa que, según la Decisión impugnada, las empresas ferroviarias interesadas están presentes en dos mercados, un primer mercado, a saber, el mercado de la prestación de servicios ferroviarios indispensables y, un segundo mercado, a saber, el mercado de la prestación de servicios de transporte de pasajeros. En este último mercado operan no sólo las empresas ferroviarias, sino también otro tipo de empresas, los operadores de transporte, que sin embargo se ven obligados, para poder operar en este mercado, a comprar previamente los servicios ferroviarios indispensables suministrados por las empresas ferroviarias en el primer mercado. ENS constituye, según la Comisión, un ejemplo concreto de dicho grupo de operadores de transporte, por lo que, en su opinión, todo trato privilegiado concedido a esta última por las empresas notificantes debe concederse igualmente a terceros, ya sean agrupaciones internacionales u operadores de transporte, en las mismas condiciones técnicas y económicas. Por último, según el artículo 2 de la Decisión, los servicios indispensables de que se trata incluyen el suministro de la locomotora, del personal y del turno horario en cada red nacional, así como en el túnel bajo el Canal de la Mancha.

181 Procede por consiguiente analizar si, al imponer a los fundadores la condición de prestar los servicios ferroviarios indispensables no sólo a las agrupaciones internacionales sino también a los operadores de transporte como ENS, la Comisión ha aplicado las normas sobre la competencia infringiendo el marco normativo creado por la Directiva 91/440, tal como afirman las demandantes, por lo que la Decisión impugnada adolecería de desviación de poder o de defecto de competencia. Para efectuar un examen de este tipo es necesario responder previamente a la cuestión de si ENS constituye un operador de transporte, como sostiene la Comisión, o por el contrario una agrupación internacional en el sentido de la Directiva 91/440, como sostienen las partes demandantes. Basándose en la respuesta dada a dicha pregunta

será necesario examinar igualmente la procedencia del análisis que efectuó la Comisión sobre las restricciones de la competencia entre fundadores derivadas del hecho de que cada una de las empresas ferroviarias participantes en los acuerdos ENS podría, bien crear una empresa especializada que actuaría como operador de transporte, bien actuar ella misma como operador de transporte y competir con ENS comprando a las empresas ferroviarias interesadas los mismos servicios ferroviarios indispensables (véanse los apartados 147 y 148 *supra*).

182 El Tribunal observa que el artículo 3 de la Directiva 91/440 define «agrupación internacional» como «cualquier asociación de al menos dos empresas ferroviarias establecidas en Estados miembros distintos, con el fin de prestar servicios de transportes internacionales entre Estados miembros». Dicha disposición no define la forma precisa que debe adoptar una asociación de este tipo. En efecto, el dato esencial que se desprende de dicha definición es que debe tratarse de una forma de asociación que permita prestar servicios de transportes internacionales, independientemente pues de la forma que se elija. Por consiguiente, el Tribunal considera que, en contra de la tesis defendida por la Comisión, ante la ausencia de una definición precisa en el texto de la Directiva 91/440, no cabe reservar la utilización del concepto de «agrupación internacional» únicamente a las formas de asociación de tipo «cooperativo» entre empresas ferroviarias («acuerdos tradicionales de explotación en común»), excluyendo cualquier otra forma de sociedad, tal como una empresa en participación de carácter cooperativo, o incluso con carácter de concentración.

183 No desvirtúa dicha conclusión el argumento de que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 91/440, esta última sólo se aplica a las empresas ferroviarias, es decir, únicamente a las empresas cuya actividad principal sea el transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril y que aporten ellas mismas la tracción (artículo 3 de la Directiva 91/440), por lo que ENS, en la medida en que compra la tracción a las empresas notificantes, no puede invocar las disposiciones de la Directiva ni la condición de agrupación internacional. En primer lugar, tal como ha subrayado la propia Comisión en sus escritos, al adoptarse la Directiva 91/440 una declaración conjunta con el Consejo precisó que el concepto de tracción no suponía necesariamente la propiedad de la misma. Si bien es cierto que este tipo de declaraciones carecen de valor jurídico, no es menos cierto que la Comisión ha asumido ya como propia la mencionada declaración en las decisiones que ha ido adoptando en este

campo, tal como se deduce del punto 6 de su Decisión 93/174/CEE, de 24 de febrero de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/34.494 — Estructuras de tarificación en los transportes combinados de mercancías) (DO L 73, p. 38), según el cual «deberá entenderse por empresa ferroviaria cualquier empresa establecida o que se establezca en un Estado miembro y que disponga de medios de tracción ferroviaria, quedando entendido que el concepto de tracción no supone necesariamente la propiedad del material de tracción, ni la utilización de su propio personal».

184 En segundo lugar, en la medida en que, como se acaba de comprobar, una agrupación internacional puede adoptar la forma de una empresa en participación de carácter cooperativo, tal como ENS, la propia naturaleza de dicha forma jurídica implica que, en su condición de empresas ferroviarias que ejercen los derechos que les reconoce la Directiva, los fundadores, en vez de dotar directamente a su empresa en participación del material y del personal necesario para desarrollar sus funciones en el mercado, pueden proporcionárselo mediante acuerdos de cooperación celebrados con ella, sin que el hecho de optar por este tipo de organización del funcionamiento de la empresa en participación pueda afectar a su calificación jurídica de agrupación internacional en el sentido de la Directiva 91/440. En efecto, tal como han explicado las partes demandantes en sus respuestas escritas a las preguntas del Tribunal y en la vista, sin que la Comisión las contradijera, la Decisión de suministrar a ENS las locomotoras y el personal de las mismas mediante acuerdos de explotación se debía únicamente a consideraciones de carácter fiscal, y no al hecho de que ENS debiera operar en el mercado como operador de transporte. El hecho de que ENS no esté registrada en el Reino Unido como empresa ferroviaria, tal como han indicado las demandantes en sus respuestas a las preguntas por escrito del Tribunal, no afecta en nada a su calificación jurídica de agrupación internacional, pues, como la propia Comisión declaró en la vista, las licencias ferroviarias de las empresas fundadoras bastan para que los trenes de ENS puedan circular por las líneas de que se trata.

185 En tercer lugar, consta en autos que, como han alegado las partes demandantes, en el contexto económico del sector ferroviario, la actividad de operador de transporte resulta desconocida en lo que respecta al transporte ferroviario de pasajeros. Por otra parte, la Comisión no ha proporcionado ejemplos de empresas de este tipo en el campo del transporte ferroviario de pasajeros ni en la Decisión impugnada ni en sus escritos procesales. La referencia de la Comisión a la empresa ACI no es

pertinente a este respecto. En efecto, dicha referencia hace caso omiso de las particularidades del mercado ferroviario de transporte de pasajeros, que se distingue netamente del mercado de transporte combinado de mercancías, en el que efectivamente ACI opera como operador de transporte. Más en particular, en el mercado de transporte combinado de mercancías, las empresas ferroviarias no venden prestaciones de transporte directamente a los cargadores, salvo muy excepcionalmente en caso de envíos importantes. En este mercado, las prestaciones de transporte combinado son organizadas y vendidas a los cargadores por operadores de transporte combinado, que son a veces filiales de las empresas ferroviarias. Dichos operadores son empresas de transporte que disponen de un material específico, a saber, máquinas para el desplazamiento de materiales y vagones especializados, y que para llevar a cabo sus prestaciones de servicios deben comprar los servicios de tracción ferroviaria y el acceso a las infraestructuras a las empresas ferroviarias, que son las únicas que pueden proporcionarlos [véanse los puntos 6 a 8 de la Decisión ACI, antes citada, y la Decisión 94/210/CE de la Comisión, de 29 de marzo de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (DO L 104, p. 34, puntos 10 a 12)].

186 Ahora bien, aunque es cierto que en la actualidad el mercado ferroviario de transporte combinado de mercancías se caracteriza por una cierta apertura, en el sentido de que las empresas ferroviarias no son las únicas que operan en él, no ocurre lo mismo en el mercado del transporte de pasajeros, en el que sólo operan las empresas ferroviarias y, dentro de ciertos límites, sus agrupaciones internacionales.

187 De ello se sigue que, para justificar la calificación de ENS como operador de transporte, no resulta válida la referencia efectuada por la Comisión a las características de un mercado separado y distinto, a saber, el mercado del transporte combinado de mercancías.

188 Tampoco desvirtúa dicha conclusión el hecho de que ENS proyectara inicialmente explotar la línea Bruselas-Glasgow/Plymouth, a pesar de que SNCB, que había concedido a ENS el derecho de acceso a la infraestructura belga, no formaba parte de sus fundadores. En efecto, tal como han alegado las demandantes, en este caso se trataba de un acuerdo de cooperación internacional entre redes ferroviarias dife-

rentes. Además, la Directiva 91/440 no pone en entredicho la posibilidad de que ENS, en cuanto agrupación internacional en el sentido de dicha Directiva, firme acuerdos de este tipo con empresas ferroviarias terceras para obtener un acceso contractual a su infraestructura.

- 189 El Tribunal de Primera Instancia considera que, sin necesidad de examinar si la Comisión ha incurrido en desviación de poder o si la Decisión impugnada adolece de un defecto de competencia, de las consideraciones precedentes se deduce que la apreciación de la Comisión relativa a la calificación jurídica de ENS como operador de transporte parte de premisas erróneas. Por otra parte, en la medida en que, como acaba de indicarse, la actividad de operador de transporte resulta ajena a las realidades actuales del mercado ferroviario de transporte de pasajeros, el análisis de la Comisión sobre las restricciones de la competencia entre fundadores derivadas del hecho de que cada uno de ellos podría actuar como operador de transporte en el mercado afectado, compitiendo con ENS y con los demás fundadores (véase el apartado 147 *supra*), parte igualmente de las mismas premisas erróneas y no puede por tanto ser aceptado (véase el apartado 148 *supra*).

3. *Sobre el tercer motivo, basado en el carácter desproporcionado e innecesario de la condición impuesta en el artículo 2 de la Decisión impugnada*

#### *Alegaciones de las partes*

- 190 EPS, ENS y SNCF sostienen que, al imponer a las partes notificantes la obligación de prestar a otras agrupaciones internacionales y operadores de transporte los mismos servicios ferroviarios indispensables que prestan a ENS, la Comisión ha aplicado erróneamente la teoría de los «recursos esenciales», en la medida en que, exceptuando la asignación de turnos horarios, exigida por la Directiva 91/440 cuando se cumplan ciertos requisitos, ninguno de los servicios prestados a ENS cumple los requisitos necesarios para la aplicación de dicha teoría. NS añade, a este respecto, que una obligación semejante tiene por efecto no sólo poner en peligro los esfuerzos realizados por las empresas ferroviarias para constituir agrupaciones



internacionales, sino también obligarlas a compartir con terceros los frutos de su cooperación sin que estos últimos tengan que asumir los riesgos comerciales soporados. Según NS, los efectos económicos de obligar a las empresas ferroviarias a suministrar los servicios indispensables a operadores de transporte en condiciones que aquéllas no pueden determinar libremente son equivalentes a los de una expropiación.

191 Las demandantes alegan además que la teoría de los recursos esenciales sólo se aplica en el marco del artículo 86 del Tratado, y sólo en el caso de que una empresa rehúse a sus competidores el acceso a instalaciones o servicios que resulten esenciales tanto para la competitividad del competidor como para la propia existencia de la competencia.

192 Según ellas, en el presente caso la Comisión no ha distinguido entre las instalaciones o servicios que simplemente suponen una ventaja para los competidores y los que son esenciales para preservar la competencia. En especial, no se ha examinado este último requisito, dado que, por una parte, si bien la posesión o el control de la infraestructura puede calificarse de «instalación o servicio esencial», las agrupaciones internacionales tienen garantizado el acceso a ella en virtud de la Directiva 91/440 y, por otra parte, por lo que respecta a las locomotoras utilizadas para los servicios nocturnos a través del túnel bajo el Canal de la Mancha y al personal de conducción o de gestión, la Decisión no contiene la más mínima prueba de que las empresas ferroviarias sean las únicas en tener acceso a dichos recursos o de que cualquier competidor actual o potencial tendría dificultades para obtenerlos. A este respecto, ENS y EPS alegan que las locomotoras especialmente diseñadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha o capaces de circular por él pueden comprarse a los constructores o alquilarse a otras empresas que explotan servicios ferroviarios en el mercado libre. Según ellas, la Comisión no ha examinado tampoco la disponibilidad de locomotoras o de personal ferroviario ni ha demostrado que exista una penuria de personal ferroviario cualificado. Además, la condición impuesta obliga a las empresas ferroviarias a prestar a las agrupaciones internacionales y a los operadores de transporte los servicios ferroviarios necesarios en sus redes, es decir, más allá de los itinerarios de que se trata y en el exterior de los mismos.

- 193 Las demandantes afirman a continuación que la condición impuesta es innecesaria. Por una parte, no tiene relación alguna con la primera restricción de la competencia identificada en la Decisión, a saber, la existente entre los participantes debido a la creación de la empresa en participación. Por otra parte, carece por completo de justificación en lo que respecta a la restricción de la competencia frente a terceros resultante de la posición dominante de las sociedades matrices de ENS en el suministro de servicios ferroviarios en sus Estados miembros de origen. En primer lugar, ninguna de las empresas ferroviarias ha establecido una relación exclusiva con ENS, de modo que nada les impide permitir a cualquier otra empresa que utilice sus locomotoras, su personal y toda vía férrea sobre la que tengan derechos. Por otra parte, en la medida en que también los transportes aéreos, el autobús y el automóvil explotan los mercados de viajes de negocios y de viajes de placer en los itinerarios de que se trata, ENS no ocupa una posición dominante, y la negativa a prestar a un tercero los servicios previstos en la Decisión no tendría efectos sobre la competencia en dichos mercados. De ello se deduce que, para que un futuro suministrador de servicios de transporte de pasajeros pueda estar presente en el mercado, tal como ha sido definido en la Decisión, no es indispensable que obtenga los servicios ferroviarios que se discuten. En cualquier caso, la Comisión no ha aportado prueba alguna procedente de terceros, en particular operadores actuales o potenciales de servicios competidores, en apoyo de su afirmación de que la empresa en participación entraña el riesgo de colocar a los demás operadores en una posición desfavorable. Según las demandantes, las preocupaciones de la Comisión resultan por tanto puramente hipotéticas.
- 194 La Comisión recuerda con carácter previo que en la Decisión relativa a la empresa ACI, que es una empresa común de BR, SNCF e Intercontainer para el transporte de mercancías entre el Reino Unido y el continente, se impuso una condición similar, y alega en su favor que las empresas fundadoras no interpusieron recurso alguno contra dicha Decisión.
- 195 La Comisión precisa igualmente que la condición impuesta no exige que las empresas fundadoras de ENS suministren a terceros todos los servicios que prestan a su filial común (limpieza, comercialización), y en especial que no se impone obligación alguna a las empresas fundadoras de ENS en lo que respecta a los vagones, cuyo precio de compra constituye sin embargo, según las propias empresas fundadoras, el principal obstáculo para entrar en el mercado.

196 Alega por otra parte que, en la actualidad, son las empresas ferroviarias quienes por lo general controlan el acceso a la infraestructura ferroviaria en su condición de administradores de las infraestructuras, y que el acceso a la infraestructura constituye una barrera importante para entrar en el segmento ferroviario del mercado de referencia. En la medida en que los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias constituyan entidades distintas, la obligación que se deriva de la condición impuesta para estas últimas empresas queda pues sin efecto.

197 Por lo que respecta a las locomotoras especializadas con su correspondiente personal, la Comisión señala que, aunque en teoría pueden pertenecer a empresas distintas de las empresas ferroviarias fundadoras de ENS y, llegado el caso, podrían ser compradas o alquiladas por los operadores de transporte, sólo las empresas ferroviarias fundadoras de ENS las poseen efectivamente. Resulta pues imposible en la realidad y en la práctica para los operadores de transporte encontrar una alternativa. Dadas estas circunstancias, resulta innegable que, en el mercado de los servicios esenciales, las empresas ferroviarias ocupan una posición dominante, y que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia (sentencias Instituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, CBEM, RTE/Comisión, y BBC/Comisión, antes citadas), ello justifica la condición impuesta.

198 En cuanto a las críticas relativas al carácter desproporcionado de la condición impuesta, la Comisión alega que el derecho de acceso a la infraestructura, que la Directiva reserva a las empresas ferroviarias y a las agrupaciones internacionales de empresas de este tipo, no significa que otros operadores de transporte no puedan explotar servicios idénticos a los que propone ENS. Como sólo las empresas ferroviarias tiene acceso a la infraestructura y la Directiva no faculta a una nueva empresa que llegue al mercado para solicitar por sí misma un turno horario a los administradores de infraestructura afectados, las empresas ferroviarias deben asignar un turno horario a los operadores a fin de garantizarles el acceso al mercado. Además, la condición impuesta sólo se refiere a los servicios ferroviarios indispensables para entrar en el segmento ferroviario de los mercados pertinentes, por lo que no resulta desproporcionada y permite garantizar la presencia de varios operadores de transporte ferroviarios a fin de intensificar la competencia con los demás medios de transporte.

- 199 La Comisión rechaza por otra parte la interpretación de la condición impuesta según la cual esta última obliga a las empresas ferroviarias interesadas a prestar los servicios ferroviarios indispensables en la totalidad de sus redes, es decir, más allá de las líneas de que se trata. En efecto, dicha obligación sólo afecta al acceso a los mercados identificados en la Decisión impugnada.
- 200 Por último, la Comisión sostiene que el hecho de que el acuerdo entre las empresas ferroviarias y ENS no sea exclusivo carece por completo de pertinencia. En efecto, dado que en el marco del acuerdo las empresas ferroviarias comparten las pérdidas y los beneficios de ENS, resulta poco probable, a juicio de la Comisión, que estas mismas empresas quieran prestar servicios a competidores potenciales.
- 201 El Reino Unido, parte coadyuvante, sostiene que la condición impuesta no puede considerarse indispensable dado que, en el punto 65 de su Decisión, la Comisión había estimado ya que, en el caso de autos, las restricciones de la competencia eran necesarias. La justificación alegada, basada en la necesidad de garantizar la presencia en el mercado de operadores de transporte ferroviario que compitan con ENS, es además inapropiada, en la medida en que tales operadores competidores no existen. Al actuar así, la Comisión ha falseado las condiciones de la competencia, sin tener competencias para hacerlo en virtud del artículo 13 del Reglamento n° 1017/68.
- 202 Según el Reino Unido, la Decisión controvertida adolece igualmente de un defecto de motivación, al no exponer de manera adecuada y suficiente las razones por las que la Comisión ha aplicado la teoría de las «recursos esenciales». En cualquier caso, no se cumplen los requisitos exigidos para la aplicación de dicha teoría. Por una parte, al no ocupar las empresas ferroviarias una posición dominante en los mercados identificados por la Comisión en su Decisión, los servicios ferroviarios de que se trata no pueden calificarse de esenciales para la entrada de competidores en dichos mercados. La justificación de la condición impuesta basada en la segmentación de los mercados de que se trata demuestra por otra parte la imperfección del razonamiento de la Comisión, que sobre este punto se halla en contradicción con el análisis del mercado expuesto en la Decisión. Por otra parte, en la medida en que

la Comisión indica, en su Decisión, que los participantes en los acuerdos ENS deben suministrar «los servicios ferroviarios indispensables» a los nuevos competidores si estos últimos no pueden suministrarlos por sí mismos, dicha Institución está reconociendo así implícitamente que las empresas ferroviarias no son las únicas que controlan las instalaciones y los servicios a los que considera esencial poder acceder, de modo que la condición impuesta resulta injustificada con arreglo a los hechos.

203 En respuesta al Reino Unido, la Comisión replica en primer lugar que el reconocimiento de que un acuerdo por el que se crea una empresa en participación implica restricciones de la competencia que se estiman necesarias no significa que todas las restricciones sean indispensables. La condición impuesta pretende precisamente evitar que las restricciones de la competencia sobrepasen lo que resulta indispensable. Por otra parte, la condición impuesta refleja una preocupación que no es la subyacente en la teoría de los recursos esenciales y que está orientada en el presente caso a permitir que se cumplan los requisitos para la exención establecidos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado y en el artículo 5 del Reglamento n° 1017/68.

204 Por último, la Comisión alega que, en un mercado heterogéneo como el que se define en la Decisión, no es preciso que existan barreras de entrada en todos los segmentos del mercado. Si se adoptara este punto de vista, la consecuencia sería que, en el caso de que en un mercado multimodal predominara un determinado medio de transporte, únicamente los obstáculos a la entrada de terceros en dicho medio de transporte entrarían en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado, mientras que los demás medios de transporte eludirían la aplicación del Derecho de la competencia.

#### *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

205 El Tribunal observa que, según el punto 79 de la Decisión controvertida, la condición que establece el artículo 2 de su parte dispositiva ha sido impuesta para «evitar que las restricciones de la competencia excedan a lo indispensable».

- 206 Ahora bien, tal como se deduce del examen de los motivos primero y segundo realizado por este Tribunal, procede considerar que la Comisión no apreció de modo correcto y suficiente, en la Decisión impugnada, el contexto económico y jurídico en el que se inscriben los acuerdos ENS. Por consiguiente, no se ha establecido que los acuerdos ENS restrinjan la competencia, en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ni que requieran, por tanto, una exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Dadas estas circunstancias, al no existir en la Decisión impugnada criterios de análisis pertinentes sobre la estructura y el funcionamiento del mercado en el que opera ENS, ni sobre el grado de competencia existente en dicho mercado ni, por consiguiente, sobre la naturaleza y el alcance de las pretendidas restricciones de la competencia, la Comisión no se hallaba en condiciones de apreciar si la condición impuesta por el artículo 2 de la Decisión impugnada era o no indispensable en el marco de una eventual exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 207 No obstante, aun en el supuesto de que la Comisión hubiera realizado una apreciación suficiente y correcta de las restricciones de la competencia de que se trata, procedería examinar si, al imponer a las partes notificantes la condición consistente en una obligación de suministrar a terceros los turnos horarios, las locomotoras y el personal de las mismas en las mismas condiciones que a ENS, basándose en que son indispensables o en que, tal como se ha debatido en los escritos procesales y en la vista, constituyen recursos esenciales, la Comisión ha aplicado correctamente el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 208 El Tribunal señala a este respecto que se deduce de la jurisprudencia referente a la aplicación del artículo 86 del Tratado que un producto o servicio sólo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 53 y 54, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión, T-504/93, Rec. p. II-923, apartado 131).
- 209 Por consiguiente, y cuando se trate, como en el caso de autos, de un acuerdo por el que se crea una empresa en participación, que entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia estima que sólo puede considerarse que las empresas matrices y/o la empresa en participación

así creada disponen de infraestructuras, productos o servicios «indispensables» o «esenciales» para el acceso al mercado pertinente si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado.

210 A la luz de las consideraciones precedentes y por analogía con la jurisprudencia antes mencionada (véase el apartado 208 *supra*), procede examinar, por una parte, si la Comisión podía calificar válidamente en el caso de autos de servicios esenciales o indispensables el suministro por los fundadores a ENS a) de turnos horarios, b) de locomotoras y c) del personal de las mismas, servicios que debían ofrecerse a terceros en las mismas condiciones que a ENS y, por otra parte, si al actuar así, dicha Institución motivó suficientemente su Decisión. Por último, basándose en dicho análisis, será preciso igualmente verificar la procedencia del análisis de las presuntas restricciones de la competencia frente a terceros resultantes de los vínculos privilegiados entre los fundadores y ENS que llevó a cabo la Comisión (véase el apartado 151 *supra*).

211 Por lo que respecta, en primer lugar, a los turnos horarios, procede señalar que, si bien es cierto que el artículo 2 de la Decisión impugnada establece que las empresas notificantes suministrarán los turnos horarios «en la medida de lo necesario a cualquier agrupación internacional de empresas ferroviarias», no es menos cierto que, con arreglo a la jurisprudencia, la parte dispositiva de una Decisión debe interpretarse a la luz de los fundamentos en que se basa, a saber, en el presente caso, del punto 81 de la Decisión impugnada. Pues bien, en dicho punto 81 se indica que las empresas notificantes «no deben estar obligadas a facilitar un turno horario si el solicitante actúa como agrupación de empresas ferroviarias a efectos del artículo 10 de la Directiva 91/440/CEE y puede por consiguiente solicitar él mismo este turno a los gestionarios de infraestructuras afectados». Por consiguiente, la Decisión impugnada sólo impone dicha obligación para el caso de que los terceros sean, no agrupaciones internacionales, sino, tal como afirma la Comisión, operadores de transporte, como ENS. Sin embargo, por una parte, tal como se ha establecido *supra*, ENS no es un operador de transporte, sino una agrupación internacional en el sentido de la Directiva 91/440. Por otra parte, el concepto de operador de transporte no tiene cabida en las realidades actuales del mercado ferroviario de transporte de pasajeros. Por consiguiente, al basarse en premisas incorrectas, la condición que

se está examinando, en la medida en que pretende obligar a los fundadores que disponen ya de turnos horarios a facilitarlos a terceros que operen en el mercado como operadores de transporte, dicha condición carece de fundamento.

- 212 Por lo que respecta, en segundo lugar, al suministro de locomotoras, procede recordar que, como se acaba de subrayar, para considerar que las locomotoras son recursos esenciales o indispensables es preciso que lo sean para los competidores de ENS, en el sentido de que, en el caso de no disponer de ellas, estos últimos no podrían ni entrar en el mercado de referencia ni continuar operando en él. Ahora bien, en la medida en que, por una parte, la Decisión ha definido el mercado de referencia como el mercado intermodal de transporte de pasajeros por motivos profesionales y el mercado, también intermodal, de transporte de pasajeros que efectúan viajes de placer, y, por otra parte, en estos dos mercados intermodales la cuota de mercado de ENS no supera el 7 u 8 % según la Comisión, y ni siquiera el 5 % según la notificación de los participantes, no cabe admitir que la eventual decisión de las empresas notificantes de negarse a suministrar a los competidores de ENS locomotoras especializadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha tenga por efecto excluirlos del mercado afectado, tal como se define en la Decisión impugnada. En efecto, no se ha demostrado que una empresa con una cuota de mercado tan poco elevada pueda estar en condiciones de influir de algún modo en el funcionamiento y en la estructura del mercado afectado.
- 213 Únicamente tomando como marco de referencia un mercado totalmente distinto, a saber, el mercado intramodal de transporte ferroviario de hombres de negocios y de turistas, en el que las empresas ferroviarias ocupan en la actualidad una posición dominante, podría eventualmente una negativa a suministrar locomotoras tener efectos sobre la competencia. Sin embargo, procede subrayar que no es este mercado intramodal el que finalmente la Comisión consideró pertinente, sino el mercado intermodal (véanse los puntos 17 a 27 de la Decisión impugnada). Sólo en la fase escrita del procedimiento se ha referido la Comisión por primera vez al mercado intramodal de servicios ferroviarios, en cuanto segmento del mercado intermodal de transporte de hombres de negocios y de turistas, a fin de justificar la obligación de suministrar locomotoras a los competidores de ENS impuesta a las empresas notificantes. Pues bien, aunque no cabe excluir que el análisis de los efectos de un acuerdo puede efectuarse tanto en el mercado principal como en uno de los segmentos del mismo, no es menos cierto que una decisión de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado debe poner de manifiesto con claridad y sin



ambigüedades tanto la distinción entre el mercado principal y el segmento o segmentos de dicho mercado como las razones que justifican tal distinción, y no ocurre así en el caso de autos.

214 Aun suponiendo que las explicaciones dadas a este respecto por la Comisión en la fase escrita del procedimiento no constituyan en definitiva una redefinición del mercado pertinente que se había definido en los puntos 17 a 27 de la Decisión impugnada, sino que pretendan en realidad aclarar mejor dicha definición, no por ello deja de ser cierto que la apreciación de la Comisión adolece en el presente caso de un defecto de motivación.

215 En efecto, tal como han alegado las partes demandantes, la Decisión impugnada no contiene criterios de análisis que demuestren el carácter «esencial» de las locomotoras en cuestión. Más concretamente, la lectura de la Decisión impugnada no permite llegar a la conclusión de que resulta imposible para terceros obtener dichas locomotoras, bien directamente de sus constructoras, bien indirectamente comprándolas o alquilándolas a empresas terceras. Tampoco contienen los autos una correspondencia de la Comisión con terceros que ponga de manifiesto que a éstos les resulta imposible adquirir en el mercado las referidas locomotoras. Ahora bien, tal como han subrayado las partes demandantes, toda empresa que desee explotar los mismos servicios ferroviarios que ENS utilizando el túnel bajo el Canal de la Mancha puede comprar o alquilar libremente en el mercado dichas locomotoras. Además, se deduce de los autos que los contratos de suministro de locomotoras celebrados entre las empresas notificantes y ENS no contienen cláusula alguna de exclusividad en favor de ENS, y que por consiguiente todas las empresas notificantes son libres de suministrar las mismas locomotoras a terceros y no solamente a ENS.

216 Procede añadir a este respecto que la Comisión no ha negado el hecho de que terceros interesados pueden comprar o alquilar libremente en el mercado las mencionadas locomotoras, sino que se ha limitado a considerar que se trata en realidad de una posibilidad meramente teórica y que únicamente las empresas notificantes disponen efectivamente de dichas locomotoras. No es posible sin embargo aceptar el

argumento de la Comisión. El hecho de que las empresas notificantes sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significa que sean las únicas que pueden adquirirlas.

- 217 De ello se deduce que adolece de un defecto de motivación, o como mínimo de insuficiencia de motivación, la apreciación efectuada por la Comisión al calificar de esenciales o indispensables las locomotoras especializadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha y, consecuentemente, la obligación impuesta a los fundadores de suministrar dichas locomotoras a terceros.
- 218 Por razones idénticas a las que acaban de exponerse, adolece de los mismos vicios de defecto o insuficiencia de motivación la obligación impuesta a los fundadores de suministrar igualmente a terceros el personal de las locomotoras especializadas para la travesía del túnel bajo el Canal de la Mancha.
- 219 De ello se deduce que la Decisión impugnada adolece de un defecto de motivación, o como mínimo de una insuficiencia de motivación, en la medida en que impone a las demandantes la obligación de suministrar a terceros, competidores de ENS, los mismos «servicios indispensables» que presten a esta última.
- 220 Se deduce igualmente de las consideraciones precedentes que tampoco resulta fundado el análisis que efectúa la Comisión de las restricciones de la competencia frente a terceros derivadas de las relaciones privilegiadas de los fundadores con ENS (véanse los apartados 150 y 151 *supra*). En efecto, en la medida en que, tal como se ha establecido anteriormente, ENS no es un operador de transporte, el mercado ferroviario sólo puede finalmente escindirse en dos mercados de servicios distintos, a saber, un mercado integrado de prestación de servicios de transporte de pasajeros en el que sólo operan las empresas ferroviarias y sus agrupaciones internacionales y un mercado de acceso a la infraestructura y de administración de la misma, gestionado por los administradores de la infraestructura en el sentido de la Directiva 91/440 (véase el marco jurídico, apartados 1 a 6 *supra*). Procede añadir a este respecto que carece de fundamento el argumento utilizado por la Comisión en la vista, según el cual del apartado 55 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de

21 de octubre de 1997, Deutsche Bahn/Comisión (T-229/94, Rec. p. II-1689), se deduce que el mercado de servicios ferroviarios constituye un submercado distinto del mercado de los transportes ferroviarios en general, pues la declaración del Tribunal de Primera Instancia en dicho asunto se refería únicamente al mercado ferroviario del transporte combinado. El análisis de las restricciones de la competencia frente a terceros debía efectuarse pues en los dos mercados mencionados más arriba.

- 221 Así, por lo que respecta en primer lugar al acceso a la infraestructura (turnos horarios), el Tribunal señala que, si bien es cierto que el acceso a la misma de terceros puede en principio resultar obstaculizado cuando son empresas competidoras quienes controlan dicho acceso, no por ello deja de ser cierto que la Directiva 91/440 consagra expresamente y garantiza la obligación de las empresas ferroviarias, que son al mismo tiempo administradores de la infraestructura, de dar acceso a la misma en condiciones equitativas y no discriminatorias a las agrupaciones internacionales que compitan con ENS. Por consiguiente, los acuerdos ENS no pueden por definición obstaculizar el acceso de terceros a la infraestructura. En cuanto al suministro a ENS de locomotoras especializadas para el túnel bajo el Canal de la Mancha y del personal de las mismas, el beneficio que por sí solo supone para la empresa dicho servicio sólo obstaculizaría el acceso de terceros al segundo mercado si dichas locomotoras y el personal de las mismas debieran considerarse recursos esenciales. Ahora bien, en la medida en que las locomotoras especializadas y el personal de las mismas no pueden calificarse de recursos esenciales, por las razones que se han expuesto más arriba (véanse los apartados 210 a 215), no cabe afirmar que suponga una restricción de la competencia frente a terceros el hecho de que los acuerdos de explotación de los servicios de trenes nocturnos prevean el suministro de dichos recursos a ENS. Por lo tanto, tampoco resulta fundado este aspecto del análisis de las restricciones de la competencia frente a terceros efectuado por la Comisión (véanse los apartados 150 y 151 *supra*).

#### 4. Sobre el cuarto motivo, basado en la duración insuficiente de la exención concedida

##### *Alegaciones de las partes*

- 222 Las partes demandantes subrayan que los acuerdos ENS se refieren a una importante inversión a largo plazo y que el rendimiento del proyecto depende de la obtención de una financiación en condiciones ventajosas, de una duración de

20 años, para la compra de un material móvil específico, por lo que limitar la duración de la exención a ocho años resulta insuficiente. A este respecto, no es pertinente la referencia que la Decisión hace al plazo que ciertas empresas ferroviarias consideran necesario para asegurar la viabilidad de otro acuerdo, relativo a unos servicios de transporte combinado de mercancías a través del túnel bajo el Canal de la Mancha, puesto que dicho plazo se refiere a una empresa en participación que opera en un sector distinto del de ENS y en la que no participa ninguna de las partes notificantes.

223 En cuanto a la justificación invocada en el punto 73 de la Decisión, según la cual la duración de la exención depende principalmente del período durante el cual se puede considerar razonablemente que las condiciones de funcionamiento del mercado no experimentarán modificaciones importantes, las demandantes consideran que la Comisión no aporta dato alguno que permita suponer que al finalizar el período de exención se producirán tales modificaciones, al tiempo que la duración relativamente escasa de la exención agrava los riesgos financieros.

224 Las demandantes añaden a este respecto que, en la práctica que sigue en sus decisiones, la Comisión ha considerado siempre que las empresas en participación que exigen importantes inversiones a largo plazo y cuyo objeto es el desarrollo de un nuevo producto necesitan inevitablemente un largo período para rentabilizar el capital invertido. Estiman que la consideración recogida en la Decisión, según la cual la adquisición de material en común es disociable de las modalidades de explotación comercial del mismo, carece de fundamento en el presente asunto, dado que el material móvil utilizado por ENS sólo puede servir para los enlaces entre el Reino Unido y el continente. Por todas estas razones, las demandantes concluyen que la Decisión impugnada adolece de un error manifiesto de apreciación y/o de inexistencia o insuficiencia de motivación.

225 La Comisión afirma que la duración de una exención debe determinarse en función de las condiciones del mercado existentes en el momento en que se adopta la decisión, teniendo en cuenta las modificaciones razonablemente previsibles que puedan

producirse en el mercado de que se trate. Dicha Institución considera que, en el presente caso, la duración de la exención concedida, de diez años a partir de la notificación y de ocho años a partir de la fecha de adopción de la Decisión, permite conciliar las previsiones económicas realistas, por una parte, y la necesidad de seguridad jurídica de las empresas, por otra. En efecto, según la notificación de los acuerdos, las proyecciones financieras de las empresas ferroviarias interesadas indicaban que los servicios nocturnos prestados por ENS generarían ingresos suficientes para cubrir los costes a partir del cuarto año de explotación (apartado II. e.1.4 de la página 35 de la notificación, anexo 1 del escrito de contestación). Según la Comisión, el hecho de que la financiación de la adquisición del material móvil abarque un período de 20 años no justifica la concesión de una exención de una duración superior, pues la adquisición de material en común es dissociable de las modalidades de explotación comercial del mismo.

226 La Comisión añade que, en cualquier caso, con arreglo al apartado 2 del artículo 13 del Reglamento nº 1017/68, la exención puede renovarse varias veces si las circunstancias lo justifican y, en la práctica, la renovación se concede cuando las condiciones del mercado no se han modificado considerablemente. Suponiendo que se produjeran cambios apreciables, la Comisión podría además renovar su Decisión acompañándola de requisitos diferentes de los establecidos en la Decisión anterior.

227 El Reino Unido, parte coadyuvante, sostiene que la condición impuesta a las empresas ferroviarias y la duración de la exención alteran la base financiera asumida por los participantes en los acuerdos ENS para comprometerse a prestar los nuevos servicios ferroviarios de que se trata. A su juicio, la magnitud de la inversión acordada por las partes habría debido ser un factor esencial en la determinación de la duración de la exención. Al no haber tomado en cuenta este factor, la Decisión es incompatible con la política de fomento de la participación del sector privado en el desarrollo de redes transeuropeas.

228 En su respuesta, la Comisión replica que la duración de la exención concedida es a la vez suficiente y justificada y añade que, en contra de lo que alega el Reino Unido, la Decisión se ajusta a su política sobre el papel del sector privado en el desarrollo de las redes transeuropeas.

*Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

229 Tal como se deduce del examen del primer y segundo motivo, procede considerar que la Comisión no apreció de modo correcto y suficiente el contexto económico y jurídico en el que se sitúan los acuerdos ENS. Por consiguiente, no se ha establecido que los acuerdos ENS restrinjan la competencia, en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ni que requieran por tanto una exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Por lo tanto, la Comisión no se encontraba en condiciones de apreciar la duración apropiada de una eventual exención basada en dicha disposición.

230 Aun suponiendo que la apreciación de la Comisión en la Decisión impugnada sobre las restricciones de la competencia sea suficiente y justa, el Tribunal de Primera Instancia considera que la duración de una exención concedida en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado o, como ocurre en el presente caso, del artículo 5 del Reglamento n° 1017/68 y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, debe ser suficiente para permitir a sus beneficiarios hacer realidad las ventajas que justifican la mencionada exención, a saber, en el presente caso, la contribución al progreso económico y las ventajas que supone para los usuarios la creación de nuevos servicios de transporte de alta calidad, tal como se ha expuesto en los puntos 59 a 61 de la Decisión impugnada. Por otra parte, en la medida en que resulta imposible obtener dicho progreso y dichas ventajas sin inversiones importantes, el período necesario para rentabilizar las inversiones de que se trate constituye necesariamente un dato esencial en la apreciación de la duración de una exención, y en especial en casos como el que se plantea en el presente asunto, en el que ha quedado establecido que se trata de servicios totalmente nuevos, que exigen considerables inversiones y entrañan importantes riesgos financieros, al tiempo que requieren que las empresas participantes compartan su «know-how» (puntos 63, 64 y 75 de la Decisión).

231 Dadas estas circunstancias, el Tribunal estima que la idea expuesta en el punto 73 de la Decisión, según la cual «la duración de esta exención depende principalmente

del período durante el cual se puede considerar razonablemente que las condiciones de funcionamiento del mercado no se verán modificadas de forma considerable» no puede considerarse el único criterio determinante para fijar la duración de la exención, sin tener también en cuenta el período necesario para permitir a las partes obtener una remuneración satisfactoria de su capital.

232 Ahora bien, el Tribunal observa que la Decisión controvertida no contiene una evaluación detallada del período necesario para rentabilizar las inversiones de que se trata con la necesaria seguridad jurídica, en especial habida cuenta de que los participantes han asumido compromisos financieros de 20 años de duración para la compra de un material móvil específico. A este respecto, no es pertinente la afirmación de la Comisión en el punto 76 de la Decisión, según la cual, en el ámbito del transporte combinado de mercancías, ciertas empresas ferroviarias le habían comunicado que para organizar y garantizar la viabilidad de los nuevos servicios se requería un período de cinco años, dado que, tal como se acaba de indicar (véanse los apartados 185 a 187 *supra*), se trataba en ese caso de una empresa en participación que operaba en un mercado diferente del de ENS.

233 En cuanto a la conclusión de la Comisión en el punto 75 de la Decisión impugnada, según la cual el importe de las inversiones no puede constituir un criterio determinante para fijar la duración de la exención porque la adquisición del material en común es disociable de las modalidades de explotación comercial del mismo, es preciso hacer constar que la Decisión no contiene dato alguno que explique por qué la explotación comercial de dicho material es «disociable» de su adquisición, dado que la adquisición del material móvil de que se trata y la asunción de los compromisos financieros relacionados con ella se han producido única y exclusivamente en el marco de los acuerdos notificados. En cualquier caso, la Comisión no ha impugnado la afirmación de las demandantes de que las posibilidades alternativas de utilización del material móvil de que se trata son muy escasas.

- 234 De ello se deduce que, en cualquier caso, la decisión de la Comisión de limitar a ocho años la duración de la exención concedida a los acuerdos ENS adolece de un defecto de motivación.
- 235 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar fundado el cuarto motivo de las demandantes.
- 236 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes, sin necesidad de pronunciarse sobre el motivo invocado por SNCF en el asunto T-384/94, basado en la infracción del artículo 3 del Reglamento n° 1017/68, que procede anular la Decisión impugnada.

### Costas

- 237 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así se hubiera solicitado. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la Comisión y haber solicitado las partes demandantes su condena en costas, procede condenar a la Comisión al pago de las costas, incluyendo las soportadas por SNCF, parte coadyuvante en los asuntos T-374/94 y T-384/94.
- 238 Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, el Reino Unido cargará con sus propias costas.



En virtud de todo lo expuesto,

**EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)**

decide:

- 1) Anular la Decisión 94/663/CE de la Comisión, de 21 de septiembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.600 — Night Services).**
- 2) Condenar en costas a la Comisión.**
- 3) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, parte coadyuvante, cargará con sus propias costas.**

Kalogeropoulos

Bellamy

Pirrung

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de septiembre de 1998.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

A. Kalogeropoulos