

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Quinta Secção Alargada)

6 de Junho de 2002 *

No processo T-342/99,

Airtours plc, representada por J. Swift, QC, e R. Anderson, barrister,
M. Nicholson, J. Holland e A. Gomes da Silva, solicitors, com domicílio
escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por R. Lyal, na qualidade
de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão C(1999) 3022 final da
Comissão, de 22 de Setembro de 1999, que declara a incompatibilidade de uma
operação de concentração com o mercado comum e o Acordo EEE (Processo
IV/M.1524 — Airtours/First Choice), publicada sob o número 2000/276/CE
(JO 2000, L 93, p. 1),

* Língua do processo: inglês.

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

composto por: P. Lindh, presidente, R. García-Valdecasas, J. D. Cooke,
M. Vilaras, N. J. Forwood, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Outubro de 2001,

profere o presente

Acórdão

Factos e tramitação processual

1 Em 29 de Abril de 1999, a Airtours plc, sociedade britânica que opera principalmente no sector das viagens e das férias organizadas, anunciou a sua intenção de adquirir a totalidade do capital de uma das suas concorrentes, a agência de viagens britânica First Choice plc.

- 2 No mesmo dia, a Airtours notificou à Comissão o projecto de concentração, nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1, rectificações no JO 1990, L 257, p. 13), com a redacção que lhe foi dada, em último lugar, pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1) (a seguir «Regulamento n.º 4064/89»).
- 3 Por decisão de 3 de Junho de 1999, a Comissão considerou que a operação de concentração suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e decidiu dar início ao procedimento de exame aprofundado, previsto no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 4064/89.
- 4 Em 9 de Julho de 1999, a Comissão enviou à recorrente a comunicação de acusações, nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 4064/89, na qual expunha as razões por que considerava, à primeira vista, que a operação prevista criaria uma posição dominante colectiva no mercado britânico das viagens organizadas ao estrangeiro para destinos próximos. A recorrente respondeu à comunicação de acusações em 25 de Julho de 1999.
- 5 Em 28 e 29 de Julho de 1999, realizou-se uma audição com o consultor-auditor da Comissão, nos termos dos artigos 14.º, 15.º e 16.º do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento n.º 4064/89 (JO L 61, p. 1).
- 6 Em 7 de Setembro de 1999, a recorrente assumiu uma série de compromissos, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, para evitar os problemas de concorrência identificados.

- 7 Em 9 de Setembro de 1999, reuniu-se o comité consultivo em matéria de concentrações entre empresas e emitiu um parecer sobre a operação de concentração e sobre os compromissos propostos pela recorrente.
- 8 Em 15 de Setembro de 1999, efectuou-se uma reunião na presença de representantes da recorrente e da Comissão, na sequência da qual a recorrente apresentou uma proposta firme de compromissos revistos.
- 9 Por decisão de 22 de Setembro de 1999 (Processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice) [decisão C(1999) 3022 final, publicada sob o número 2000/276/CE (JO 2000, L 93, p. 1, a seguir «decisão»)], a Comissão declarou a operação de concentração incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do Espaço Económico Europeu, por força do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, porque criaria uma posição dominante colectiva no mercado britânico das viagens organizadas ao estrangeiro para destinos próximos, que teria por efeito entravar significativamente a concorrência no mercado comum. A Comissão precisou na decisão que os compromissos propostos pela Airtours em 7 de Setembro de 1999 não eram suficientes para evitar a criação de uma posição dominante colectiva e que os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 foram assumidos demasiado tarde para poderem ser tomados em consideração nessa fase do processo.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 10 Em 2 de Dezembro de 1999, a recorrente interpôs o presente recurso.

- 11 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal decidiu dar início à fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo, a recorrente e a Comissão foram convidadas a apresentar vários documentos e a responder por escrito a uma série de perguntas.
- 12 Por ofícios da Comissão de 27 de Julho de 2001 e 3 de Agosto de 2001 e por carta da recorrente de 31 de Agosto de 2001, as partes deram cumprimento às medidas de organização do processo tomadas pelo Tribunal.
- 13 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas colocadas pelo Tribunal na audiência de 11 de Outubro de 2001.
- 14 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:
 - anular a decisão;
 - condenar a Comissão nas despesas.
- 15 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:
 - negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Quanto ao mérito

- 16 A recorrente invoca quatro fundamentos em apoio do seu recurso. O primeiro fundamento baseia-se na existência de erros de apreciação manifestos na definição do mercado de produtos relevante e na violação do artigo 253.º CE. O segundo fundamento baseia-se na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 e do princípio da segurança jurídica, porque a Comissão teria examinado o caso em apreço aplicando um conceito novo e errado de posição dominante colectiva, bem como na violação do artigo 253.º CE. O terceiro fundamento baseia-se na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, porque a Comissão declarou que a operação de concentração notificada criaria uma posição dominante colectiva, bem como na violação do artigo 253.º CE. O quarto fundamento baseia-se na violação do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 e na violação do princípio da proporcionalidade, porque a Comissão não aceitou os compromissos propostos pela recorrente.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na definição errada do mercado de produtos relevante e na violação do artigo 253.º CE

A — Decisão

- 17 Quanto à definição do mercado de produtos relevante na actividade de organização de férias no estrangeiro para os consumidores britânicos, a única contestada pela recorrente, a decisão faz a distinção entre dois mercados

diferentes, o das férias organizadas em destinos longínquos (a seguir «férias em destinos longínquos») e o das férias organizadas em destinos próximos (a seguir «férias em destinos próximos»). A este respeito, esclarece-se na decisão que o sector das viagens considera destinos longínquos todos os destinos que implicam um tempo de voo, a partir do Reino Unido, muito superior a três horas, com exclusão dos voos para as ilhas do Mediterrâneo Oriental ou para as ilhas Canárias, que podem durar até cerca de quatro horas. Por este facto, todos os destinos de férias na Europa (continente e ilhas) e no Norte de África são abrangidos pela categoria de «destinos próximos», contrariamente aos destinos situados, por exemplo, nas Caraíbas, Américas ou no Sudeste Asiático, em que a duração do voo é muito superior (normalmente o dobro ou mais) (decisão, considerando 10 a 13).

- 18 A decisão expõe nos considerandos 16 a 28 as razões que levaram a Comissão a considerar que as diferenças entre as férias em destinos longínquos e as férias em destinos próximos são mais acentuadas, no plano da concorrência, do que as suas semelhanças, de modo a justificar a existência de mercados distintos para efeitos da apreciação da concentração notificada. Essas razões seriam as seguintes:

- a) por um lado, a substituíbilidade limitada entre os voos de longo curso e de médio curso para as companhias aéreas (e, portanto, para os operadores turísticos verticalmente integrados), tendo em conta a reduzida possibilidade de utilizar os mesmos aviões para os destinos próximos e para os destinos longínquos, o custo de exploração de aviões de grande porte relativamente aos aviões mais pequenos e as dificuldades que as companhias aéreas *charter* (incluindo as das partes) devem ultrapassar se pretenderem «reconfigurar a sua frota em termos de capacidade de longo e médio curso», ou seja: a necessidade de investir capitais, a necessidade de tempo para o fazer e a dificuldade de fretar aviões a curto prazo, uma vez que as companhias *charter* (incluindo as das partes) são proprietárias da maioria dos seus aviões ou fretam-nos a relativamente longo prazo (a regra são contratos de cinco anos) a fim de reduzir os custos, manter a qualidade e garantir a continuidade da oferta (decisão, considerando 16 a 18);

b) por outro lado, o facto de existir para o consumidor final uma série de diferenças significativas entre as viagens organizadas ao estrangeiro para destinos próximos e as para destinos longínquos:

- em primeiro lugar, em termos de imagem ou de ideia de férias: as férias em destinos longínquos parecem mais exóticas e são, portanto, apreciadas pelos solteiros e casais sem filhos; as férias em destinos próximos, como os destinos mediterrânicos, interessam mais às famílias (decisão, considerando 20);
- em segundo lugar, no que diz respeito à altura do ano para ir de férias: as férias em destinos longínquos são menos adaptadas às necessidades dos consumidores britânicos que viajam em família, que passam a maior parte das férias organizadas no estrangeiro durante o Verão (sobretudo de meados de Julho a fins de Agosto), coincidindo com as férias escolares (e, em certas regiões, com as datas de encerramento das empresas) (decisão, considerando 20);
- em terceiro lugar, no respeitante à duração do transporte: períodos de voo mais longos podem também dissuadir certos consumidores de optarem por férias num destino longínquo, mesmo que sejam comparáveis, sob outros aspectos, a férias num destino próximo, por exemplo, no que se refere ao clima, à situação, aos preços, aos vistos, às exigências médicas, etc. (decisão, considerando 21);
- em quarto lugar, no que diz respeito à não substituibilidade no plano dos preços entre destinos próximos e destinos longínquos: os preços são sensivelmente mais elevados para as férias em destinos longínquos e há apenas uma convergência limitada entre os preços de tipo comparável das

férias em destinos longínquos e em destinos próximos. Embora os preços dos dois tipos de férias, nomeadamente em certas alturas do ano (por exemplo, quando o tempo é mau), possam por vezes ser idênticos ou semelhantes, esta sobreposição muito limitada não é suficiente para influenciar os preços no conjunto do mercado dos destinos próximos, na medida em que as férias nos destinos longínquos em causa são consideradas substitutos efectivos só por um número muito reduzido de clientes (decisão, considerando 22 a 26).

B — *Quanto à definição do mercado de produtos relevante*

- 19 Antes de mais, há que observar que, quanto à aplicação do Regulamento n.º 4064/89, prevista no caso em apreço, a definição adequada do mercado relevante é uma condição necessária e prévia à apreciação dos efeitos na concorrência da concentração de empresas notificada (v., neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, dito «Kali & Salz», C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.º 143).
- 20 O mercado dos produtos abrangidos pela operação deve ser definido tendo em conta todo o contexto económico, de modo a poder apreciar-se o poder económico efectivo da empresa ou das empresas em questão, e importa, para esse efeito, definir previamente os produtos que, não sendo substitutos de outros produtos, são suficientemente intermutáveis com os produtos que essas empresas oferecem, em função não só das suas características próprias mas também das condições de concorrência e da estrutura da procura e da oferta no mercado (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.ºs 10 e 13, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão, T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 63).

- 21 A recorrente contesta a definição do mercado de produtos relevante adoptada na decisão. Em vez de limitar o mercado relevante ao das férias organizadas no estrangeiro em destinos próximos, a Comissão deveria tê-lo definido como o mercado constituído por todas as férias organizadas no estrangeiro, incluindo as férias organizadas em destinos longínquos. A recorrente critica a Comissão por se ter afastado da prática anterior relativa à definição do mercado das férias organizadas no estrangeiro e sustenta que não apreciou correctamente a substituíbilidade da procura e a substituíbilidade da oferta. Este erro de raciocínio teria a consequência de a decisão estar viciada por erros de apreciação manifestos dos quais resulta um erro de direito.
- 22 Quanto à tese da Comissão segundo a qual não há substituíbilidade da procura entre as férias em destinos longínquos e as férias em destinos próximos, a recorrente sustenta que os argumentos da Comissão relativos, por um lado, às diferentes características do produto e, por outro, às diferenças dos preços médios das férias em destinos longínquos e em destinos próximos são errados.
- 23 Em primeiro lugar, refere as características do produto e contesta as afirmações da Comissão segundo as quais as férias em destinos longínquos são mais exóticas, convêm menos às famílias e implicam voos de maior duração. Os destinos próximos, como a Turquia ou o Norte de África, seriam mais «exóticos» do que destinos longínquos, como a Florida e a República Dominicana, que seriam mais «familiares». Quanto à duração da viagem até ao local de alojamento, ela poderia ser tão longa para as férias em destinos próximos como para as férias em destinos longínquos, uma vez que o que é importante é o tempo total de viagem, que inclui as formalidades de embarque e as transferências, e não o tempo de voo *stricto sensu*. Por último, a recorrente sustenta que a variedade de tipos de estadia propostos pelos operadores turísticos para tomar em consideração os diferentes estilos de vida (por exemplo, familiar ou não) e a diversidade das preferências (nomeadamente no respeitante ao tipo de alojamento, de alimentação, de actividades e de interesses, etc.) existe tanto no sector das férias em destinos longínquos como no das férias em destinos próximos.

- 24 Em segundo lugar, quanto às diferenças nos preços das férias, a recorrente alega que não é relevante indicar que os preços médios das férias em destinos longínquos excedem os das férias em destinos próximos quando, como no caso em apreço, os produtos são muito diferenciados. A recorrente invoca também a existência de uma convergência dos preços entre os dois tipos de férias, porque certos voos para destinos próximos estão na mesma gama de preços que certos voos para destinos longínquos.
- 25 O Tribunal verifica que resulta dos autos que foi devido às preferências dos consumidores, à duração média dos voos, aos níveis de preços médios e à substituíbilidade limitada das frotas aéreas utilizadas para cada tipo de destino que a Comissão concluiu que as férias em destinos próximos fazem parte de um mercado diferente daquele de que fazem parte as férias em destinos longínquos. A Comissão concluiu nesse sentido, sem todavia contestar que as férias organizadas no estrangeiro em destinos longínquos são cada vez mais apreciadas pelos consumidores e também sem contestar que os estudos de mercado invocados pela recorrente na resposta à comunicação de acusações (v. British National Travel Survey, 1998, volume 4, e *The 1998 Holiday Market*, e Mintel, «*Holidays: The booking procedure*, 1997») evidenciam uma tendência dos Britânicos para alargar o horizonte geográfico das suas férias, nomeadamente para a outra costa atlântica. Também não contestou o facto de que, por um lado, uma parte substancial (36%) de turistas que passaram férias em destinos próximos durante os últimos cinco anos também passaram férias em destinos longínquos durante esse período e, por outro, que um número muito mais importante de turistas (62%) é «muito» ou «bastante» susceptível de o fazer durante os cinco próximos anos, como a recorrente mencionou no quadro 2.4 da sua resposta à comunicação de acusações.
- 26 Assim, há que examinar se a Comissão cometeu um erro de apreciação manifesto ao considerar que os referidos elementos justificavam uma definição limitada do mercado do produto relevante, que exclui as férias em destinos longínquos, que ela considerou que não eram suficientemente intermutáveis com as férias em destinos próximos.

- 27 Em primeiro lugar, quanto à duração média dos voos, a Comissão sublinhou, sem ser contestada neste ponto pela recorrente, a diferença substancial existente entre a duração média dos voos para destinos longínquos, que é de mais de oito horas, e a dos voos para destinos próximos, que é, frequentemente, inferior a três horas (do Reino Unido, os voos para as ilhas do Mediterrâneo Oriental ou para as ilhas Canárias podem durar cerca de quatro horas). A recorrente alega que o que é importante na prática, para os consumidores, não é a duração do voo mas a duração total do percurso desde a cidade de origem até ao hotel de destino. No entanto, não pode invocar este argumento para relativizar a diferença inconteste existente entre a duração média dos voos, em média, três horas para os voos para destinos próximos e, em média, oito horas para os voos para destinos longínquos, porque a duração do percurso do aeroporto para o hotel pode na realidade também variar, independentemente do destino.
- 28 Em segundo lugar, no respeitante à importância a dar aos preços a que são vendidos os dois tipos de férias e ao seu impacto nos consumidores, a Comissão considerou que as diferenças entre o preço médio das férias em destinos longínquos e o das férias em destinos próximos são de tal ordem que justificam a definição de mercados distintos. A este respeito, há que salientar que a Comissão admite que há um certo grau de convergência entre os preços dos dois tipos de férias. Todavia, sustenta que essa convergência é insuficiente para que os dois produtos possam ser considerados substituíveis ou para que os preços de uns possam influenciar os preços dos outros.
- 29 A Comissão expõe no considerando 23 da decisão as razões por que entendeu que não existe substituíbilidade no plano dos preços entre os dois tipos de férias. Considera que os preços propostos ao consumidor são sensivelmente mais elevados para as férias em destinos longínquos, segundo as informações prestadas pela recorrente no anexo 1 a) da resposta de 29 de Junho de 1999 ao pedido de informações da Comissão.

- 30 Em primeiro lugar, a Comissão verificou que havia, entre o «preço de catálogo» médio das férias em destinos longínquos para o Verão de 1998 e o das férias para destinos próximos, uma diferença de mais de 100%. Considerou também a questão ao comparar as férias organizadas similares (catorze noites, três estrelas, refeições não incluídas) na Florida e em Espanha, para concluir que as segundas custavam, em média, cerca de 50% menos que as primeiras. Uma comparação análoga entre a Florida e a Grécia ou as Canárias teria dado resultados quase semelhantes (ou seja, uma diferença de cerca de 30% a 40% para um alojamento com refeições). A decisão dá exemplos detalhados de comparações de preços relativos a certos destinos turísticos próximos e longínquos propostos nos catálogos da Airtours, que revelam importantes diferenças de preços entre os dois tipos de destinos.
- 31 A recorrente contesta a importância dos preços médios como elementos de comparação dos efeitos do preço nas decisões dos consumidores relativas a produtos claramente diferenciados. Sustenta que o que é significativo para determinar o mercado do produto relevante é o comportamento dos «clientes das margens» e saber se estes estão dispostos a substituir férias em destinos próximos por férias em destinos longínquos se o preço daquelas aumentar. A Comissão admite que os preços médios não reflectem necessariamente os preços que se encontram nas margens, mas considera que, quando as diferenças são, como no caso em apreço, de tal modo importantes, é pouco provável que exista uma gama suficiente de férias em destinos longínquos realmente comparáveis, a preços suficientemente próximos, para que os seus preços possam influenciar os das férias em destinos próximos, na medida em que as férias em destinos longínquos são consideradas substitutos efectivos apenas por uma muito pequena parte dos clientes.
- 32 Assim, há que examinar se a Comissão cometeu um erro de apreciação manifesto sobre a importância da margem, quer dizer, sobre o número de clientes prontos a reagir em caso de aumento dos preços das férias em destinos próximos, comprando férias em destinos longínquos, em relação à totalidade dos clientes dos operadores turísticos que compram habitualmente férias em destinos próximos.

- 33 A este respeito, deve observar-se, antes de mais, que é ponto assente entre as partes que os consumidores britânicos de férias organizadas no estrangeiro são geralmente muito sensíveis aos preços destes produtos.
- 34 A tese da Comissão é exposta no considerando 24 da decisão, em que admitiu que «[o]s preços das férias para determinados destinos longínquos, nomeadamente em certas alturas do ano (por exemplo, quando as condições climáticas não são em princípio favoráveis), podem por vezes ser idênticos ou aproximar-se dos das férias em destinos próximos no ponto máximo da escala qualidade/preço (estação alta, alojamento de maior qualidade)». Todavia, em seguida, considerou que «não se afigura que esta sobreposição muito limitada seja suficiente para influenciar os preços no conjunto do mercado dos destinos próximos, na medida em que as férias para os destinos longínquos em causa só seriam consideradas como substitutos efectivos — do ponto de vista do preço ou por outros motivos — por um número muito reduzido de clientes».
- 35 Em apoio desta apreciação, a Comissão sublinhou, no considerando 25 da decisão, que nenhum dos destinos longínquos referidos pela recorrente, na sua resposta à comunicação de acusações (quadro 2.6), para corroborar a sua opinião sobre a convergência dos preços se situava na mesma gama de preços anteriormente fornecida.
- 36 Efectivamente, resulta do exame dos anexos 1 a) e 2 da carta da recorrente de 29 de Junho de 1999, que respondeu aos pedidos de informações da Comissão de 15 e 21 de Junho de 1999 (documentos apresentados pela Comissão no quadro das medidas de organização do processo, ver anexo 6 b/7 b da primeira apresentação de documentos da Comissão), que foi com razão que a Comissão afirmou que as diferenças entre os preços médios são significativas, sobretudo se forem comparados dentro da mesma época (Verão ou Inverno). O anexo 1 a) mostra efectivamente que, para as épocas de Verão de 1996, 1997 e 1998, os preços médios em libras esterlinas (GBP) por semana, para férias em destinos

próximos, eram, respectivamente, de 354 GBP, 378 GBP e 369 GBP, ao passo que os valores correspondentes aos preços das férias em destinos longínquos eram, respectivamente, de 676 GBP, 757 GBP e 781 GBP.

- 37 Além disso, o exame desses documentos confirma a razoabilidade da apreciação da Comissão inserida no considerando 25 da decisão. Com efeito, resulta do anexo 2 da carta da recorrente de 29 de Junho de 1999 que, para os destinos próximos, a recorrente tinha assinalado que férias típicas, por exemplo, uma semana num hotel de três estrelas, com meia pensão, em Maiorca, em Julho ou Agosto de 2000, custavam 485 GBP. Ora, estes valores são sensivelmente inferiores aos valores que figuram no quadro 2.6 da página 21 da resposta à comunicação de acusações, a que é feita menção no considerando 25 da decisão. Apenas os preços das férias propostas para Dezembro de 1999, com destino à Jamaica (699 GBP), ao México (649 GBP) e ao Sri Lanka (699 GBP), se aproximam dos valores médios dos destinos próximos válidos para o período de Verão de 2000.
- 38 Do mesmo modo, os documentos apresentados pela recorrente vão no sentido da tese da Comissão. Com efeito, como se expõe no considerando 26 da decisão, verifica-se que, no anúncio publicitário das férias organizadas em destinos longínquos propostas pela BA Holidays, que foi apresentado pela recorrente na audição (decisão, considerando 26 e nota 23), são propostos quatro destinos a preços muito concorrenciais: Barbados (399 GBP), Tobago (499 GBP), Granada (529 GBP) e Santa Lúcia (799 GBP). Todavia, como sublinha a Comissão, apenas as férias organizadas em Santa Lúcia incluíam as refeições; as outras incluíam apenas o alojamento e o voo. Além disso, trata-se de preços de época baixa, válidos para Setembro e Outubro de 1999.
- 39 Há que acrescentar que, na sua resposta de 29 de Junho de 1999 aos pedidos da Comissão de 15 e 21 de Junho de 1999, a recorrente deu Maiorca como exemplo de produto típico das férias de Verão que propõe, num hotel de três estrelas, cujo custo aproximado é de 485 GBP, além do suplemento de voo.

- 40 Além disso, a recorrente admitiu na audiência que publica um catálogo para as férias em destinos próximos diferente daquele que publica para as férias em destinos longínquos.
- 41 Nestas circunstâncias, a tese da Comissão segundo a qual apenas uma pequena parte dos clientes dos principais operadores turísticos britânicos considera que as férias em destinos longínquos são substituíveis em termos de qualidade/preço («value for money») pelas férias em destinos próximos não pode ser considerada manifestamente errada.
- 42 Esta conclusão não é infirmada pelos outros argumentos invocados pela recorrente.
- 43 Esta alega que estudos efectuados dentro do sector em causa consideram as férias em destinos longínquos como sendo uma parte da corrente maioritária. Cita, em especial, a publicação *Holidays: The Booking procedure* de Mintel, em que se expõe o seguinte: «As férias de longo curso entraram no mercado das férias principais. Na medida em que o mercado se baseia num desejo de viajar mais longe e de ver o mundo para além da Europa, o factor preço tornou-se forçosamente um elemento-chave na escolha do consumidor.» Além disso, a Comissão deveria ter tomado em consideração os depoimentos de outros operadores turísticos obtidos durante o seu inquérito, que sublinham também a importância crescente da substituição das férias em destinos próximos pelas férias em destinos longínquos.
- 44 No entanto, nas circunstâncias do caso em apreço, tratando-se da definição do mercado, o facto de a Comissão não ter dado importância decisiva à evolução dos gostos dos consumidores nem à importância crescente da substituição das férias em destinos próximos pelas férias em destinos longínquos, como a Florida e a República Dominicana, nem, por último, ao aumento do mercado das férias em

destinos longínquos nos últimos anos não é suficiente para concluir que a Comissão ultrapassou os limites do seu poder de apreciação ao considerar que as férias organizadas em destinos próximos não são abrangidas pelo mesmo mercado do produto que as férias organizadas em destinos longínquos.

- 45 Em terceiro lugar, quanto à argumentação da recorrente relativa à substituíbilidade do lado da oferta e à intermutabilidade dos aviões utilizados nos voos de médio e longo curso, a Comissão não pode ser criticada pelo facto de ter considerado que a afirmação de que certos aviões polivalentes, como o Boeing 757, podem ser utilizados em certa medida simultaneamente para destinos longínquos e para destinos próximos não é suficientemente determinante, tendo em conta os outros elementos apurados relativos à substituíbilidade do produto do ponto de vista da procura, para a levar a adoptar uma definição mais vasta do mercado. A este respeito, há que atentar, como a própria recorrente fez, no n.º 13 da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5), nos termos do qual:

«Do ponto de vista económico, para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços.»

- 46 Por último, a recorrente não pode invocar a falta de fundamentação no que diz respeito à definição do mercado relevante.

- 47 A Comissão dedicou uma parte importante da decisão (considerandos 5 a 28) a explicar as razões por que considerou que o mercado relevante é limitado ao das férias em destinos próximos. A decisão demonstra, de modo claro e inequívoco, o

raciocínio da Comissão quanto à definição do mercado relevante, por forma a permitir ao Tribunal exercer a sua fiscalização e permitir que os interessados conheçam as razões da medida adoptada, a fim de poderem defender os seus direitos (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão, C-350/88, Colect., p. I-395, n.º 15).

- 48 Conclui-se que não deve ser dado provimento ao primeiro fundamento por ser improcedente.

Quanto ao segundo fundamento, baseado na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, na violação do princípio da segurança jurídica e na violação do artigo 253.º CE, porque a Comissão teria examinado o caso em apreço tendo por referência um conceito errado de posição dominante colectiva

- 49 A recorrente critica a Comissão por ter aplicado, para efeitos da decisão, um conceito novo e errado de «posição dominante colectiva», exposto globalmente nos considerandos 51 a 56 da decisão, afastando-se da sua prática decisória precedente, da jurisprudência comunitária e dos princípios económicos de bom senso, violando também o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89. Ao agir assim, a Comissão teria, além disso, violado o princípio da segurança jurídica e o artigo 253.º CE, na medida em que a decisão enferma de falta de fundamentação.

- 50 A Comissão contesta ter feito uma abordagem nova e sustenta que aplicou o critério da posição dominante colectiva que já utilizou em processos anteriores e que foi aprovado pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão (T-102/96, Colect., p. II-753).

- 51 Há que sublinhar que os referidos considerandos da decisão (51 a 56) estão inseridos na parte V A da decisão, em que a Comissão expõe, unicamente a título de introdução e de modo sintético, as razões por que concluiu que a operação de concentração notificada ia dar origem à criação de uma posição dominante, e na qual dá uma resposta geral a observações feitas pela recorrente no procedimento administrativo sobre determinados elementos característicos de uma situação de posição dominante colectiva.
- 52 Nesse capítulo introdutivo da análise jurídica da concentração notificada, a Comissão apenas esboça as suas apreciações sobre os efeitos da operação, que são expostas e desenvolvidas em pormenor nos considerandos 57 a 180 da decisão.
- 53 Constituindo a decisão um acto de aplicação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 a uma determinada operação de concentração, o Tribunal, na fiscalização da legalidade dessa decisão, deve ater-se à posição da Comissão relativamente à operação notificada, quer dizer, deve examinar o modo como o direito foi aplicado aos factos e pronunciar-se sobre o mérito das apreciações da Comissão relativamente aos efeitos da concentração notificada na concorrência. No caso em apreço, as apreciações específicas relativas ao impacto da operação na concorrência, que levaram a Comissão a considerar que a concentração devia ser proibida, estão expostas e desenvolvidas nos considerandos 57 a 180 da decisão e são contestadas pela recorrente no âmbito do seu terceiro fundamento.
- 54 Assim, há que examinar em primeiro lugar o mérito dos argumentos suscitados pela recorrente no âmbito do terceiro fundamento e, ao fazê-lo, ter em conta os seus argumentos relativos às apreciações gerais da Comissão contidas nos considerandos 51 a 56 da decisão.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado, por um lado, na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, por a Comissão ter concluído que a operação de concentração notificada criaria uma posição dominante colectiva, e, por outro, na violação do artigo 253.º CE

55 Através deste fundamento, a recorrente pretende demonstrar que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao decidir que a operação prevista devia ser proibida. Sustenta que a decisão não demonstra suficientemente que o resultado da operação seria a criação de uma posição dominante colectiva susceptível de entravar significativamente a concorrência no mercado relevante. Ao proibir a operação, a Comissão teria violado o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89.

A — Considerações gerais

56 Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

57 Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do regulamento, devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

58 Quando, no âmbito da aplicação do Regulamento n.º 4064/89, a Comissão examina uma eventual posição dominante colectiva, deve determinar se a criação

ou o reforço dessa posição, susceptível de entravar significativamente e de forma duradoura a concorrência efectiva existente no mercado, é a consequência directa e imediata da concentração (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 94). Não havendo uma modificação substancial da concorrência existente, a operação deveria ser autorizada (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Maio de 1994, *Air France/Comissão*, T-2/93, Colect., p. II-323, n.ºs 78 e 79, e *Gencor/Comissão*, já referido, n.ºs 170, 180 e 193).

- 59 Resulta da jurisprudência que, «[t]ratando-se de uma alegada posição dominante colectiva, a Comissão deve [...] apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado de referência, se a operação de concentração que lhe é notificada leva a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva no mercado em causa por parte das empresas que intervêm na operação de concentração e por uma ou mais empresas terceiras que, em conjunto, e designadamente em função dos factores de correlação que existam entre as mesmas, possam adoptar a mesma linha de acção no mercado e agir em medida apreciável, independentemente dos outros concorrentes, da sua clientela e, em última análise, dos consumidores» (acórdãos *Kali & Salz*, já referido, n.º 221, e *Gencor/Comissão*, já referido, n.º 163).
- 60 O Tribunal decidiu que, «no plano jurídico ou económico, não existe nenhuma razão para excluir do conceito de ligação económica a relação de interdependência que existe entre os membros de um oligopólio restrito no interior do qual, num mercado com as características apropriadas, designadamente em termos de concentração do mercado, de transparência e de homogeneidade do produto, estão em condições de prever os comportamentos recíprocos e são, portanto, fortemente incitados a alinhar o seu comportamento no mercado, de modo nomeadamente a aumentar os lucros comuns através de uma restrição da produção a fim de poderem aumentar os preços. Efectivamente, em tal contexto, cada operador sabe que uma acção fortemente concorrencial da sua parte destinada a aumentar a sua quota de mercado (por exemplo, uma redução dos preços) provocaria uma acção idêntica dos outros, de modo que não retiraria nenhum benefício da sua iniciativa. Todos os operadores sofreriam, portanto, a redução do nível dos preços» (acórdão *Gencor/Comissão*, já referido, n.º 276).

- 61 Uma situação de posição dominante colectiva que impeça significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste pode ocorrer após uma concentração, quando, tendo em conta as próprias características do mercado relevante e a modificação introduzida na sua estrutura pela realização da operação, esta teria como resultado que, tendo consciência dos interesses comuns, cada membro do oligopólio dominante consideraria possível, economicamente razoável e portanto preferível adoptar de forma duradoura a mesma linha de conduta no mercado com o objectivo de vender acima dos preços concorrenciais, sem dever proceder à celebração de um acordo ou recorrer a uma prática concertada na acepção do artigo 81.º CE (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 277), e isto sem que os concorrentes actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de modo eficaz.
- 62 Como a recorrente alegou e como a Comissão admitiu nas suas peças processuais, são necessárias três condições para que uma situação de posição dominante colectiva assim definida possa ser criada:
- em primeiro lugar, cada membro do oligopólio dominante deve poder conhecer o comportamento dos outros membros, a fim de verificar se adoptam ou não a mesma linha de acção. Como a Comissão expressamente admite, não basta que cada membro do oligopólio dominante esteja consciente de que todos podem beneficiar de um comportamento interdependente no mercado, mas deve também dispor de um meio de saber se os outros operadores adoptam a mesma estratégia e se a mantêm. A transparência no mercado deveria ser suficiente para permitir a cada membro do oligopólio dominante conhecer, de modo suficientemente preciso e imediato, a evolução do comportamento no mercado de cada um dos outros membros;
 - em segundo lugar, é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento ao não

afastamento da linha de conduta comum no mercado. Como a Comissão observa, só no caso de todos os elementos do oligopólio dominante manterem um comportamento paralelo é que dele podem beneficiar. Esta condição integra, portanto, o conceito de retaliações em caso de comportamento que se desvie da linha de acção comum. As partes partilham neste caso da ideia de que, para que uma situação de posição dominante colectiva seja viável, é necessário existirem factores de dissuasão suficientes para assegurar um incitamento duradouro no sentido de não haver desvios da linha de conduta comum, o que equivale a dizer que é necessário que cada membro do oligopólio dominante saiba que uma acção fortemente concorrencial da sua parte destinada a aumentar a sua quota de mercado provocaria uma acção idêntica por parte dos outros, de modo que não retiraria nenhuma vantagem da sua iniciativa (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 276);

- em terceiro lugar, para demonstrar suficientemente a existência de uma posição dominante colectiva, a Comissão deve também provar que a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais bem como dos consumidores não põe em causa os resultados esperados da linha de acção comum.

63 A análise prospectiva que a Comissão deve realizar no âmbito do controlo das concentrações, tratando-se de uma posição dominante colectiva, exige uma análise atenta, designadamente das circunstâncias que, segundo cada caso concreto, se mostrem relevantes para a apreciação dos efeitos da operação de concentração no funcionamento da concorrência no mercado de referência (acórdão Kali & Salz, já referido, n.º 222). Com efeito, como a própria Comissão sublinhou no considerando 104 da sua decisão de 20 de Maio de 1998, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (processo IV/M.1016) (JO 1999, L 50, p. 27), resulta também do acórdão Kali & Salz que, quando a Comissão considera que uma operação deve ser proibida porque vai criar uma situação de posição dominante colectiva, compete-lhe apresentar provas sólidas. Essas provas devem dizer respeito, designadamente, a elementos que desempenham um papel importante na avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante colectiva, como a ausência de concorrência efectiva entre os operadores alegadamente membros do oligopólio dominante e a reduzida pressão concorrencial que possa eventualmente ser exercida pelos outros operadores.

- 64 Além disso, há que salientar que as disposições fundamentais do Regulamento n.º 4064/89, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeitá às apreciações de ordem económica, e que, consequentemente, a fiscalização, pelo órgão jurisdicional comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuada tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações (acórdãos Kali & Salz, já referido, n.ºs 223 e 224, e Gencor/Comissão, já referido, n.ºs 164 e 165).
- 65 Assim, é à luz das considerações precedentes que há que examinar o mérito das críticas invocadas pela recorrente, que têm por objectivo demonstrar que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao considerar que as condições ou os elementos característicos de uma posição dominante colectiva estariam reunidos se a operação notificada fosse autorizada.

B — Decisão

- 66 A Comissão distingue (considerandos 72 e 75) dois tipos de intervenientes no mercado relevante, os grandes operadores turísticos e os operadores secundários ou pequenos operadores turísticos:
- os grandes operadores turísticos caracterizam-se pela sua dimensão relativamente importante, sendo a sua quota de mercado superior a 10% (segundo os dados da Comissão, a Thomson realiza 27% das vendas, a Airtours 21%, a Thomas Cook 20% e a First Choice 11%, ou seja, em conjunto 79%; segundo os dados da Airtours, a Thomson realiza 30,7% das vendas, a Thomas Cook 20,4%, a Airtours 19,4% e a First Choice 15%, ou seja, em conjunto 85,5%), e pelo facto de todos estarem integrados a montante (exploração de companhias *charter*) e a jusante (agências de viagens);

- os operadores secundários são de menor dimensão, nenhum detém uma quota de mercado superior a 5% e não dispõem geralmente das suas próprias companhias *charter* nem das suas próprias agências de viagens. Fora a Cosmos (que é exceção à não integração vertical dos operadores secundários, na medida em que está ligada à Monarch, uma das principais companhias de voos *charter* do Reino Unido), a Manos e a Kosmar, que são os quinto, sexto e sétimo operadores turísticos e realizam, respectivamente, 2,9%, 1,7% e 1,7% das vendas, existem várias centenas de pequenos operadores turísticos concorrentes, não realizando nenhum deles mais de 1% das vendas.

67 Resulta da decisão (v. resumo da apreciação da Comissão nos considerandos 168 a 172 da decisão) que a Comissão considerou que a realização da operação prevista criaria uma posição dominante no mercado britânico das viagens organizadas ao estrangeiro para destinos próximos, o que teria por efeito entravar significativamente a concorrência no mercado comum, na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, pelas seguintes razões:

- a realização da operação prevista eliminaria a concorrência entre os três grandes operadores turísticos restantes na sequência da concentração (o conjunto Airtours/First Choice, Thomson e Thomas Cook); já não seriam encorajados a fazer concorrência entre si, devido às características estruturais e ao modo de funcionamento do mercado, que dependeria das decisões tomadas em matéria de capacidade, e devido ao seu grande grau de concentração (80% para os três últimos grandes operadores turísticos se a operação se realizasse) (decisão, considerando 169);
- a operação reforçaria o grau de transparência e de interdependência já existente, de modo que os três últimos grandes operadores turísticos teriam todo o interesse em adoptar comportamentos paralelos no que diz respeito à

determinação do número de férias organizadas colocadas no mercado, reduzindo a capacidade mais do que exige a evolução do mercado (decisão, considerando 170);

- a apreciação da concorrência no passado reforça esta conclusão, uma vez que demonstra que o mercado relevante tem já uma certa tendência para uma posição dominante colectiva (decisão, considerandos 128 a 138);

- existiriam factores de dissuasão ou possibilidades de retaliações ligadas ao facto de, se um dos três grandes operadores turísticos restantes decidisse não restringir a sua capacidade, haver o risco de os outros dois fazerem o mesmo, o que ocasionaria uma situação de «excesso de oferta» e graves consequências financeiras para cada um desses operadores (decisão, considerando 170);

- os pequenos operadores turísticos ou os novos operadores no mercado, quer dizer, os concorrentes actuais e potenciais, seriam ainda mais marginalizados pela realização da operação, uma vez que perderiam a First Choice como fornecedor de lugares de avião e como potencial canal de distribuição; de qualquer forma, esses operadores não disporiam da possibilidade de compensar eventuais restrições da capacidade efectuadas pelos três últimos grandes operadores turísticos (decisão, considerando 171).

⁶⁸ No que se refere aos efeitos da operação na concorrência efectiva, a Comissão considerou que o facto de limitar a capacidade global existente no mercado teria por efeito encerrá-lo e dar origem a um aumento dos preços e dos lucros dos membros do oligopólio dominante (v., designadamente, considerandos 56 e 158, *in fine*, da decisão).

C — *Quanto aos alegados erros de apreciação cometidos pela Comissão*

- 69 A recorrente invoca que, contrariamente ao que alega a Comissão, os elementos considerados por esta última na decisão para caracterizar a situação de posição dominante colectiva não existiam no momento da notificação e não se verificariam em caso de realização da operação.
- 70 Mais precisamente, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que a Comissão não demonstrou suficientemente que, tendo em conta as características do mercado relevante, a realização da operação incitaria os três últimos grandes operadores turísticos a não fazerem concorrência entre si.
- 71 Em segundo lugar, alega que, mesmo supondo que essa incitação possa existir, a inexistência de factores de dissuasão ou de possibilidades de retaliações adequadas impediria a criação do pretenso oligopólio dominante.
- 72 Em terceiro lugar, e de qualquer modo, os pequenos operadores turísticos e os novos operadores no mercado, quer dizer, os concorrentes actuais e potenciais, contestariam as eventuais restrições de capacidade aplicadas e os consumidores reagiriam em conformidade, de modo que os três últimos grandes operadores turísticos não teriam, através do efeito da concentração, o poder de agir conjuntamente em medida apreciável, independentemente dos outros concorrentes e dos consumidores.
- 73 Por último, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu um erro de apreciação quanto ao modo de apreciar o impacto da operação na concorrência dentro do mercado relevante.

1. Observações preliminares

- 74 A recorrente alega, preliminarmente, que a tendência natural dos operadores do mercado relevante para determinar prudentemente a sua capacidade não os impediu de modo algum de concorrerem entre si no passado e que não há razões para considerar que a realização da operação prevista levaria ao desaparecimento dessa concorrência devido à criação de uma posição dominante colectiva dos três últimos grandes operadores turísticos.
- 75 A decisão é particularmente elíptica no que diz respeito à qualificação da situação de concorrência existente no momento da notificação. Apesar disso, é um facto que a Comissão concluiu que a realização da operação prevista criaria, e não que reforçaria, uma posição dominante no mercado (decisão, considerando 194). A Comissão confirmou nas suas peças processuais que não afirma que existia, no momento da notificação, uma situação de oligopólio dominante e que se trata efectivamente da criação, e não do reforço, de uma posição dominante colectiva. Assim, não contesta que os principais operadores turísticos não entenderam possível nem rentável, antes da realização da operação prevista, limitar a sua capacidade para aumentar os seus preços e lucros.
- 76 Daqui decorre que a apreciação do Tribunal, no caso em apreço, deve tomar como ponto de partida uma situação em que, segundo a própria Comissão, os quatro grandes operadores turísticos não têm o poder de adoptar a mesma linha de acção no mercado e não se apresentam nele, portanto, como uma entidade única em relação aos seus concorrentes, aos seus parceiros comerciais e aos consumidores, e onde não beneficiam, portanto, dos poderes inerentes a uma posição dominante colectiva.
- 77 Nestas circunstâncias, competia à Comissão provar que, tendo em conta as características do mercado das férias organizadas em destinos próximos para os Britânicos e tendo em conta a operação notificada, a sua autorização implicaria a

criação de uma posição dominante colectiva restritiva da concorrência, uma vez que a Airtours/First Choice, a Thomson e a Thomas Cook teriam o poder, que não tinham anteriormente, de adoptar a mesma linha de acção no mercado, fixando a sua capacidade aquém do que seria normalmente o caso num mercado concorrencial, caracterizado, já, por uma certa prudência em matéria de capacidade.

- 78 Assim, é à luz das considerações precedentes que há que examinar as críticas e os argumentos suscitados pela recorrente no caso em apreço.

2. Quanto à conclusão de que a realização da operação de concentração incitaria os três últimos grandes operadores turísticos a deixarem de fazer concorrência entre si

- 79 A recorrente alega que a conclusão de que a realização da operação de concentração incitaria os três últimos grandes operadores turísticos a deixarem de fazer concorrência entre si é errada, porque a Comissão, por um lado, não teve em conta, como devia, a concorrência existente entre os principais operadores turísticos no momento da notificação e, por outro, cometeu erros na apreciação das características do mercado consideradas indícios para concluir que nele seria criada uma posição dominante colectiva, ou seja, nomeadamente, a evolução passada e previsível da procura, a sua volatilidade e o grau de transparência existente no mercado.

a) Quanto à apreciação da concorrência existente entre os principais operadores turísticos

- 80 A recorrente alega que a análise da concorrência existente antes da notificação (designada «concorrência passada») tem um papel fundamental no caso em apreço, na medida em que os principais incitamentos invocados pela Comissão,

ou seja, a existência de alegados aspectos rígidos em matéria de capacidade, são próprios do funcionamento normal do mercado, dizem respeito ao conjunto da profissão e não são influenciados pela realização da operação prevista. Sustenta que o mercado relevante funcionou, durante os últimos anos, de modo concorrencial e contesta a afirmação da Comissão segundo a qual o mercado tem já uma tendência para a posição dominante colectiva. Em especial, critica o modo como a Comissão tomou em consideração a alegada existência de uma tendência para a posição dominante colectiva, mesmo antes de serem examinadas a realização da operação prevista e a volatilidade das quotas de mercado históricas.

81 A Comissão alega que o modo como o mercado funcionava anteriormente e a existência de uma concorrência no passado não são elementos importantes, na medida em que a decisão se fundamenta na consideração de que a operação prevista criaria uma posição dominante colectiva, quer dizer, modificaria as condições do mercado de tal modo que os incitamentos e o comportamento examinados no passado já não constituiriam pontos de referência pertinentes para determinar a reacção dos operadores na nova situação do mercado. Deste modo, alegou que a questão essencial é a de saber se a operação prevista modificaria as condições actuais do mercado de tal modo que os principais operadores já não agiriam como no passado. Assim, não seria pelo facto de um mercado ser concorrencial com quatro grandes operadores turísticos que continuaria a sê-lo se fossem apenas três. Apesar disso, a Comissão contesta os argumentos da recorrente que têm por objectivo demonstrar que houve e continua a haver uma forte concorrência entre os principais operadores.

82 Todavia, o Tribunal observa que, tratando-se de uma alegada posição dominante colectiva, uma das questões que a Comissão é obrigada a examinar é a de saber se a operação de concentração que lhe é submetida implicaria um entrave significativo à concorrência efectiva no mercado relevante (acórdãos Kali & Salz, já referido, n.º 221, e Gencor/Comissão, já referido, n.º 163). Não existindo uma alteração importante no nível da concorrência preexistente, a operação deveria ser autorizada, porque não produz efeitos restritivos da concorrência (v. n.º 58, *supra*). Conclui-se que o grau de concorrência existente no mercado relevante no momento de notificar a operação é uma circunstância determinante para caracterizar a eventual criação de uma situação de posição dominante colectiva no âmbito da aplicação do Regulamento n.º 4064/89.

- 83 Como a recorrente alegou, a análise, no caso em apreço, da concorrência existente antes da notificação é ainda mais importante porque o objecto da coordenação tácita que deveria ocorrer após a concentração, segundo a Comissão, seria uma restrição da capacidade colocada no mercado pelos três restantes operadores turísticos integrados, para além da prudência natural na planificação da sua capacidade, que ela própria considera adequada ao funcionamento normal do mercado.

i) Quanto à alegada existência de uma tendência para a posição dominante colectiva antes da realização da operação prevista

- 84 Em primeiro lugar, há que referir que, embora a Comissão dedique uma parte da decisão à apreciação da «[e]strutura da concorrência no passado» (considerandos 128 a 138), a análise minuciosa dos pontos dessa parte mostra que, na realidade, a Comissão não se pronunciou sobre o alcance da concorrência existente no mercado. Limitou-se a expor (considerandos 128 a 138) uma série de circunstâncias ou de elementos ocorridos no mercado nos anos anteriores à notificação, para daí concluir (decisão, considerando 138) que «vários elementos indicam existir já neste sector uma tendência para a posição dominante colectiva (sobretudo no que se refere à fixação das capacidades)». Mas não se faz nenhuma referência, nessas passagens da decisão, a um eventual reduzido grau de concorrência no mercado antes da notificação.

— Quanto ao facto de os grandes operadores adoptarem uma abordagem prudente em matéria de planificação da capacidade e terem especialmente em conta as estimativas dos principais concorrentes

- 85 Nos considerandos 135 e 136 da decisão, a Comissão expõe que os grandes operadores turísticos adoptam uma abordagem prudente em matéria de planificação das capacidades e têm particularmente em conta as estimativas

dos principais concorrentes (a decisão cita, no considerando 136, determinadas intenções dos dirigentes dos grandes operadores turísticos britânicos integrados, que demonstrariam essa prudência em matéria de planificação). No considerando anterior (135), a decisão relata um episódio, ocorrido no Verão de 1995, que, segundo a Comissão, ilustra as consequências de uma oferta excedentária no mercado: durante o período de programação de 1994, os operadores turísticos sobrestimaram a procura para a época de Verão de 1995 e tiveram de fazer face a capacidades que não foram vendidas e que tiveram de escoar através de grandes reduções, o que lhes causou perdas consideráveis.

- 86 A recorrente sustenta que os grandes operadores turísticos não podem ser criticados por adoptarem uma abordagem prudente do planeamento da sua capacidade, ao darem especial atenção às estimativas dos planos dos outros principais operadores turísticos, porque o Tribunal reconheceu que a exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão*, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Colect.*, p. 563, n.^{os} 173 e 174). Considera que esta prudência não é incompatível com uma grande agressividade concorrencial para manterem ou aumentarem as suas quotas de mercado em detrimento dos seus principais concorrentes. A este respeito, a recorrente cita as declarações dos principais operadores turísticos que descrevem as suas ambições de crescimento.
- 87 A Comissão alega que as intenções atribuídas pela recorrente aos principais operadores turísticos reflectem a situação antes da operação prevista e referem-se, portanto, a circunstâncias diferentes. A Comissão não alega que existia anteriormente uma situação de oligopólio dominante. Além disso, o «crescimento agressivo», a que certas declarações fazem referência, teria sido realizado, no passado, e devia ser realizado no futuro através das aquisições. Por último, a Thomas Cook teria referido à Comissão que a sua principal preocupação já não era a dimensão, mas a rentabilidade (decisão, considerando 131).
- 88 Há que recordar que a decisão reconhece reiteradamente que essa tendência natural para a prudência na planificação da capacidade constitui uma das

especificidades do mercado relevante no seu estado actual, em que não há uma posição dominante colectiva restritiva da concorrência, e que afecta todos os operadores e não apenas os grandes operadores turísticos, embora estes últimos sejam mais particularmente afectados (decisão, considerando 60 a 66, 97 e 136). Assim, no considerando 97 da decisão, a Comissão afirma que «a volatilidade da procura justifica que se limite a capacidade planeada e que se acrescente capacidade mais tarde, se a procura se revelar particularmente forte [e que] os fornecedores protegem-se contra bruscas quebras da procura», e, no considerando 136, que «[o]s grandes operadores adoptam uma abordagem prudente em matéria de planificação da capacidade e têm especialmente em conta as estimativas dos outros principais operadores».

89 Nessas circunstâncias, e como a Comissão não contestou o carácter concorrencial do mercado relevante antes da notificação, designadamente aquando da crise de 1995, o episódio ocorrido nesse ano, a que a decisão atribui grande importância, não constitui, enquanto tal, um indício de que já existia nesse sector uma tendência para a posição dominante colectiva. O facto de, durante o período de programação de 1994, os operadores se terem enganado nos seus cálculos e terem sofrido perdas importantes depois de terem sobreavaliado a procura para a época de Verão de 1995 só pode ser considerado um exemplo dos riscos próprios desse mercado, cujo funcionamento muito específico é explicado nos considerandos 59 a 66 da decisão.

90 Embora, na verdade, resulte das afirmações citadas no considerando 136 da decisão que os dirigentes dos grandes operadores turísticos estão conscientes dos riscos inerentes à adopção de estratégias expansionistas no mercado relevante, nomeadamente graças às lições tiradas do episódio de 1995 e ao facto de a chave da rentabilidade residir na adaptação da capacidade à procura (decisão, considerando 60), essas afirmações não contêm o menor indício da inexistência de concorrência entre os principais operadores turísticos.

91 Por último, contrariamente ao que alega a Comissão (decisão, considerandos 137 e 138), o facto de, em certa medida (30% a 40% do capital), os mesmos investidores institucionais estarem na Airtours, na First Choice e na Thomson não

pode ser considerado um elemento que indica que existe já nesse sector uma tendência para a posição dominante colectiva. A este respeito, é suficiente referir que, como a própria Comissão reconheceu na contestação (n.º 73), não se alega, na decisão, que o grupo de accionistas institucionais representa um conjunto homogêneo que permite controlar essas sociedades cotadas na bolsa ou que fornece um mecanismo de troca de informações entre as três empresas. Além disso, a Comissão não pode sustentar que esses accionistas representam um elemento suplementar favorável a uma gestão prudente das capacidades, sem ter examinado em que medida esses accionistas intervêm na gestão das sociedades em questão. Por último, mesmo supondo provada uma capacidade de influência na gestão das empresas, uma vez que as preocupações dos accionistas institucionais comuns em matéria de crescimento e, portanto, de capacidade apenas traduzem uma característica própria do mercado relevante, a Comissão não provou que a presença desses investidores institucionais no capital de três dos quatro principais operadores turísticos constitui um elemento que indica existir já uma tendência para a posição dominante colectiva.

- 92 Resulta das considerações precedentes que, por não ter contestado o carácter concorrencial deste mercado, a Comissão não podia considerar a prudência na planificação das capacidades que caracteriza o mercado em condições normais um indício do mérito da sua tese de que já existia nesse sector uma tendência para a posição dominante colectiva.

— Quanto à apreciação dos movimentos de integração horizontal e vertical que caracterizam o mercado a partir da publicação do relatório da Monopolies and Mergers Commission

- 93 A recorrente alega que a Monopolies and Mergers Commission do Reino Unido, uma das autoridades da concorrência do Reino Unido (a seguir «MMC»), examinou a concorrência existente em 1997 no mercado relevante e elaborou um

relatório intitulado *Foreign package holidays: a report on the supply in the UK of tour operators' services and travel agents' services in relation to foreign package holidays* (a seguir «relatório da MMC»). Alega que a MMC concluiu nesse relatório que a situação nesse mercado era suficientemente concorrencial.

- 94 A Comissão sustenta que a situação no mercado mudou consideravelmente a partir da elaboração do relatório da MMC em 1997, não apenas por causa do aumento da integração vertical dos principais operadores turísticos, como invoca a recorrente, mas também devido à importante concentração horizontal que se verificou.
- 95 Nos considerandos 128 a 134 da decisão, a Comissão considera indício de uma tendência para a posição dominante colectiva os movimentos de integração horizontal e vertical que caracterizaram o sector britânico das férias organizadas no estrangeiro nos últimos anos e que se aceleraram depois da publicação do relatório da MMC em Dezembro de 1997, nomeadamente devido ao número de operadores de média dimensão que foram adquiridos pelos quatro grandes operadores turísticos.
- 96 No entanto, o Tribunal verifica que um exame minucioso desses movimentos mostra que as aquisições de operadores turísticos, de companhias aéreas e de agências de viagens pelos principais operadores turísticos, evocadas no considerando 134 da decisão, não levaram a grandes alterações dentro do mercado, de modo a infirmar, em 1999, as conclusões feitas pela MMC, no final de 1997, sobre a concorrência nesse mercado, e que, assim, essas aquisições não podiam ser consideradas um indício da existência de uma tendência para a posição dominante colectiva.
- 97 Com efeito, em primeiro lugar, há que observar que, como salientou a recorrente, a MMC considerou, no seu relatório publicado em 1997, que o sector das férias

organizadas no estrangeiro era um sector dinâmico, onde a concorrência era vigorosa e onde as barreiras à entrada não eram significativas. Chegou a essa conclusão depois de ter procedido a um estudo particularmente detalhado (mais de 300 páginas) da situação e do funcionamento do sector das viagens, realizado durante doze meses de inquérito com base num grande número de dados e de opiniões provenientes de todas as partes presentes no sector das férias no estrangeiro vendidas no Reino Unido. Para preparar o seu relatório, a MMC encomendou quatro estudos de mercado a consultores externos e o relatório foi elaborado em Novembro de 1997, quer dizer, apenas um ano e meio antes de a Comissão examinar esse mercado no âmbito da operação notificada.

98 Mais precisamente, no ponto 1.6 do seu relatório, a MMC pronunciou-se nos seguintes termos:

«O sector das viagens esteve longe de ser estático durante os dez últimos anos e a imagem continua a modificar-se, com tendência para uma maior integração vertical. De todos os participantes principais descritos no nosso inquérito de 1986 sobre as férias organizadas no estrangeiro, apenas a Thomson manteve uma posição preeminente. Recolhemos um grande número de elementos de prova de que a concorrência no sector é forte e estamos geralmente de acordo com esta tese. Embora a concentração tenha aumentado nos últimos cinco anos, não está num nível particularmente elevado. Os lucros considerados em termos anuais não são excessivos. Os operadores vão e vêm. Não há barreiras significativas à entrada no mercado dos operadores turísticos ou no mercado das agências de viagens.»

99 A Comissão não pôs em causa esta análise na decisão, uma vez que cita, várias vezes, apreciações feitas pela MMC nesse relatório a propósito de outras questões (decisão, considerando 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 e 134). Conclui-se que não contesta as conclusões da MMC quanto à caracterização desse mercado, em 1997, como um mercado fortemente concorrencial.

- 100 No entanto, a Comissão alega (decisão, considerando 123) que as condições de concorrência nesse mercado se alteraram sensivelmente a partir de 1997, devido ao facto, designadamente, de ter havido aumento da concentração e da integração vertical, como se expõe no considerando 134 da decisão. A este respeito, a Comissão sustenta que a eliminação dos operadores de média dimensão representa uma alteração essencial na estrutura da concorrência e aumenta as possibilidades de um comportamento paralelo dos principais operadores turísticos.
- 101 No entanto, há que referir que os movimentos de integração horizontal e vertical que ocorreram no sector britânico das férias organizadas no estrangeiro a partir da publicação do relatório da MMC são menos importantes do que alega a Comissão.
- 102 Com efeito, no respeitante à integração horizontal, resulta dos autos (p. 33-A da notificação da operação à Comissão, anexo 5 da petição, ponto 4.18 do relatório da MMC de 1997 e considerando 72 da decisão) que a evolução, entre 1996 e 1999, das quotas de mercado da Thomson, da Airtours e da First Choice não permite caracterizar um reforço importante das suas quotas no mercado das distâncias próximas. Segundo o gráfico que descreve a evolução das quotas de mercado dos operadores turísticos (anexo 5 da petição, p. 33-A), para todos os destinos, as vendas de viagens organizadas ao estrangeiro da Thomson, que representavam 25% das vendas de viagens organizadas ao estrangeiro em 1996, apenas representavam 22% em 1998, quando as da Airtours representavam 16% em 1996 e em 1998 e as da First Choice passaram de 10% em 1996 para 9% em 1998. Os três primeiros operadores turísticos activos em 1997 representavam, assim, 51% das vendas de viagens organizadas ao estrangeiro em 1996 e 47% em 1998. Esta apreciação é corroborada pelo exame dos dados relativos apenas aos destinos próximos. Com efeito, resulta do ponto 4.18 do relatório da MMC que, em 1997, a MMC tinha também examinado as quotas de mercado dos operadores turísticos integrados segundo a definição limitada do mercado do produto considerada na decisão, porque o interesse em examinar o mercado também segundo essa definição tinha sido evidenciado na época pela Thomas Cook. Ora, resulta de uma análise comparativa dos valores das quotas de mercado em 1996 (que figuram no ponto 4.18 do relatório da MMC) e em 1998

(que figuram no considerando 72 da decisão) que a Thomson passou de 33% para 30% ou 27%, consoante as fontes, que a Airtours passou de 20% para 19% ou 21%, consoante as fontes, e que a First Choice passou de 12% para 15% ou 11%, consoante as fontes. Apenas a Thomas Cook teve um aumento importante das quotas de mercado, passando de 6% para 20%.

- 103 Daqui resulta que o essencial da concentração ocorrida no sector das viagens organizadas ao estrangeiro depois de 1997 se deveu à Thomas Cook, que passou, em poucos anos, do estatuto de pequeno operador para o de grande operador turístico após várias operações de crescimento externo (aquisição, em Junho de 1996, da Sunworld, aquisições, em 1998, da Flying Colors, que representava 3% do sector das viagens organizadas ao estrangeiro, e da Carlson/Inspirations, que representava 1% a 3% do sector) (relatório da MMC, quadro 4.1, p. 76; decisão, considerando 131 e 134). Graças a este crescimento, a Thomas Cook apareceu, em 1998, como o quarto grande operador turístico, integrado verticalmente e, assim, melhor colocado para fazer concorrência aos outros operadores turísticos integrados. Esta circunstância não pode ser interpretada como um factor demonstrativo de falta de concorrência no mercado.
- 104 Exceptuando o caso da Thomas Cook, as aquisições de operadores turísticos, a que a decisão se refere no considerando 134, dizem essencialmente respeito à compra de operadores de pequena dimensão que não fizeram aumentar significativamente a quota de mercado dos principais operadores turísticos no sector das férias organizadas no estrangeiro. Assim, a eliminação dos operadores de média dimensão, que, segundo a Comissão, representou uma alteração essencial na estrutura da concorrência, aumentando as possibilidades de um comportamento paralelo dos principais operadores turísticos, resume-se ao facto de um novo grande operador turístico ter aparecido, a Thomas Cook, cujas quotas de mercado passaram de 6% para 20%.
- 105 No respeitante ao reforço do grau de integração vertical dos grandes operadores turísticos, que ocorreu igualmente a partir de 1997, e que constitui também, segundo a Comissão, um indício da tendência do sector para a posição dominante

colectiva (decisão, considerando 138), há que referir que a decisão é incoerente a este respeito, uma vez que assenta, simultaneamente, na ideia de que a política de integração vertical é necessária para fazer concorrência aos grandes operadores turísticos. Assim, no considerando 132 da decisão, a Comissão salienta que a First Choice, em 1998, adoptou uma política de integração vertical na distribuição, tendo por objectivo proteger-se contra as práticas comerciais dos outros grandes operadores turísticos, não ter de lhes pagar comissões e obter melhores informações sobre as tendências do mercado. Na realidade, esta necessidade de integração vertical constitui um dos elementos-chave da conclusão da Comissão, que considerou que ocorreria uma posição dominante colectiva no caso em apreço, nomeadamente, porque a concentração eliminaria a First Choice como concorrente nos três níveis que compõem a cadeia de distribuição (decisão, considerando 168).

- 106 Conclui-se que a própria Comissão admite na decisão que o reforço do grau de integração vertical constitui um elemento pró-concorrencial, na medida em que aumenta a eficácia respectiva e limita a interdependência dos grandes operadores turísticos, que privilegiam os seus próprios meios de distribuição em relação aos dos outros principais operadores. A verificação deste fenómeno de integração vertical depois da publicação do relatório da MMC em 1997 não pode constituir simultaneamente um indício da tendência para a posição dominante colectiva. Além disso, há que salientar que a MMC também analisou no seu relatório a tendência crescente para a integração vertical e considerou que constitui um fenómeno que tem tantas possibilidades de estimular a concorrência como de a travar (v. ponto 2.193 do relatório da MMC). Em especial, a MMC concluiu que os efeitos anticoncorrenciais da integração vertical eram reduzidos, em 1997, tendo em conta o nível de concentração do sector.

- 107 Daqui resulta que a Comissão considerou erradamente que os movimentos de integração horizontal e vertical ocorridos depois da publicação do relatório da MMC em 1997 impunham que se afastassem as apreciações desta última relativas ao grau de concorrência que caracteriza o mercado relevante.

- 108 Resulta das considerações precedentes que foi erradamente que a Comissão concluiu no considerando 138 da decisão que os elementos expostos nos considerandos 128 a 137 da mesma «indicam existir já neste sector uma tendência para a posição dominante colectiva (sobretudo no que se refere à fixação das capacidades)».
- ii) Quanto à apreciação da volatilidade das quotas históricas de mercado
- 109 Em seguida, a recorrente invoca, como prova da existência de um mercado concorrencial, o facto de, no passado, as quotas de mercado dos principais operadores turísticos serem voláteis, dinâmicas e variáveis.
- 110 Segundo a Comissão, nenhuma volatilidade deste tipo foi observada recentemente no mercado relevante. Sublinha que as modificações das quotas de mercado dos grandes operadores turísticos invocadas pela recorrente resultam das aquisições por eles efectuadas e não são, assim, consequência das suas acções no mercado. Ora, se se abstrair dessas aquisições, as quotas de mercado dos principais operadores em nada variaram no decurso dos últimos anos, o que permite pensar que o crescimento interno é difícil (decisão, considerando 128 e nota 86).
- 111 Há que salientar que, no âmbito da caracterização de uma posição dominante colectiva, a estabilidade das quotas históricas de mercado constitui um elemento favorável ao desenvolvimento de uma colusão tácita, na medida em que facilita a divisão do mercado em vez de uma forte concorrência, tendo cada operador por referência a quota de mercado de que dispõe historicamente para fixar proporcionalmente a sua produção.
- 112 No caso em apreço, a consideração da Comissão segundo a qual a evolução das quotas de mercado da Thomson, da Airtours, da Thomas Cook e da First Choice

se manteve estável durante os últimos cinco anos assenta no postulado de que o crescimento externo não deve ser tomado em consideração. A Comissão considera que, quando as alterações da repartição das quotas de mercado resultam principalmente da aquisição de concorrentes, as «quotas» a atribuir podem ser determinadas adicionando as quotas de mercado do comprador e do alvo e que, portanto, o problema dos operadores que procuram alinhar a sua quota de mercado com máximos atingidos no passado não se coloca.

- 113 No entanto, a exclusão do crescimento externo da determinação da volatilidade das quotas de mercado não é justificada nas circunstâncias do caso em apreço, na medida em que, no mercado relevante, a dimensão e o grau de integração vertical das empresas constituem factores de concorrência importantes (v., nomeadamente, considerando 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 e 115 da decisão). Com efeito, nessas circunstâncias, as numerosas aquisições realizadas pelos grandes operadores turísticos no passado, quer antes quer depois da publicação do relatório da MMC, podem ser interpretadas como sinal de uma importante concorrência entre esses operadores, que multiplicam as aquisições para evitarem ser distanciados pelos seus principais concorrentes em relação a aspectos essenciais para poderem beneficiar plenamente das economias de escala.
- 114 Além disso, o postulado de não tomar em consideração o crescimento externo é desmentido, no caso em apreço, pelas várias observações feitas pela própria Comissão na decisão, que deixam entender, contrariamente ao que sustenta nas suas peças processuais, que uma operação de aquisição efectuada por um dos grandes operadores turísticos não ocasiona, no entender dos outros grandes operadores, a soma aritmética das quotas de mercado do comprador e do alvo, mas uma reacção concorrencial da sua parte.
- 115 A decisão indica no considerando 137 que, «[q]uando se tornou claro que a Airtours tencionava adquirir o controlo da First Choice em Abril deste ano, bastou que a Thomson anunciasse a sua intenção de defender a sua quota de mercado para que as suas acções baixassem 9% no mesmo dia, por ‘medo que a empresa desencadeasse uma guerra de preços’ [...], o que obrigou a direcção da

Thomson a envidar esforços consideráveis no sentido de convencer os investidores institucionais que este anúncio tinha sido mal interpretado e que não tinha qualquer intenção de acrescentar novas capacidades no mercado, mas apenas apropriar-se das posições abandonadas pela Airtours/First Choice na sequência da sua fusão».

- 116 Do mesmo modo, a decisão refere no considerando 145 que «([p]arece admitir-se em geral no sector que qualquer concentração se traduz numa diminuição temporária da quota de mercado dos participantes, em virtude da desistência de alguns clientes e fornecedores, como resultado da eliminação das duplicações dos seus programas)». Estas previsões são confirmadas pela apreciação dos documentos apresentados pela recorrente relativos à evolução das quotas históricas de mercado (anexo 6 da réplica, p. 2; v. também o quadro relativo à evolução da quota de mercado dos operadores turísticos, p. 8 da petição). Assim, após a aquisição, em 1989, da Horizon pela Thomson, a quota de mercado do novo conjunto deveria ser de 32% (25% para a Thomson e 7% para a Horizon), quando ela rapidamente baixou para cerca de 25%.
- 117 Ora, há que declarar que resulta da análise dos dados que constam dos autos que, como a recorrente alegou sem contestação por parte da Comissão, as quotas de mercado dos principais operadores turísticos no que diz respeito às férias organizadas no estrangeiro, incluindo o aumento externo, variam consideravelmente. O quadro das quotas de mercado dos operadores turísticos apresentado no formulário de notificação (reproduzido na p. 8 da petição) pela recorrente permite afirmá-lo. Assim, em 1990, a quota de mercado da Thomson era de 21,81%, a da First Choice era de 5,82%, a da Airtours era de 4,27% e a da Thomas Cook era de 2,13%. Em 1994, a quota de mercado da Thomson era de 23,13%, a da Airtours era de 15,52%, a da First Choice era de 5,88% e a da Thomas Cook era de 2,41%. Depois, em 1998, a quota de mercado da Thomson era de 19,28%, a da Airtours era de 14,26%, a da First Choice era de 7,47% e a da Thomas Cook era de 11,38%.
- 118 Conclui-se que foi erradamente que a Comissão considerou que as quotas de mercado resultantes das aquisições não deviam ser tomadas em consideração e, consequentemente, considerou que a evolução das quotas de mercado dos principais operadores turísticos se tinha mantido estável durante os últimos anos.

119 Por último, ainda quanto à concorrência existente no mercado relevante, há que acrescentar que a recorrente alegou, sem ser contestada pela Comissão, que as acções dos principais operadores turísticos podem ser diferentes na mesma época (com perdas e ganhos) e podem, além disso, variar consoante a época. Esta circunstância deve ser interpretada como um indício de que o mercado é concorrencial e milita contra a existência de uma eventual posição dominante colectiva.

iii) Conclusão relativa à apreciação da concorrência existente entre os principais operadores turísticos

120 Resulta das considerações precedentes que a Comissão cometeu erros de apreciação na sua análise da concorrência existente no mercado relevante antes da notificação. Por um lado, não provou suficientemente a sua apreciação segundo a qual já existia nesse sector uma tendência para a posição dominante colectiva e, portanto, para a restrição da concorrência, sobretudo relativamente à fixação das capacidades. Por outro, não tomou em consideração, como devia, o facto de, no passado, as quotas de mercado dos principais operadores turísticos serem voláteis e de essa volatilidade ser um indício da existência de um mercado concorrencial.

b) Quanto à apreciação da evolução passada e previsível da procura, da sua volatilidade e do grau de transparência existente no mercado

121 A decisão expõe numa parte intitulada «Características do mercado (posição dominante oligopolista)» (considerandos 87 a 127) uma série de características que, segundo a Comissão, tornam o mercado relevante favorável ao aparecimento de um oligopólio dominante. Trata-se, designadamente, da homogeneidade do produto, do crescimento lento da procura, da reduzida sensibilidade da procura ao preço, das estruturas de custos semelhantes dos principais fornece-

dores, da elevada transparência do mercado, da interdependência e das ligações comerciais que existem entre os principais fornecedores, dos obstáculos significativos à entrada no mercado e da insignificante capacidade de pressão dos consumidores. Segundo a decisão (n.º 87), estas características já existem e subsistiriam se a operação prevista se realizasse.

- 122 A recorrente contesta as apreciações que levaram a Comissão a considerar que estas características já existem no mercado relevante e que o tornariam favorável ao aparecimento de um oligopólio dominante no caso de realização da operação prevista. Alega, nomeadamente, que a taxa de crescimento da procura e o seu grau de volatilidade no mercado relevante, bem como o grau de transparência existente no mercado, constituem, no caso em apreço, elementos que, contrariamente ao que alega a Comissão, tornam mais difícil a criação de uma posição dominante colectiva.

i) Quanto às apreciações relativas ao reduzido crescimento da procura

- 123 A recorrente alega, essencialmente, que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao considerar que o crescimento da procura é globalmente reduzido, quando os dados comunicados no âmbito do procedimento administrativo e o facto de o crescimento da procura ser mais rápido do que o do produto interno bruto demonstram o contrário.
- 124 Nos considerandos 92 e 93 da decisão, a Comissão apresenta as suas apreciações relativas ao nível de crescimento da procura no mercado relevante.
- 125 No considerando 92, a Comissão afirma que «[u]m estudo recente, realizado por um dos grandes operadores turísticos, citado na resposta ao inquérito da

Comissão, refere [...] que a taxa de crescimento média anual global (3-4% durante a década) foi bastante baixa». Refere também que «[p]revê-se que o crescimento da procura para os próximos dois anos seja próximo do zero, de acordo com diversas estimativas do sector, mas prevê-se uma ligeira retoma a seguir».

- 126 Em seguida, no considerando 93, a Comissão afirma, «com base na sua investigação neste caso», ter chegado à conclusão de que «o crescimento global da procura no mercado das férias organizadas para destinos próximos continuará a ser moderado como o foi na década de 90». Por último, em conclusão, a Comissão «considera que o crescimento do mercado não parece poder constituir um estímulo à concorrência no futuro previsível».
- 127 O Tribunal verifica que as operações da Comissão assentam, no entanto, numa apreciação incompleta e errada dos dados que lhe foram comunicados no âmbito do procedimento administrativo.
- 128 Em primeiro lugar, há que observar que, em resposta a uma medida de organização do processo pela qual o Tribunal lhe solicitou que apresentasse o estudo a que se refere no considerando 92 da decisão, a Comissão referiu que nunca tinha disposto da totalidade desse estudo durante o procedimento administrativo e que pode apenas apresentar ao Tribunal um excerto, que tinha sido anexado por um operador turístico a uma resposta a um pedido de informações. Esse excerto é composto apenas de uma só página de um documento intitulado «Forecasting Holiday Demand» elaborado pela Ogilvy & Mather em data que não é conhecida.
- 129 Segundo esse excerto, «[O] mercado britânico das férias no estrangeiro aumentou maciçamente durante os últimos 20 anos. Segundo o British National Travel Survey, os Britânicos compraram cerca de 30 milhões de férias no estrangeiro (de

mais de 4 noites), ou seja, mais do triplo dos números de 1978. Nos últimos dez anos, o mercado aumentou em média 3,7% por ano». O excerto precisa igualmente, no respeitante à volatilidade da procura, que, «[e]mbora o aumento subjacente do mercado tenha sido persistente, a taxa de crescimento anual está longe de ter sido constante. A taxas de crescimento anual de 10% ou mais seguiram-se rapidamente importantes contracções»; que «não só a procura de férias é mais volátil que o produto interno bruto e que os níveis de despesas a longo prazo dos consumidores, mas também não coincide completamente com o ciclo económico (por exemplo, o mercado aumentou mais de 10% durante a recessão de 1980 e 1981)»; ou ainda que «a volatilidade da procura faz com que a previsão dos volumes da procura seja muito problemática».

130 Ora, resulta de uma simples análise desse documento que a Comissão fez dele uma interpretação errada. Assim, no considerando 92 da decisão, indica que «[e]ste estudo refere igualmente *[it also noted]* que a taxa de crescimento média anual global [...] foi bastante baixa», quando nenhuma indicação nesse sentido é dada no excerto apresentado ao Tribunal. Pelo contrário, a Comissão ignorou a importância dada pelo autor do excerto ao aumento maciço das vendas de férias no estrangeiro nos últimos 20 anos. Conclui-se que a Comissão interpretou este documento sem respeitar a sua redacção e o seu alcance teleológico, quando decidiu considerá-lo um documento essencial na sua apreciação de que a taxa de crescimento desse mercado foi moderada nos anos 90 e assim continuará (decisão, considerando 93).

131 Em segundo lugar, resulta dessas passagens da decisão (considerandos 92 e 93) que a Comissão não teve em consideração a taxa de crescimento da procura durante os dois anos anteriores à notificação, 1997 e 1998, que se afiguravam, contudo, ser pontos de referência importantes, na medida em que os efeitos do episódio de 1995 tinham já sido assimilados pelo mercado. Ora, resulta dos dados que figuram no volume 4 do relatório de 1998 do British National Travel Survey (de Fevereiro de 1999), apresentado como anexo 9 do formulário de notificação da recorrente, que o sector das férias no estrangeiro teve um grande crescimento em toda a década e, portanto, também nos últimos anos. Com efeito, resulta do conteúdo da página 113 (e do quadro que figura na página 112) que o

número de partidas para férias no estrangeiro passou de 21 milhões em 1989 para 29,25 milhões em 1998 (ou seja, um aumento de mais de 39,2% em relação à última década). Depois da crise de 1995, devido à qual o número de estadias no estrangeiro passou de 26 milhões em 1995 para 23,25 milhões em 1996 (ou seja, uma descida de cerca de 10,5%), o número de estadias no estrangeiro passou de 23,25 milhões para 27,25 milhões em 1997 (ou seja, um aumento de mais de 17,2%) e de 27,25 milhões para 29,25 milhões em 1998 (ou seja, um aumento de mais de 7,3%). Quanto a este último ano, é expressamente referido que se trata efectivamente de um verdadeiro crescimento e não de uma diferença devida à prática habitual de arredondar os números quando as alterações de um ano para o outro são mínimas. A circunstância de esses dados dizerem também respeito às férias organizadas em destinos longínquos não põe em causa o seu valor probatório da tendência para um aumento sustentado, na medida em que esse tipo de férias apenas representou nos últimos anos um quinto do total (v. p. 116 do relatório do British National Travel Survey).

- 132 A Comissão ignorou estes dados nas suas estimativas do nível de crescimento do mercado relevante; pelo contrário, referiu-se à tendência para os próximos dois anos, sublinhando, no considerando 92 da decisão, que «[p]revê-se que o crescimento da procura para os próximos dois anos seja próximo do zero, de acordo com diversas estimativas do sector, mas prevê-se uma ligeira retoma a seguir». Interrogada quanto a este ponto na audiência, a Comissão respondeu que esta apreciação assentava num estudo econométrico apresentado durante o procedimento administrativo em resposta a um pedido de informações. Note-se que, na decisão, não foram mencionados nem os autores desse estudo econométrico, nem a sua natureza, nem o contexto em que foi apresentado. Por último, há que acrescentar que essa estimativa de uma taxa de crescimento próxima do zero é infirmada no ponto seguinte da decisão (considerando 93) em que a própria Comissão «reconhece que o mercado das férias organizadas no estrangeiro para destinos próximos é susceptível de continuar a crescer» e que «[é] provável também que o mercado cresça mais rapidamente do que o produto interno bruto (PIB) global devido a um aumento do tempo de férias e do nível de prosperidade em geral».

- 133 Resulta das considerações precedentes que a Comissão fez uma interpretação incorrecta dos dados de que dispunha relativos ao crescimento da procura, não tendo em conta que esse mercado tinha sido marcado por uma tendência clara para um crescimento considerável durante a última década em geral, não

obstante o carácter volátil da procura de um ano para o outro, e que a procura aumentou a um ritmo elevado, especialmente durante os últimos anos. Nesse contexto de crescimento, e por não ter apresentado elementos mais precisos para provar que a tendência para o aumento devia inverter-se nos próximos anos, a Comissão não podia considerar que a evolução do mercado se caracterizava por um reduzido crescimento, que constitui, no caso em apreço, um elemento que pode facilitar a criação de uma posição dominante colectiva pelos três últimos grandes operadores turísticos.

ii) Quanto às apreciações relativas à volatilidade da procura

- 134 A recorrente sustenta que a volatilidade da procura torna mais difícil a demonstração da existência de uma posição dominante colectiva na medida em que acrescenta «perturbações» ao mercado, tornando mais difícil a distinção entre as variações da procura ocasionadas pela volatilidade do mercado e os aumentos da capacidade provocados por desvios em relação à linha de acção comum. Essa impossibilidade de distinguir os dois tipos de acontecimentos implicaria claramente que qualquer tentativa de colusão seria instável.
- 135 A Comissão admite na decisão que existe uma determinada volatilidade da procura neste mercado (decisão, considerando 92 e 95). Todavia, alega (decisão, considerando 97) que, no caso em apreço, essa volatilidade não impede a criação de uma posição dominante colectiva, mas que torna, pelo contrário, «o mercado mais permeável a uma situação deste tipo [...], em combinação com o facto de ser mais fácil aumentar do que diminuir a capacidade, implica que os operadores de maior dimensão tenham interesse em adoptar uma atitude conservadora [...] no que diz respeito às decisões em matéria de capacidade». Acrescenta que «a volatilidade da procura justifica que se limite a capacidade planeada e que se acrescente capacidade mais tarde, se a procura se revelar particularmente forte» e que «os fornecedores protegem-se contra bruscas quebras da procura».

- 136 De qualquer forma, nos considerando 94 e 96 da decisão, a Comissão contesta os argumentos invocados pela recorrente no procedimento administrativo relativos à volatilidade da procura e às suas causas, que estão ligadas ao produto interno bruto, à evolução dos gostos dos clientes e à variação dos custos (incidência das companhias aéreas de baixo custo). A Comissão sustenta também (considerando 95) que «todos os operadores turísticos estão expostos ao ciclo da actividade económica e que devem ter em consideração a evolução macroeconómica nas suas previsões». Assim, seria provável que todos os operadores turísticos fizessem a mesma análise da evolução do mercado.
- 137 A Comissão admite (decisão, considerando 96 e notas 73 e 74) que determinados choques exógenos, como ataques terroristas a turistas no Egipto ou na Turquia, podem perturbar a planificação dos operadores turísticos, mas recusa, contudo, tomá-los em consideração como elemento susceptível de tornar mais difícil o aparecimento de uma posição dominante colectiva, uma vez que esses elementos, por natureza excepcionais, não são específicos do mercado das férias organizadas em destinos próximos, mas podem acontecer em qualquer mercado.
- 138 Por último, a Comissão reconhece que as observações da recorrente sobre a dificuldade que essa volatilidade implica para a criação de uma posição dominante colectiva correspondem à teoria económica, mas afirma que não são pertinentes no caso em apreço. Segundo a Comissão, dado que é mais fácil aumentar a capacidade do que restringi-la, os operadores terão tendência para ser prudentes com o objectivo de se protegerem contra qualquer eventual volatilidade. Além disso, é fácil fazer a distinção entre uma descida da procura e um aumento da capacidade de outro operador, porque os actos deste último podem ser observados directamente.
- 139 Antes de mais, há que salientar que, como reconhece a Comissão, a teoria económica considera que a volatilidade da procura torna mais difícil a criação de uma posição dominante colectiva. Pelo contrário, uma procura estável, tendo, portanto, uma volatilidade reduzida, constitui um elemento importante na

caracterização de uma posição dominante colectiva, na medida em que torna mais facilmente detectáveis os desvios relativamente à linha de acção comum (quer dizer, as batotas), permitindo distingui-los das adaptações da capacidade destinadas a responder ao aumento ou à diminuição do mercado volátil.

- 140 No caso em apreço, a Comissão admite que o mercado relevante se caracteriza por um certo grau de volatilidade da procura (decisão, considerando 92, 95 e 97). De resto, há que referir que vários elementos dos autos indicam que o grau de volatilidade deste mercado é considerável. Assim, o excerto do estudo referido no considerando 92 da decisão expõe que «não só a procura de férias é mais volátil do que o produto interno bruto e que os níveis de despesas a longo prazo dos consumidores mas também não coincide completamente com o ciclo económico (por exemplo, o mercado aumentou mais de 10% durante a recessão de 1980 e 1981)», ou ainda que «a volatilidade da procura faz com que a previsão dos volumes da oferta seja muito problemática». Do mesmo modo, a importante volatilidade do mercado é comprovada pelos dados extraídos do relatório de 1998 do British National Travel Survey. Depois da crise de 1995, devido à qual o número de estadias no estrangeiro passou de 26 milhões em 1995 para 23,25 milhões em 1996 (ou seja, uma descida de cerca de 10,5%), o número de estadias no estrangeiro passou de 23,25 milhões para 27,25 milhões em 1997 (ou seja, um aumento de mais de 17,2%) e de 27,25 milhões para 29,25 milhões em 1998 (ou seja, uma aumento de mais de 7,3%).
- 141 Todavia, a Comissão alega que esta circunstância não é pertinente no caso em apreço, dado que os operadores têm tendência para ser prudentes com o objectivo de se protegerem contra qualquer eventual volatilidade.
- 142 Ora, a Comissão não pode invocar o facto de que, para se proteger contra as quebras bruscas da procura, os operadores turísticos planificam prudentemente a capacidade, preferindo aumentá-la mais tarde se a procura se revelar particularmente forte (decisão, considerando 97), para negar a importância, no caso em apreço, de um factor importante para caracterizar uma situação de oligopólio

dominante, como o grau de estabilidade e de previsibilidade do mercado relevante. Com efeito, embora, na verdade, a prudência inerente ao funcionamento normal do mercado conduza necessariamente a ter em consideração a necessidade de prever melhor a evolução da procura, o processo de planificação é difícil, porque qualquer operador deve prever (cerca de 18 meses antes, devido às especificidades do mercado) a evolução futura da procura, que se caracteriza pela sua importante volatilidade e implica, deste modo, uma aposta no futuro. Por outro lado, a prudência dos operadores e a volatilidade da procura não foram consideradas pela Comissão impeditivas da natureza concorrencial do mercado antes da realização da operação. A prudência não pode, assim, ser interpretada, enquanto tal, como um elemento destinado a caracterizar uma posição dominante colectiva em vez de um elemento característico de um mercado concorrencial do tipo daquele que existia no momento da notificação.

- 143 Por último, há que salientar que os argumentos expostos pela Comissão (decisão, considerando 94 a 96), relativos às críticas da recorrente, não podem ser aceites.
- 144 No respeitante à volatilidade ligada ao ciclo económico, a Comissão não pode limitar-se a considerar, como fez no considerando 95 da decisão, que «[se] afigura que todos os operadores turísticos terão opiniões semelhantes em relação à evolução do mercado», sem apresentar nenhum elemento em apoio desta afirmação, quando a capacidade é fixada inicialmente cerca de 18 meses antes do início da época (decisão, considerando 63). Actualmente, a evolução das principais variáveis macroeconómicas, como o crescimento do produto interno bruto, as taxas de câmbio ou a confiança do consumidor, não pode ser prevista com precisão.
- 145 Quanto à volatilidade ligada a choques exógenos, a abordagem da Comissão, segundo a qual os operadores turísticos integram os dados relativos à volatilidade do mercado no cálculo da capacidade (decisão, considerando 96 e notas 73 e 74), equivale a fazer o que ela critica, quer dizer, transformar esses choques exógenos em variáveis endógenas devido à sua integração na previsão da procura. Ora, os

operadores não parecem agir deste modo. Testemunhos deste facto são os desaires da Thomson, em Maio de 1999, que sofreu perdas importantes devido ao impacto da guerra no Kosovo e de ameaças de actos terroristas na Turquia nas vendas de férias organizadas no Mediterrâneo Oriental, enquanto a Airtours não foi afectada, como alegou a recorrente sem que a Comissão a contestasse.

146 Por último, quanto ao argumento da Comissão segundo o qual, de qualquer forma, é fácil distinguir uma descida da procura de um aumento da capacidade de outro operador, porque os actos deste último podem ser observados directamente, há que rejeitá-lo, porque, pelas razões a seguir expostas no âmbito da apreciação da transparência do mercado, um operador turístico integrado terá dificuldades em interpretar correctamente as decisões tomadas pelos outros operadores turísticos em matéria de capacidade.

147 Resulta das considerações precedentes que a Comissão não demonstrou que a teoria económica não actua no caso em apreço e considerou erradamente que a volatilidade da procura facilitava a criação de um oligopólio dominante pelos três últimos grandes operadores turísticos.

iii) Quanto à apreciação do grau de transparência existente no mercado relevante

148 No considerando 102 da decisão, a Comissão expõe que, em termos de transparência, «deve ser feita uma distinção entre o período de programação e a época de venda, quando os catálogos foram distribuídos», e que «[a] transparência do mercado é, no entanto, elevada para os quatro grandes operadores integrados em ambos os períodos».

149 Nos considerandos 103, 104 e 105, afirma que «[a]s importantes decisões relativas à capacidade para a época seguinte são tomadas no período de programação» e que «a decisão relativa à capacidade dos quatro grandes operadores integrados será transparente [...] pelas razões que se seguem»:

- nenhum dos grandes operadores turísticos concebe um programa completamente novo de uma época para a outra. Pelo contrário, a programação de uma época baseia-se nas vendas da época anterior, ajustadas no sentido de uma diminuição ou de um aumento com base numa previsão da procura para a época seguinte. As alterações em relação à época anterior são portanto marginais e o desenvolvimento do programa turístico é progressivo. Consequentemente, simplesmente devido à experiência passada, os operadores turísticos conhecem já, em grande medida, antes de estabelecerem a programação para uma época, quais serão as ofertas dos outros quatro fornecedores integrados para a nova época (decisão, considerando 104);
- cada um dos quatro grandes operadores integrados tem um certo conhecimento das alterações planeadas pelos outros três no decurso desse período, tendo em conta o facto de utilizarem os mesmos hotéis e de recorrerem às companhias aéreas dos outros grandes operadores para obterem ou fornecerem capacidades ou para negociarem permutas de lugares e de faixas horárias (decisão, considerando 105);
- as decisões de aumento sensível de capacidade não podem ser dissimuladas, uma vez que a aquisição ou a locação a longo prazo de aviões suplementares é necessariamente do conhecimento do público (decisão, considerando 105).

150 No considerando 105 da decisão, a Comissão entende que, «[p]elas razões acima referidas, cada um dos quatro grandes operadores integrados terá conhecimento

se, por exemplo, um dos outros operadores integrados está a planear aumentar o número de passageiros transportados e, portanto, o número de pacotes que pode oferecer. Assim, cada um dos quatro operadores integrados está perfeitamente em condições de acompanhar o volume total de pacotes de férias oferecidos pelos outros».

- 151 No considerando 113 da decisão, a Comissão conclui que, devido à rigidez ligada às decisões relativas à capacidade, o elevado grau de transparência aumentará «a probabilidade de os principais fornecedores manterem uma oferta insuficiente, deixando assim insatisfeita uma procura mais importante do que a que existiria numa situação menos transparente (na qual haveria temporariamente uma oferta excedentária que implicaria uma diminuição dos preços para escoar os produtos) e permitindo-lhes assim aumentar os preços médios para além do nível concorrencial».
- 152 A recorrente sustenta que o mercado relevante não é transparente durante o período de programação. Alega, essencialmente, que as decisões relativas à capacidade global representam, de facto, uma vasta gama de decisões individuais relativamente a cada destino e a cada voo planificados e que as modificações feitas à capacidade planificada em relação às capacidades do passado são significativas e muito difíceis de identificar.
- 153 Considera que o mercado relevante também não é transparente durante o período das vendas. Sustenta, essencialmente, que a transparência da capacidade não pode ser considerada sem ter em conta as transparências dos preços e que a Comissão não compreendeu a natureza das informações disponíveis nos sistemas informáticos de reserva de férias.
- 154 A Comissão admite que, durante o período de programação, as decisões em matéria de capacidade não são totalmente transparentes, recordando ao mesmo tempo as diferentes possibilidades de obter as informações que são mencionadas na decisão (considerandos 104 e 105) no que diz respeito aos quatro grandes operadores turísticos.

- 155 No que diz respeito à transparência dos preços durante o período das vendas, a Comissão sustenta que ela não tem nenhuma importância, porque o factor da concorrência determinante no mercado relevante não é o preço mas a capacidade. Acrescenta, todavia, que durante esse período a transparência em matéria de capacidade global é praticamente total, dado que cada operador pode calcular as capacidades dos seus concorrentes com base nas propostas dos seus catálogos e também nos seus programas anteriores.
- 156 Em primeiro lugar, há que recordar que o facto de um mercado ser suficientemente transparente para permitir a cada membro do oligopólio conhecer os comportamentos dos outros facilita a criação de uma posição dominante colectiva.
- 157 Há que observar antes de mais que, no caso em apreço, a tese da Comissão consiste em sustentar que o objecto da coordenação tácita que caracteriza a posição dominante colectiva não são os preços mas as capacidades colocadas no mercado e que, como salienta o considerando 103 da decisão, as importantes decisões em matéria de capacidade para a época seguinte são tomadas durante o período de programação. No considerando 63 da decisão, a própria Comissão reconhece que, «uma vez iniciada a época de reservas (isto é, sensivelmente o Verão de 1999 para as partidas do Verão de 2000), as possibilidades de alteração são muito limitadas devido à rigidez dos compromissos assumidos com os fornecedores e aos problemas ligados às alterações de datas, voos, hotéis, etc., de clientes que já tenham feito a sua reserva». Refere (decisão, considerando 62) que a Airtours admite a possibilidade de um aumento de capacidade, durante esse período, de 10% no máximo.
- 158 Esta perspectiva é corroborada pelas alegações da Comissão, quando, respondendo (decisão, considerando 108) ao argumento da recorrente segundo o qual, como cada um dos grandes operadores turísticos integrados deve gerir vários milhares de preços diferentes devido à multiplicidade de fórmulas propostas, seria

impossível uma concertação tácita sobre todos esses preços, assinala que não considera que, no caso em apreço, seja necessária uma concertação sobre o nível dos preços para criar uma posição dominante colectiva. Acrescenta:

«[d]urante a época de venda, nenhum dos operadores integrados teria verdadeiramente interesse em reduzir os preços para aumentar a sua quota de mercado, que é determinada pelo volume de capacidade oferecida. Os operadores não são portanto obrigados a concertar-se sobre milhares de preços. Os consultores económicos da Airtours confirmaram de resto este facto: ‘o comportamento das empresas em matéria de preços após a fixação das capacidades não está directamente ligado à posição dominante colectiva, isto é, ao exercício em comum do poder de mercado’».

159 Conclui-se que, no caso em apreço, há que determinar em primeiro lugar se cada um dos grandes operadores turísticos poderá ou não conhecer, com um grau de certeza suficiente, no momento de tomar as suas decisões essenciais em matéria de capacidade, durante o período de programação, as dos seus principais concorrentes. Só no caso de a transparência ser suficiente é que ele poderá estimar a capacidade total decidida pelos outros membros do pretense oligopólio e estará, então, em condições de saber que, ao planificar a sua capacidade de uma determinada maneira, adopta a mesma linha de acção, e será assim incitado a fazê-lo. O grau de transparência é também importante para permitir, em seguida, a cada membro do oligopólio, detectar as variações efectuadas pelos outros em matéria de capacidade, distinguir os desvios em relação à linha de acção comum das simples adaptações lógicas à evolução volátil da procura e, por último, determinar se há que reagir em conformidade, aplicando sanções aos eventuais desvios.

160 Ora, resulta das respostas da recorrente (ponto B. 1 e anexos 5 a 8) a uma medida de organização do processo tomada pelo Tribunal que a determinação da capacidade para cada época não é um exercício automático de simples recondução da capacidade de um ano para o outro, fácil de prever pelos outros operadores turísticos, mas que, pelo contrário, acarreta para cada um dos grandes operadores turísticos uma tarefa muito complexa que tem em conta, apenas em certa medida, dados históricos e que é feita principalmente a partir de um juízo subjectivo feito por cada operador segundo um grande número de variáveis e de factores.

161 Em especial, a apreciação desses dados mostra que o ciclo de programação não se encadeia simplesmente de um ano para o outro. A título de exemplo, para a época de Verão de 1999 («ano N»), que vai de Maio a Outubro de 1999, a planificação da capacidade começa cerca de 18 meses antes, em Outubro ou Novembro de 1997 («ano N-2»). Durante a fase principal de planificação, que dá origem à primeira publicação do catálogo em Abril ou Maio de 1998 («ano N-1»), os operadores turísticos têm, assim, à sua disposição os dados relativos aos resultados da época de Verão de 1997 («ano N-2») e certos dados relativos à próxima época do Verão de 1998 («ano N-1»). Neste quadro cronológico, a planificação da capacidade global é função de considerações gerais e específicas afinadas ao longo do tempo. As considerações gerais («top-down considerations») têm em conta os principais factores que influenciam a procura de férias, como a actividade económica, as taxas de câmbio e a confiança dos consumidores. As considerações específicas («bottom-up considerations») assentam na análise pormenorizada das ofertas de produtos existentes a partir, por exemplo, do exame das margens brutas e líquidas por voo ou por unidade de alojamento para este ou aquele destino. A este respeito, são examinados cada voo (em função dos aeroportos de partida e de destino e das faixas horárias), o destino e o produto disponível, a procura dos consumidores de tipos específicos de férias, a fim de preparar a oferta global de férias organizadas no estrangeiro em destinos próximos. Essa oferta é também completada pelas ofertas de novos produtos criados pela recorrente.

162 A recorrente precisou que, tendo em conta a natureza efémera dos produtos em causa, tende a privilegiar, durante a planificação, a análise dos factores macroeconómicos ou considerações específicas relativas ao custo e à margem em relação à apreciação do nível da procura no passado, uma vez que estes elementos são mais susceptíveis de afectar os rendimentos disponíveis e a procura no futuro do que as prestações anteriores (vendas realizadas e previstas nos anos N-2 e N-1), que são, ainda assim, também tomadas em consideração na programação para a época de Verão do ano N, na medida em que indicam os pontos fortes e os pontos fracos da oferta existente bem como os aspectos em que essa oferta pode ser melhorada.

163 Em termos estatísticos, o quadro apresentado pela recorrente (anexo 7 da sua resposta), relativo à comparação entre as previsões de venda e as vendas reais da

sua principal filial no Reino Unido, a Airtours Holidays Ltd, durante o período de 1996-2000, permite verificar as diferenças entre a capacidade prevista para o ano em curso de planificação (ano N), a capacidade estimada para o ano N-1 (cujo período de vendas já começou) e a capacidade vendida durante o ano N-2 (porque a época já terminou). Este quadro mostra que a capacidade planificada para o ano N pela Airtours Holidays Ltd apresenta importantes diferenças relativamente à capacidade estimada para o ano N-1 (de + 7,5% para + 11,2%, consoante o ano N considerado) ou à capacidade vendida durante o ano N-2 (de + 7,5% para + 18,6%, consoante o ano N considerado). A título de comparação, representam um aumento da capacidade duas a três vezes superior ao crescimento anual médio da procura total no mercado (entre 3% e 4%) aceite pela Comissão no considerando 92 da decisão.

- 164 Resulta das considerações precedentes que o essencial do processo de planificação não consiste simplesmente em reconduzir a capacidade estimada ou vendida no passado, mas tem por objectivo prever a evolução da procura tanto a nível macroeconómico como microeconómico.
- 165 Às considerações que acabam de ser expostas, há que acrescentar as dificuldades práticas, sublinhadas pela recorrente, que fazem com que seja muito complicado conhecer a capacidade prevista por cada um dos outros grandes operadores turísticos durante o período de programação, na medida em que as suas decisões respeitantes à capacidade total para uma determinada época resultam do conjunto de numerosas decisões individuais tomadas relativamente a cada destino e a cada voo e que variam de uma época para a outra.
- 166 Com efeito, a recorrente alega, sem que a Comissão conteste, que serve 50 destinos a partir de 21 aeroportos situados no Reino Unido, o que representa mais de mil combinações e que as altera sensivelmente de uma época para a outra. Para o Verão de 1999, a Airtours aumentou a sua capacidade em 19% para Fuerteventura, reduzindo ao mesmo tempo, para esse destino, a sua capacidade a partir de Manchester em 13%, ao passo que a capacidade à partida de Cardiff aumentou 42%. Do mesmo modo, a capacidade da Airtours para

Minorca foi reduzida em 9%, com uma redução, para esse destino, da capacidade à partida de Manchester de 33% e um aumento da capacidade à partida dos aeroportos escoceses de 25%. A título de exemplo, a categoria «três estrelas/refeições não incluídas», que representa a grande maioria das férias organizadas em destinos próximos segundo a decisão (considerando 90), tem diferenças consoante o aeroporto e a data de partida, a duração das férias ou ainda o local de destino. Há que observar, a este respeito, que o argumento segundo o qual a viagem de avião representa uma constante para a qual existem poucas diferenças (decisão, considerando 90) não põe em causa o facto de as decisões relativas à capacidade aérea serem tomadas para cada aeroporto e para cada voo.

167 Assim, contrariamente ao que sugere a Comissão, as decisões em matéria de capacidade não consistem simplesmente em aumentar ou reduzir a oferta global de capacidade sem ter em conta as diferenças entre as diversas categorias de férias organizadas, que se diferenciam por local de destino, data de partida, aeroporto de partida, tipo de avião, tipo e qualidade de alojamento, duração da estadia e, por último, pelo preço. Para poderem desenvolver essas férias organizadas, os operadores turísticos devem tomar em consideração um conjunto de variáveis, como as disponibilidades de alojamento nos diversos destinos e as disponibilidades de lugares de avião, nas diversas datas e épocas do ano. Como alegou a recorrente, as decisões relativas à capacidade devem, assim, ser necessariamente tomadas a um nível «micro».

168 A abordagem global adoptada pela Comissão (decisão, considerando 88 a 91), que consiste em dizer que o que é importante é o número total de férias organizadas propostas por cada operador, defronta-se, assim, com importantes dificuldades no plano prático, uma vez que, para conhecer a capacidade total, na medida em que representa um conjunto heterogéneo de decisões específicas, é necessário poder identificar essas decisões.

169 Conclui-se que, *prima facie*, a complexidade do processo de planificação da capacidade, do desenvolvimento do produto e da sua comercialização constitui um grande obstáculo a qualquer tentativa de coordenação tácita. Com efeito,

tratando-se de um mercado em que a procura aumenta globalmente, mas é volátil de um ano para o outro, um operador turístico integrado tem dificuldades em interpretar correctamente as decisões tomadas pelos outros operadores turísticos em matéria de capacidade, que incidem sobre férias que irão acontecer um ano e meio mais tarde.

- 170 Todavia, apesar do facto de a decisão relativa à capacidade ser tomada por cada operador turístico com base num conjunto heterogéneo de considerações, há ainda que examinar se, na prática, no momento de determinar a sua capacidade global, cada membro do oligopólio pode conhecer a «capacidade global (número de estadias) oferecida por cada operador turístico integrado».
- 171 A Comissão afirma no considerando 105 da decisão que «cada um dos quatro operadores integrados está perfeitamente em condições de acompanhar o volume total de pacotes de férias oferecidos pelos outros [no decurso do período de programação]» e que as alterações que são feitas por cada grande operador turístico nessa fase podem ser identificadas pelos outros grandes operadores através dos seus contactos com os hotéis ou através das suas discussões relativas às necessidades e às disponibilidades em lugares de avião para obter ou fornecer capacidades ou negociar trocas de lugares ou de faixas horárias.
- 172 No entanto, a Comissão não provou estas afirmações.
- 173 Em primeiro lugar, a decisão não permite saber qual o alcance das informações que um operador turístico integrado pode obter pelo facto de vários deles poderem estar relacionados com os mesmos hotéis para negociar e reservar os seus *stocks* de camas. Mesmo supondo que os grandes operadores turísticos britânicos possam efectivamente propor os mesmos hotéis nos seus pacotes de férias, também é um facto que o sector do alojamento de férias reúne um grande número de intervenientes, tanto a nível da oferta como a nível da procura. Existe, assim, uma grande probabilidade de um dos grandes operadores trabalhar com

um hotel onde não corre o risco de encontrar um dos seus concorrentes. Esta probabilidade é reforçada pelo facto de os hoteleiros preferirem arrendar os seus quartos pelo menos a dois operadores, geralmente de países diferentes. Esta política, mencionada na notificação, explica-se pela vontade de o hoteleiro se proteger contra o risco ligado a uma diminuição da procura de férias propostas por um desses clientes ou à diminuição da procura de um desses países.

- 174 Conclui-se que a possibilidade de vários operadores turísticos integrados negociarem com o mesmo hotel não contribui significativamente para uma maior transparência do mercado no momento da tomada de decisões em matéria de capacidade.
- 175 Em segundo lugar, a decisão não dá nenhum detalhe sobre o alcance e a importância das informações que podem ser obtidas através das discussões entre os grandes operadores relativamente às necessidades e às disponibilidades em lugares de avião para obterem ou fornecerem capacidades ou negociarem trocas de lugares de avião ou de faixas horárias. Com efeito, na falta de pormenores quanto a este ponto na decisão, não é de modo nenhum possível obter informações úteis quanto ao aumento ou à manutenção da capacidade através de uma troca de lugares de avião ou de faixas horárias, na medida em que essas trocas devem, em princípio, efectuar-se na base de um lugar por outro ou de uma faixa horária por outra.
- 176 A este respeito, há que precisar que, no exemplo dado pela Comissão, quer dizer, o de uma situação de restrição sensível na capacidade aquém das estimativas da evolução da procura, os operadores integrados contrariariam menos lugares de avião e menos noites de hotel. Ora, é sem dúvida geralmente muito mais difícil detectar e interpretar as decisões de redução da actividade do que as que a aumentam e, num contexto de aumento da procura, essas políticas de contenção são particularmente difíceis de detectar. Além disso, a recorrente sublinhou, sem ser desmentida pela Comissão, que as decisões de aumento sensível da capacidade e os investimentos correspondentes só são tornados públicos depois de a capacidade inicial ter sido determinada, de modo que não permitem a

identificação precisa das decisões adoptadas durante o período de programação. Por conseguinte, o argumento da Comissão exposto no considerando 105 da decisão, segundo o qual a aquisição ou a locação a longo prazo de aviões suplementares não podem ser dissimuladas, uma vez que essas decisões são necessariamente do conhecimento do público, não pode ser tomado em consideração para demonstrar a existência da transparência do mercado relativamente aos quatro grandes operadores turísticos na fase da planificação da capacidade.

- 177 Além disso, há que salientar que as decisões relativas à utilização das frotas aéreas são tomadas tardiamente no período da programação. Segundo os dados comunicados pela Airtours na resposta à comunicação de acusações, é efectivamente só a partir do décimo mês que precede o lançamento da época, quer dizer, simultaneamente com a publicação do catálogo, que toma as primeiras decisões relativas à utilização da sua capacidade em lugares de avião. Só durante os meses seguintes é que serão tomadas as decisões relativas à capacidade adquirida às outras companhias aéreas. Assim, as informações obtidas no âmbito das discussões entre os grandes operadores turísticos são mais tardias do que a decisão fez supor.
- 178 Além disso, há que salientar que a Airtours não depende significativamente dos outros grandes operadores turísticos para adquirir lugares de avião, segundo os dados comunicados no âmbito da notificação. Efectivamente, verifica-se que a Airtours recorre muito pouco às companhias *charter* dos seus principais concorrentes. Por um lado, os principais fornecedores da Airtours Holidays em lugares de avião para o Verão de 1998 foram: a Spanair (27,2% das compras); a Monarch (22%); a Air Europa (21%); a Air 2000, a companhia aérea da First Choice (9,4%); a Airworld, a companhia aérea da Thomas Cook (8,7%); a Air Malta (3,8%); e doze outras companhias aéreas (7,9%). A Airtours Holidays não utiliza, assim, ou muito pouco, a Britannia, a companhia aérea da Thomson, que, como se sabe, trabalha principalmente para a casa-mãe, e apenas recorreu de modo marginal às principais companhias aéreas da First Choice e da Thomas Cook (a Air 2000 e a Airworld representam 18,1% do total) (anexo 5 da petição, pontos 6.94, 6.119 e 6.122; relatório da MMC, quadro 3.6, p. 66). Por outro lado, os principais clientes da recorrente em lugares de avião para o Verão de

1998 foram: a First Choice (Unijet) (cerca de 68 000 lugares); a Monarch (Cosmos) (cerca de 45 000 lugares); a Jet Direct (cerca de 11 500 lugares); a Air Travel Group (cerca de 10 500 lugares); e a Manos (cerca de 10 500 lugares), sendo o resto dos lugares vendido a 20 outros operadores. Pode ainda referir-se que a Airtours Holidays não está, ou muito pouco, relacionada com as outras companhias aéreas da Thomson (Britannia) e da Thomas Cook (Caledonian, Airworld, Flying Colours, Peach) (anexo 5 da petição, ponto 6.94; relatório da MMC, quadro 3.6, p. 66).

179 Assim, contrariamente ao que alega a Comissão, a circunstância de os grandes operadores turísticos negociarem entre si para obterem ou fornecerem capacidades ou negociarem trocas de lugares de avião ou de faixas horárias não assegura um nível de transparência suficiente no momento da tomada de decisões em matéria de capacidade.

180 Resulta de tudo o que precede que foi erradamente que a Comissão entendeu, no considerando 102 da decisão, que o mercado é muito transparente em relação a cada um dos quatro grandes operadores integrados durante o período de programação. Portanto, verifica-se que foi erradamente que concluiu que o grau de transparência existente no mercado relevante é uma característica que torna o mercado favorável ao aparecimento de uma posição dominante colectiva (decisão, considerando 87), sem que seja necessário examinar o mérito das suas apreciações sobre o grau de transparência durante o período das vendas, uma vez que as decisões importantes em matéria de capacidade para a época seguinte são tomadas durante o período de programação e que, em seguida, as possibilidades de aumento são muito reduzidas.

iv) Conclusões relativas à apreciação da evolução passada e previsível da procura, da sua volatilidade e do grau de transparência existente no mercado

181 Resulta do que precede que a Comissão não examinou adequadamente a concorrência existente entre os principais operadores na altura da notificação e cometeu erros de apreciação quanto à evolução e à previsibilidade da procura, à

sua volatilidade, bem como ao grau de transparência existente no mercado, e considerou erradamente que estas características podiam, no caso em apreço, facilitar a criação de uma posição dominante colectiva.

c) Conclusão

182 Resulta de todas as considerações precedentes que a Comissão cometeu erros de apreciação na sua conclusão de que a realização da operação de concentração incitaria os três grandes operadores turísticos restantes depois da operação a não fazerem concorrência entre eles.

3. Quanto ao carácter insuficiente dos factores de dissuasão identificados pela Comissão para assegurar a coesão interna do pretenso oligopólio dominante

183 A recorrente critica a Comissão por ter ignorado o facto de que, mesmo supondo que os três últimos grandes operadores turísticos possam ser incitados a coordenar tacitamente as suas políticas em matéria de capacidade depois da concentração, devido às características do mercado relevante e aos efeitos da operação neste, não havia mecanismos de retaliação ou de dissuasão suficientes para assegurar a coesão interna do pretenso oligopólio dominante. Assim, a inexistência de mecanismos efectivos de retaliação no mercado em questão poria em causa a viabilidade de uma pretensa situação de oligopólio dominante, na medida em que não existiria o incitamento a longo prazo ao não afastamento da linha de conduta comum. Sustenta que o mecanismo de sanção deve ser credível e contesta, assim, que a simples ameaça de retaliações possa constituir um meio suficiente de dissuasão, como parece sugerir a Comissão no considerando 151 da decisão.

- 184 A recorrente considera que os meios alegadamente disponíveis para exercer retaliações durante a mesma época não são credíveis. No que diz respeito à possibilidade de se acrescentar uma certa capacidade durante o período que termina em Fevereiro, antes da época de Verão, ela não podia ser aumentada mais de 10% e não poderia sê-lo posteriormente. Ora, num sector caracterizado por uma volatilidade da procura, um aumento da capacidade em 10% não é suficiente para constituir uma punição significativa. Além disso, o custo suplementar que representaria a criação de uma capacidade adicional para efeitos punitivos não seria compensado pelas vantagens que as vítimas da batota retirariam da aplicação de uma punição. De qualquer forma, um aumento da capacidade seria extremamente difícil, porque poderia ser contrário aos interesses daqueles que aplicaram a punição, na medida em que, sendo a capacidade acrescentada à última da hora, provavelmente, de qualidade inferior (horários de voo pouco práticos, alojamentos de má qualidade), seria difícil de vender. Contesta também a possibilidade de utilizar vendas de saldo ou «selectivas» contra um concorrente como arma disciplinar.
- 185 Por último, segundo a recorrente, os meios alegadamente disponíveis para exercer retaliações durante a época seguinte não são eficazes. Com efeito, tendo em conta o período de 18 meses necessário para criar grandes capacidades, qualquer batota detectada durante uma época de venda apenas poderia ser punida por aumentos de capacidade importantes duas épocas mais tarde. O nexó entre o desvio do acordo e a punição seria pouco claro.
- 186 A Comissão observa, em primeiro lugar, no que diz respeito aos mecanismos de retaliação previstos na decisão, que, ao não equiparar o oligopólio dominante a um cartel, nunca pensou que um operador fizesse uma simples ameaça de retaliações.
- 187 Em seguida, alega que a perspectiva de medidas de retaliação durante a mesma época pode ser entendida como uma ameaça real e eficaz, na medida em que os operadores podem avaliar as capacidades colocadas no mercado pelos seus concorrentes a partir da publicação da primeira edição dos catálogos, isto é, doze

a quinze meses antes da época das viagens (decisão, considerando 105 a 107). Um aumento de 10% das capacidades deveria exercer nos preços uma forte pressão no sentido da descida e anular uma grande parte dos lucros esperados pelo operador «desviante».

- 188 Quanto aos meios de exercer retaliações na época seguinte, a Comissão entende, contrariamente à recorrente, que é possível aumentar consideravelmente as capacidades durante a época, e considera que é falso afirmar que um aumento importante só é possível duas épocas mais tarde.
- 189 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual seria irracional, por parte dos outros operadores, correr o risco de um excesso de capacidade geral e segundo o qual, deste modo, um operador poderia «fazer batota» com toda a impunidade, a Comissão alega que esse raciocínio não é aplicável no caso em apreço, porque tem subjacente que a única reacção possível dos outros operadores consistiria em abandonar quotas de mercado ao «batoteiro».
- 190 Por último, a Comissão não aceita o argumento segundo o qual a tática de pôr de lado catálogos de um concorrente «desviante» e a prática das vendas selectivas destinadas a desfavorecer os seus produtos seriam ineficazes, porque, mesmo que se tenham em conta os números de venda recíproca adiantados pela recorrente (16% dos seus produtos seriam vendidos através da Thomson e da Thomas Cook), uma perda potencial podendo atingir essa percentagem das vendas representaria uma pesada ameaça numa indústria caracterizada por volumes elevados e margens reduzidas.
- 191 O Tribunal observa que a Comissão adoptou uma posição algo ambígua na decisão, porque sublinhou, em primeiro lugar, que a existência de um «mecanismo de sanção rigoroso», que assentaria na coacção, não é uma

condição necessária para que haja uma posição dominante colectiva no presente processo (decisão, considerando 55; v. igualmente considerando 150), precisando simultaneamente que não concorda, com a Airtours, «que não exista qualquer possibilidade de retaliação neste mercado» e que «essas possibilidades são consideráveis, o que só vem reforçar o incentivo para adoptar um comportamento paralelo anticoncorrencial» (decisão, considerando 55; v. igualmente considerando 151).

192 Em primeiro lugar, cabe observar que, como já foi salientado (v. n.ºs 61 e 62, *supra*), na análise prospectiva do mercado própria de qualquer apreciação de uma alegada posição dominante colectiva, essa posição não deve apenas ser encarada num plano estático, num dado momento, o da realização da operação e das modificações introduzidas na estrutura da concorrência, mas deve também ser apreciada de modo dinâmico, nomeadamente no respeitante à sua coerência interna, à sua estabilidade e ao facto de se saber se o comportamento paralelo anticoncorrencial que ela poderia gerar pode perdurar no tempo.

193 Assim, importa saber se o interesse próprio de cada um dos principais operadores turísticos (aumentar o seu lucro fazendo concorrência a todos os operadores) não é susceptível de prevalecer sobre o interesse comum dos membros do pretenso oligopólio dominante (restringir a capacidade para fazer subir os preços e obter lucros supraconcorrenciais), o que seria o caso se a ausência de factores de dissuasão o levasse a desviar-se da linha de acção comum, a fim de, aproveitando a inexistência de concorrência que caracteriza esta última, tomar a iniciativa de comportamentos concorrenciais e beneficiar das vantagens a eles inerentes (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 227, no que se refere à transparência do mercado, e n.ºs 276 e 281, no que diz respeito às relações estruturais).

194 A possibilidade de retaliações assegura de certo modo a coesão dos membros do oligopólio ao longo do tempo, ao dissuadir cada um deles de se desviar do comportamento comum.

- 195 Neste contexto, a Comissão não deve necessariamente provar a existência de um determinado «mecanismo de retaliação», mais ou menos rígido, mas deve demonstrar, de qualquer forma, a existência de factores de dissuasão suficientes para que cada um dos membros do oligopólio dominante não tenha interesse em desviar-se do comportamento comum em detrimento dos outros membros do oligopólio.
- 196 Os factores de dissuasão identificados no caso em apreço na decisão são os seguintes:
- a função dissuasiva desempenhada pela simples ameaça a um regresso a uma situação de oferta excedentária, revelando a experiência de 1995 o que poderia acontecer se se desencadeasse uma guerra de capacidades (decisão, considerando 151; v. igualmente considerando 170);
 - a possibilidade de aumentar a capacidade durante a época das vendas, pelo menos até Fevereiro, até 10% (decisão, considerando 152);
 - a possibilidade de acrescentar capacidades adicionais entre duas épocas, assinalando o operador turístico que o seu comportamento é uma medida de retaliação contra uma dada acção, a fim de sublinhar o nexo entre o desvio e a sanção (decisão, considerando 152);
 - a possibilidade de retirar referências ou praticar vendas selectivas para penalizar o operador desviante durante a época das vendas, a fim de o forçar a conceder reduções sobre uma parte mais importante das suas estadias (considerando 152; v. igualmente considerando 170).

- 197 Em primeiro lugar, há que observar que as características do mercado relevante e o seu modo de funcionamento tornam as medidas de retaliação difíceis para ocorrerem em condições de rapidez e de eficácia de modo a que pareçam suficientemente dissuasivas.
- 198 Assim, em caso de desvio ou, noutros termos, de batota, quer dizer, numa situação em que, por exemplo, um dos principais operadores tentasse, durante o período de programação, tirar proveito do limite global da capacidade resultante do comportamento paralelo anticoncorrencial, os outros membros do oligopólio teriam dificuldade em detectar esse desvio devido à falta de transparência suficiente, sobre a qual o Tribunal já se pronunciou. Com efeito, um eventual desvio é difícil de detectar na fase da planificação, tendo em conta as dificuldades existentes, para um grande operador turístico, de prever com precisão as decisões tomadas pelos seus principais concorrentes em matéria de capacidade.
- 199 Neste contexto, os factores de dissuasão identificados pela Comissão não parecem poder intervir.
- 200 Em primeiro lugar, quanto à simples ameaça de um regresso a uma situação de oferta excedentária, há que observar que a Comissão considerou erradamente o seu carácter dissuasivo. A Comissão refere a crise de 1995 para ilustrar as consequências de uma oferta excedentária no mercado. Ora, há que observar que os factos de 1995 ocorreram num contexto oposto ao considerado no caso em apreço, em que todos os operadores — sem distinção consoante o seu estatuto de grande ou pequeno operador turístico —, durante o período de programação de 1994, reforçaram as suas capacidades para prever o aumento da procura global que deixavam pressupor os indicadores do sector e os dois anos de crescimento anteriores. Ao invés, no caso em apreço, a Comissão considera uma situação em que os três grandes operadores turísticos, ultrapassando sensivelmente a sua prudência habitual, reduziram as suas capacidades abaixo das previsões da procura e em que teria havido batota. É nesta situação, muito distinta da situação de excesso de capacidade de 1995, que o carácter dissuasivo de um eventual

regresso a uma situação de oferta excedentária deve ser examinado. Ora, esse regresso só pode ocorrer uma época mais tarde e apenas se os outros membros do oligopólio decidirem aumentar a capacidade para além das estimativas da evolução da procura, quer dizer, de modo muito sensível em relação a um nível de subcapacidade que existiria no contexto da coordenação tácita considerada pela Comissão.

- 201 Em segundo lugar, a possibilidade de aumentar a capacidade durante a época das vendas não pode constituir um factor de dissuasão pelas seguintes razões.
- 202 Primeiro, como a própria decisão destaca, este mercado distingue-se por uma tendência natural para a prudência em matéria de decisões sobre a capacidade (decisão, considerando 60 a 66, 97 e 136), tendo em conta o facto de que a adaptação da capacidade à procura constitui um dos critérios cruciais de rentabilidade, sendo as férias organizadas bens perecíveis (decisão, considerando 60).
- 203 Segundo, neste mercado, a decisão de desvio da posição comum, aumentando a capacidade durante a época das vendas, ocorreria numa fase que a tornaria dificilmente detectável em tempo útil. Além disso, mesmo quando, efectivamente, os outros membros do oligopólio chegassem a detectar o comportamento desviante, a sua eventual reacção consistindo em aumentar a capacidade a título de retaliação não poderia ocorrer de modo suficientemente rápido e eficaz, na medida em que apenas pode ocorrer — como se reconhece implicitamente na decisão — na mesma época apenas de modo muito limitado, com limites cada vez maiores à medida que avança a época das vendas (nas melhores hipóteses, a capacidade pode ser aumentada apenas 10% até ao mês de Fevereiro para a época de Verão seguinte) (decisão, considerando 152 e 62).
- 204 Por último, pode-se considerar que, sabendo-se que os autores das retaliações correm o risco de ter dificuldades em vender férias organizadas acrescentadas à

última da hora devido à qualidade inferior desses produtos (horários de voo pouco práticos, alojamento de má qualidade), os outros membros do oligopólio dominante hesitariam em proceder a esses aumentos da capacidade a título de retaliação. A capacidade assim criada não parece susceptível de fazer uma concorrência eficaz à que teria sido acrescentada pelo operador desviante logo no período de programação, uma vez que é simultaneamente tardia e de menor qualidade. O operador desviante beneficiaria assim de vantagens ligadas ao facto de ter sido o primeiro a agir.

205 Em terceiro lugar, no respeitante à possibilidade de aumentar a capacidade durante a época seguinte ou ao facto de poderem ser acrescentadas capacidades entre duas épocas (decisão, considerando 152, *in fine*), há que salientar que há o risco de ser ineficaz, enquanto medida de retaliação, tendo em conta a evolução imprevisível da procura de um ano para o outro e o tempo necessário à implementação de tal medida.

206 Em quarto lugar, uma acção de retaliação dos outros membros do oligopólio ao nível da distribuição (através da retirada de referências ou de vendas selectivas) abrangeria apenas, no caso de visar a Airtours, cerca de 16% das suas vendas [das quais, menos de 10% realizadas através da Lunn Poly (Thomson) e, apenas 6%, através da Thomas Cook]. Como alega a recorrente, essas reacções das fontes secundárias da oferta não representam contrapesos suficientemente importantes. Além disso, essas retaliações implicariam um prejuízo económico para os seus autores, que deveriam renunciar às comissões pagas pela Airtours pelas vendas efectuadas nas redes de agências de viagens dos seus principais concorrentes. O carácter dissuasivo dessa acção de retaliação não é, portanto, tão importante como a decisão dá a entender.

207 Resulta das considerações precedentes que foi injustificadamente que a Comissão considerou que os elementos indicados nos considerandos 151 e 152 da decisão constituem, nas circunstâncias do caso em apreço, factores de dissuasão suficientes para incitar um dos membros do oligopólio dominante a não se afastar da linha de acção comum.

4. Quanto à subestimação da reacção previsível dos pequenos operadores, dos concorrentes potenciais e dos consumidores, como contrapeso suficiente para impedir a estabilidade do pretense oligopólio dominante

208 A recorrente alega que a Comissão subestimou a reacção previsível dos pequenos operadores (também chamados «operadores independentes» ou «operadores secundários»), dos concorrentes potenciais (nomeadamente, os que propõem viagens organizadas ao estrangeiro em destinos longínquos) e dos consumidores, como contrapesos susceptíveis de contrariar a criação de uma posição dominante colectiva, que não é viável se os grandes operadores não tiverem, em conjunto, o poder de agir, em grande medida, independentemente dos outros concorrentes actuais e potenciais, bem como dos consumidores.

209 A Comissão replica que, para fazer face a uma restrição concertada das capacidades decidida pelos membros do oligopólio, seria necessário que um grande número de operadores de pequena dimensão aumentasse as suas capacidades em proporções consideráveis, o que não seria possível tendo em conta a sua dimensão actual. Sublinha também que os obstáculos ao acesso ao mercado e ao crescimento para além de uma determinada dimensão impedem os operadores de menor dimensão e os recém-chegados ao mercado de desafiar com sucesso o poder dos operadores turísticos integrados e a sua possibilidade de fixar a capacidade a um nível inferior ao do equilíbrio concorrencial. Os operadores secundários não estão em condições de fornecer capacidades suficientes para satisfazer uma eventual procura suplementar devido ao facto de se defrontarem com importantes obstáculos para se desenvolverem.

210 Antes de mais, é importante recordar que, para demonstrar suficientemente a existência de uma posição dominante colectiva no presente processo, a Comissão devia também provar que a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais, bem como dos consumidores, não poria em causa os resultados esperados da linha de acção comum dos grandes operadores turísticos. No caso

em apreço, isto significa que a redução pelos grandes operadores turísticos da capacidade colocada no mercado para fins anticoncorrenciais, quer dizer, mais do que é exigido para se adaptarem à evolução prevista da procura, não deve ser contrabalançada pela reacção dos seus concorrentes actuais, os pequenos operadores, dos seus concorrentes potenciais, os operadores presentes noutros países ou no mercado de destinos longínquos, e dos seus clientes, os consumidores britânicos, susceptível de contrariar a viabilidade do oligopólio dominante.

a) Quanto à possível reacção dos concorrentes actuais: os pequenos operadores turísticos

i) Observações preliminares sobre a questão da dimensão dos pequenos operadores turísticos

211 Nos considerandos 77 e 78 da decisão, a Comissão expõe que a possibilidade de a «franja» dos pequenos fornecedores opor uma concorrência efectiva aos quatro grandes operadores é ainda reduzida pela inexistência de integração vertical e pela sua pequena dimensão, que, nomeadamente, tem por efeito não poderem beneficiar das mesmas economias de escala e de gama dos grandes operadores.

212 A este respeito, há que observar em primeiro lugar que a Comissão (contestação, ponto 103) admite que, como o perito da recorrente, o professor D. Neven, expôs no procedimento administrativo, o sector das viagens organizadas é um sector em que estratégias comerciais alternativas podem fornecer resultados convincentes e em que há pouco espaço para os operadores turísticos de média dimensão. Com efeito, segundo esse perito, por um lado, as empresas podem funcionar em pequena escala e comprar nos mercados livres a capacidade (lugares de avião e camas de hotel) de que têm necessidade para poderem propor férias organizadas. Por outro, as empresas podem alternativamente decidir vender um grande volume de férias organizadas. Estas empresas, todavia, vão considerar arriscado comprar

grandes volumes de capacidade, nomeadamente lugares de avião, nos mercados livres, razão pela qual é necessário integrarem-se verticalmente, pelo menos nos serviços de transporte aéreo. Esta estratégia comercial alternativa não leva necessariamente a custos inferiores e a uma vantagem concorrencial sistemática em relação às pequenas empresas. É também intrinsecamente mais arriscada do que a estratégia que consiste em permanecer pequeno e em comprar capacidade nos mercados livres.

- 213 Ora, há que precisar que a questão aqui em causa não é a de saber se um pequeno operador turístico pode atingir a dimensão necessária para poder concorrer efectivamente com os operadores integrados, disputando-lhes os seus lugares de operadores principais. Trata-se antes de determinar se, no contexto anticoncorrencial considerado pela Comissão, as centenas de pequenos operadores turísticos já existentes no mercado, globalmente considerados, podem reagir eficazmente a uma redução da capacidade colocada no mercado pelos grandes operadores abaixo das estimativas da evolução da procura, aumentando a sua capacidade para beneficiar das oportunidades oferecidas por essa situação de subcapacidade global, e se podem, deste modo, contrariar a criação de uma posição dominante colectiva.
- 214 Nestas circunstâncias, para demonstrar que os pequenos operadores não podem contrariar eficazmente a criação de uma posição dominante colectiva, a Comissão não pode limitar-se a salientar o facto, não contestado pelas partes, de que, no contexto actual do mercado relevante, para fazer concorrência de modo efectivo aos operadores turísticos integrados, um operador secundário deve atingir uma dimensão mínima que lhe permita operar a uma escala suficiente e deve, assim, chegar a um certo grau de integração vertical. Os argumentos da Comissão destinados a acentuar as dificuldades dos pequenos operadores turísticos para atingirem a dimensão mínima para poderem fazer concorrência de modo efectivo aos quatro grandes operadores são, portanto, inoperantes no que diz respeito à avaliação das possibilidades de os pequenos operadores turísticos e os novos operadores no mercado aumentarem a sua capacidade a fim de aproveitarem a oportunidade das penúrias de produtos, que aconteceriam, segundo a Comissão, em caso de autorização da operação.
- 215 Além disso, como a recorrente sublinhou, apesar das numerosas aquisições de pequenos operadores turísticos pelos grandes operadores turísticos ocorridas na

última década, os pequenos operadores continuam a ser muito numerosos (várias centenas), com uma regeneração contínua pela entrada no mercado de novos intervenientes e, por último, constituem sempre uma quota significativa do mercado.

- 216 Assim, é à luz destas considerações que há que determinar se os pequenos operadores turísticos podem, no caso em apreço, criar capacidades adicionais suficientes para contrariar uma eventual limitação da capacidade colocada no mercado pelos grandes operadores turísticos.

ii) Quanto à possibilidade de os pequenos operadores turísticos criarem capacidades adicionais

- 217 Previamente, há que referir que, no caso em apreço, os membros do pretenso oligopólio dominante não controlam individual ou colectivamente os mercados das matérias-primas ou dos serviços necessários à preparação e à distribuição do produto relevante. A este respeito, resulta da decisão (considerandos 5 a 42) que, além do mercado das férias organizadas no estrangeiro em destinos próximos, a Comissão examinou os efeitos da concentração a montante, no mercado do fornecimento de lugares de avião nos voos *charter* para destinos próximos e, a jusante, no mercado das agências de viagens, sem, no entanto, concluir que a realização da operação ocasionaria a criação de uma posição dominante colectiva pelos três últimos concorrentes nesses mercados a montante e a jusante, nem que a empresa resultante (Airtours/First Choice) gozaria de uma posição dominante individual.

- 218 Em primeiro lugar, deve salientar-se que a recorrente deu, sem contestação da Comissão, vários exemplos de pequenos operadores turísticos que criaram capacidades adicionais em resposta a oportunidades oferecidas por evoluções

inesperadas do mercado. Assim, em 1996 (após as dificuldades ligadas à crise de 1995), os três maiores operadores da época reduziram ou mantiveram a sua capacidade, enquanto vários pequenos operadores turísticos empreenderam uma expansão significativa, como a Virgin Holidays (+ 28%), a Kuoni Travel (+ 20%), a Direct Holidays (+ 68%) ou a Sun Express (+ 109%).

- 219 Em segundo lugar, a recorrente salientou, sem contestação da Comissão, que os pequenos operadores têm tendência para fixar a sua capacidade depois de os grandes operadores terem tomado as suas principais decisões na matéria e que podem ainda, em certa medida e como qualquer operador turístico, aumentar a sua capacidade posteriormente.
- 220 Em terceiro lugar, resulta também dos autos que vários pequenos operadores turísticos manifestaram a sua intenção de melhorar a sua quota de mercado, o que permite deduzir que estão, de qualquer modo, muito inclinados a aproveitar rapidamente as oportunidades que resultariam das restrições da capacidade por parte dos principais operadores turísticos, alheias à evolução previsível da procura.
- 221 No considerando 85 da decisão, a Comissão responde ao argumento exposto pela recorrente no procedimento administrativo, segundo o qual operadores secundários como a Cosmos e a Virgin Sun deviam ser considerados grandes concorrentes prováveis no futuro, porque teriam a intenção de alargar as suas actividades. A Comissão responde que «nenhuma destas empresas é susceptível de fazer face aos grandes operadores [num futuro previsível]», porque a Cosmos/Monarch, por um lado, depende muito dos grandes operadores para a compra de lugares de avião e não se encontra integrada verticalmente com agências de viagens, e porque a Virgin Sun, por outro lado, tem actividades actualmente muito reduzidas e também não dispõe de agências de viagens próprias. Por último, sublinha que a Virgin Sun enfrentou consideráveis dificuldades na assinatura de contratos de alojamento para os destinos de férias próximos mais importantes.

- 222 Ora, estas considerações da Comissão não podem reforçar a sua tese na medida em que o que é importante é saber como os pequenos operadores turísticos podem reagir no futuro no caso de uma diminuição infraconcorrencial da capacidade colocada no mercado pelos três últimos grandes operadores turísticos. Pelo contrário, testemunham uma vontade clara de esses operadores turísticos secundários aproveitarem qualquer oportunidade oferecida pelo mercado.
- 223 Assim, por um lado, o facto de a Cosmos (Monarch) tender actualmente a privilegiar os grandes operadores turísticos relativamente aos pequenos, em termos de vendas de lugares de avião, não permite à Comissão concluir que, em caso de limitação da capacidade a um nível infraconcorrencial, esse operador não privilegiaria o seu próprio interesse em detrimento do dos membros do pretenso oligopólio dominante. Por último, o novo dirigente da Cosmos declarou ter a intenção de aumentar a quota de mercado dessa empresa de 3,5% para 5%, em dois anos. Para esse efeito, a Cosmos dispõe de licenças ATOL para 1,1 milhão de passageiros (ATOL, Air Travel Organisers' License, licença emitida pela Civil Aviation Authority).
- 224 Por outro lado, pelas mesmas razões, as dificuldades com que se teria debatido a Virgin Sun para celebrar contratos de alojamento em certos destinos próximos seriam facilmente resolvidas se os grandes operadores diminuíssem a sua procura de quartos. Resulta de uma carta de 16 de Agosto de 1999 da Virgin Sun à Comissão, junta aos autos no âmbito das medidas de organização do processo, que é fácil obter camas suficientes em quantidade e em qualidade na maior parte dos destinos mediterrânicos, excepto nos mais procurados, como as ilhas Baleares, onde os grandes operadores negociam cada vez mais contratos de longa duração com os hoteleiros, tornando difícil aos pequenos encontrar os lugares pretendidos. No entanto, resulta igualmente dessa carta que operadores turísticos como a Virgin Sun estão atentos para tentar aproveitar todas as oportunidades que possam apresentar-se nesses mercados mais solicitados. Assim, se os grandes operadores turísticos não utilizam as camas contratadas nas suas tentativas de restringir a capacidade, os pequenos operadores estariam rapidamente em situação de as contratar para alargar a quantidade de férias

organizadas colocada no mercado. Há que recordar, por último, que a Virgin Sun é o operador turístico recentemente lançado pelo Virgin Travel Group, que oferece férias em destinos próximos, que propõe, desde Maio de 1999, viagens organizadas para os destinos mais solicitados, ou seja, Corfu, Costa Blanca, Costa del Sol, Maiorca, Minorca, Ibiza, Portugal, Rodes, Grande Canária, Tenerife e Turquia, com voos à partida dos aeroportos de Londres Gatwick e de Manchester, e que, segundo o presidente do Virgin Travel Group, o objectivo da Virgin Sun é atingir a quota de mercado da Thomson dentro de dez anos. Note-se que o Virgin Travel Group dispõe de licenças ATOL para 400 000 passageiros.

- 225 Por último, a British Airways Holidays (375 000 licenças ATOL em 1999) e a Kuoni (230 000 viagens organizadas vendidas no Reino Unido em 1998), dois concorrentes presentes no mercado das férias organizadas em destinos próximos, que dispõem de importantes meios financeiros, podem igualmente aumentar rapidamente a sua capacidade se os grandes operadores tentarem criar uma posição dominante colectiva.
- 226 Em quarto lugar, há que salientar que um estudo, apresentado durante o procedimento administrativo, e não contestado pela Comissão, da presença de uma selecção de 59 pequenos operadores turísticos em vários destinos próximos, doze entre os mais solicitados, servidos pelos grandes operadores, mostra que todos estes destinos são servidos por, pelo menos, quatro pequenos operadores; que os destinos mais populares, como Corfu, Rodes, Maiorca ou a Espanha Continental, são servidos por um grande número deles (20 a 30 pequenos operadores); e que vários pequenos operadores (como a Cosmos, a Manos ou a Virgin Holidays) servem praticamente todos os destinos (v. o quadro 1 do anexo 8 da petição, relatório do professor D. Neven, nomeado como perito pela recorrente, intitulado «A concorrência no Reino Unido relativa ao mercado das férias organizadas no estrangeiro, uma análise económica», Julho de 1999). Este estudo mostra também que os pequenos operadores oferecem produtos similares (em termos de noites e de serviços) e preços comparáveis, ou mesmo melhores, que os propostos pelos grandes operadores turísticos.
- 227 Em quinto lugar, e contrariamente ao que sustenta a Comissão no considerando 83 da decisão, resulta desse estudo, que não é contestado pela Comissão, que os

pequenos operadores turísticos conseguem normalmente obter condições semelhantes às dos grandes operadores turísticos para o alojamento nos destinos próximos. Esse estudo aprecia 20 hotéis situados em destinos próximos e populares e compara os preços obtidos pela Airtours com os que foram obtidos pela Panorama e pela Direct, dois pequenos operadores turísticos independentes que, em seguida, foram adquiridos pela Airtours; mostra que esses preços são similares e que, em determinados casos, os operadores mais pequenos obtiveram melhores condições económicas do que a Airtours, ainda que esta última reservasse muito mais noites do que esses pequenos operadores turísticos.

- 228 Conclui-se que, no exemplo considerado, os pequenos operadores tentariam criar capacidades adicionais. Todavia, a análise da sua possibilidade de o fazer exige que se examine mais especificamente se dispõem de um acesso satisfatório aos mercados dos lugares de avião e das agências de viagens.

iii) Quanto ao acesso dos pequenos operadores turísticos aos lugares de avião

- 229 A decisão expõe que os pequenos operadores turísticos não dispõem de um acesso satisfatório aos lugares de avião e que a realização da operação prevista agravaria essa situação (decisão, considerando 78, 79 e 83, *in fine*). A sua pequena dimensão teria por efeito não poderem obter as mesmas economias de escala e de gama que os grandes operadores. Assim, não poderiam assegurar a uma companhia *charter* a ocupação total do avião (salvo, talvez, durante alguns dias na época alta), o que aumentaria o risco, para a companhia aérea, de ter de efectuar o voo com uma percentagem de lotação menos interessante. Por conseguinte, a companhia aérea facturaria provavelmente aos pequenos operadores turísticos um preço por lugar superior ao que pratica com os grandes, para integrar esse risco acrescido (decisão, considerando 78). Alguns pequenos operadores turísticos teriam observado sentir já dificuldades na obtenção de lugares nas datas pretendidas (sobretudo ao fim-de-semana) e nos grandes aeroportos turísticos (Gatwick e Manchester). Alguns operadores turísticos (e

companhias aéreas) teriam já declarado que deviam propor partidas desses dois aeroportos para poderem aceder às principais zonas de clientela e oferecer uma cobertura «nacional» credível, caso contrário as suas perspectivas de ultrapassarem o estádio de pequeno concorrente são reduzidas (decisão, considerando 79).

230 No considerando 80 da decisão, a Comissão acrescenta o seguinte:

«[O]s grandes operadores possuem já uma força de mercado considerável no que respeita à venda de lugares aos operadores independentes. Por exemplo, um operador turístico referiu que a Monarch — o único fornecedor importante do sector independente que se manteria após a concentração — já manifesta tendência para satisfazer em primeiro lugar as necessidades dos grandes operadores (que, em conjunto, representam cerca de metade das suas vendas a terceiros) e só depois as dos independentes, tendo inclusivamente recusado debater o programa dos próximos anos com o operador em causa enquanto não obtivesse resposta relativamente aos grandes pedidos.»

231 O Tribunal observa, em primeiro lugar, que resulta do quadro 2 da decisão (considerando 159), que expõe as quotas de mercado dos principais fornecedores de lugares de avião a terceiros (dados que contêm todas as vendas a terceiros, incluindo as vendas aos e entre grandes operadores turísticos, bem como as vendas aos pequenos operadores), que, uma vez realizada a concentração, a Airtours/First Choice ficaria em situação de controlar menos de um quarto da oferta de lugares de avião a terceiros e que os três grandes operadores turísticos, em conjunto, ofereceriam menos de metade, sendo especificado que a Thomson está muito pouco representada neste mercado. Daí resulta que o essencial das necessidades dos terceiros em lugares de avião seria sempre satisfeito por operadores independentes dos grandes operadores turísticos. Esta situação dá certas garantias aos pequenos operadores turísticos, uma vez que apenas dois dos três grandes operadores estão significativamente presentes nesse mercado e que os terceiros independentes representam uma fonte de procura importante de lugares de avião.

232 Nenhum elemento permite concluir que esta situação seria substancialmente alterada pelos efeitos da concentração, contrariamente ao que alega a Comissão, que teme que uma provável racionalização ainda maior dos lugares de avião pela entidade resultante da fusão, composta pela recorrente e pela First Choice, aumente os problemas dos pequenos, ao reduzir o número de lugares disponíveis. Como alega a recorrente, a fusão não teria consequências negativas relativamente à disponibilidade de lugares de avião para terceiros: se a Airtours e a First Choice contratassem mais lugares de avião dentro do grupo resultante da concentração (o que afastaria operadores terceiros que voam actualmente na Airtours International e na Air 2000), haveria uma libertação correspondente de lugares nas linhas aéreas terceiras anteriormente reservadas pela Airtours e pela First Choice. Aliás, este raciocínio tinha já sido seguido pela própria Comissão na sua decisão *Westdeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook* de 8 de Março de 1999 (processo IV/M.1341) (JO C 102, p. 9, n.º 36), em que afirmou que, «Uma vez que a entidade combinada Thomas Cook poderia reorientar a sua estratégia para utilizar a capacidade de linhas *charter* no interior do grupo (por exemplo, a disponível na Caledonian) em vez de comprar capacidade a terceiros, isso libertaria essa capacidade em terceiros e torná-la-ia disponível para clientes que tinham até então comprado à Flying Colours ou à Caledonian». Ora, a Comissão não apresentou argumentos convincentes para demonstrar que a lógica subjacente a este raciocínio já não seria válida no caso em apreço.

233 Do mesmo modo, quanto às considerações expostas no considerando 80 da decisão, basta observar que a recorrente alegou, sem contestação da Comissão, durante o processo no Tribunal, que a Monarch depôs no sentido de que não favorece os grandes operadores turísticos em detrimento dos mais pequenos e que reconheceu, de facto, que a fusão Thomas Cook/Carlson aumentou a sua dependência de operadores terceiros que não têm as suas próprias linhas *charter*, como o faria a fusão Airtours/First Choice.

234 Em segundo lugar, o Tribunal observa que, como alegou a recorrente, o depoimento de um dos principais corretores em lugares de avião, a Hunt & Palmer, cuja actividade consiste em fazer corresponder a oferta à procura, vendendo aos operadores a capacidade «restante» que os transportadores aéreos pretendem comercializar (anexo 39 da petição), mostra que os pequenos

operadores turísticos podem obter lugares de avião para uma época (ou para um período mais curto), com partida no fim-de-semana, em quatro origens: os transportadores aéreos estrangeiros, as companhias aéreas regulares, os transportadores a preço reduzido e as companhias *charter* independentes sediadas no Reino Unido. Há que precisar que existem pelo menos quinze corretores independentes no Reino Unido e que a Comissão não contestou esse depoimento.

235 Os argumentos apresentados pela Comissão para afastar a viabilidade dessas fontes de fornecimento não são convincentes.

236 A primeira fonte de fornecimento é a dos transportadores aéreos estrangeiros sediados no aeroporto de destino (como a Spanair, a Air Europa ou a Futura).

237 A Comissão considera que esses transportadores não oferecem uma solução viável porque têm dificuldades em obter faixas horárias suficientes a horas adequadas nos principais aeroportos britânicos, nomeadamente em Gatwick. Além disso, como a sua frota não está baseada nos aeroportos britânicos, os seus aviões deveriam efectuar o voo de ida para o Reino Unido de manhã e o voo de regresso à noite, o que implicaria, para os clientes, voos de ida tardios, à noite, e voos de regresso, de manhã muito cedo. Ora, esses horários reduziriam consideravelmente a duração efectiva das férias, o que não seria apreciado pelos consumidores. No entanto, este argumento é contestado pelo depoimento da Hunt & Palmer segundo o qual podem ser efectuadas rotações a partir de Gatwick.

238 De qualquer forma, o que é aqui importante é determinar se, num contexto de subcapacidade da oferta de férias organizadas, os pequenos operadores turísticos poderiam obter lugares de avião adicionais em condições razoáveis e não a questão de saber se podem dispor dos melhores aeroportos de partida e dos melhores horários. A este respeito, importa recordar que a Comissão não

considerou útil proceder a subdivisões mais limitadas dos mercados britânicos das férias organizadas em destinos próximos e do fornecimento aos operadores turísticos de lugares em voos *charter*, segundo o critério, por exemplo, das regiões ou dos aeroportos de partida. Pelo contrário, deve observar-se que a Comissão considerou na decisão (considerando 45) que existe uma uniformidade relativa dos preços e dos custos, que permite pensar que existe um grau de sobreposição suficiente entre os mercados regionais ou locais possíveis, para que sejam considerados, para efeitos do presente processo, um mercado nacional único do ponto de vista da procura (numa base de «cadeia de substituição»). A Comissão chegou a essa conclusão (considerando 45) depois de ter recordado o facto de os consumidores preferirem partir de um aeroporto mais próximo do local onde vivem, depois de ter sublinhado que, devido às taxas de aeroporto e a outros factores conexos, os preços a partir de alguns pequenos aeroportos regionais são muitas vezes superiores aos preços a partir dos principais aeroportos de férias (Londres Gatwick e Manchester) e depois de ter considerado, todavia, que o suplemento aplicado (ou a redução proposta) é normalmente pouco significativo em relação ao custo total das férias, nomeadamente se se tiver em conta o custo suplementar da viagem por estrada até um aeroporto menos dispendioso, mas mais afastado. O mesmo se passa relativamente à oferta, na medida em que a Comissão entende (decisão, considerando 45) que os operadores turísticos comercializam os seus produtos à escala nacional, sem grandes diferenças, do ponto de vista do preço nem de outros pontos de vista, para os consumidores que residem nas várias regiões. Além disso, os operadores turísticos e os transportadores aéreos podem, em geral, transferir facilmente os aviões e os voos entre os vários aeroportos, com excepção de Gatwick, onde a disponibilidade é limitada (decisão, considerando 46).

- 239 Quanto ao argumento da Comissão segundo o qual os aviões utilizados pelos transportadores aéreos estrangeiros devem em geral efectuar o voo de ida para o Reino Unido durante a manhã e o voo de regresso à noite, o que constituiria um inconveniente para o consumidor, há que declarar que este argumento não procede, uma vez que a duração média do voo para um destino europeu é de cerca de duas horas. Os transportadores estabelecidos nos aeroportos de destino podem, assim, efectuar várias rotações no mesmo dia e efectuar, por exemplo, de manhã, um primeiro voo Espanha-Reino Unido e um segundo voo Reino Unido-Espanha e, à noite, um primeiro voo Espanha-Reino Unido e um segundo voo Reino Unido-Espanha.

- 240 Por último, deve observar-se que a recorrente alegou no procedimento administrativo, sem contestação da Comissão, que os transportadores baseados nos aeroportos de destino forneceram mais de um milhão de lugares em 1998 (último ano para o qual havia dados disponíveis à época da decisão) a viajantes que compraram férias organizadas e a viajantes que apenas compraram voos «simples» e que o número de lugares fornecidos pelos transportadores sediados no destino aumentou rapidamente nos últimos anos.
- 241 Daqui resulta que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, esses transportadores poderiam desempenhar um papel importante se os pequenos operadores turísticos tentassem aumentar o número de férias organizadas se a ocasião fosse propícia.
- 242 A segunda fonte de fornecimento é a das companhias aéreas regulares (como a Debonair, a Flightline ou a CityFlyer), cuja taxa de ocupação é reduzida durante o fim-de-semana sem viajantes de negócios.
- 243 A Comissão considera que os lugares fornecidos pelas companhias regulares são um factor marginal no Reino Unido, onde a British Airways apenas dedica uma pequena parte das suas capacidades a esse tipo de voos. As razões são os preços superiores, o facto de as companhias regulares não explorarem voos directos para destinos de férias, a falta de lugares disponíveis e a rigidez dos horários.
- 244 Todavia, estes elementos não são susceptíveis de constituir obstáculos significativos para os pequenos operadores turísticos que pretendem aumentar a sua capacidade. No respeitante às diferenças de preços, há que salientar que a parte representada pelas despesas de transporte aéreo nas férias organizadas é marginal. Por exemplo, o preço em Agosto de um voo Liverpool-Málaga na EasyJet era de 108 GBP e o de um voo Stansted-Málaga na Go era de 140 GBP,

quando o preço de férias organizadas de catorze dias em Agosto em Marbelha, em Espanha, era de 1 598 GBP na Virgin Holidays, 1 698 GBP na Bath Travel e 1 738 GBP na Airtours (petição, anexo 8, quadro 2, e anexo 40). Assim, a parte do transporte representa, de qualquer modo, menos de 10% do preço das férias organizadas. A este respeito, a recorrente apresentou um quadro (quadro 5 do relatório de peritagem económica, anexo 8 da petição), durante o procedimento administrativo, que compara os preços de um voo regular e os de um voo *charter* para diferentes destinos em datas diferentes. Esse quadro foi preparado a partir de dados obtidos na Panorama, um pequeno operador turístico recentemente adquirido pela Airtours. É lícito pensar que podem ser obtidos dados similares junto de outros pequenos operadores turísticos. Resulta do relatório de peritagem económica que a diferença de preços oscila entre 20 GBP e 30 GBP, o que, de facto, tem apenas uma incidência muito reduzida no preço das férias organizadas e, portanto, na competitividade dos pequenos operadores turísticos que utilizam os voos regulares. A este propósito, é necessário salientar que a diferença de preços se explica essencialmente pela obrigação de pagar as taxas de aeroporto no caso de voos regulares.

- 245 No que diz respeito às condições susceptíveis de serem propostas pelas companhias regulares, nomeadamente em termos de datas e de faixas horárias, há que notar que dois dos cinco exemplos referidos pela recorrente, a partir de dados recolhidos na Panorama relativamente ao período anterior à sua aquisição, demonstram que é possível obter partidas ao sábado ou ao domingo. Do mesmo modo, a declaração da Hunt & Palmer evidencia que todo o interesse do trabalho do corretor em lugares de avião está precisamente na sua capacidade de encontrar voos que partam durante o fim-de-semana. Além disso, a própria decisão (nota 38) indica que a British Airways propõe a capacidade total de determinados voos *charter* a partir de aeroportos regionais britânicos aos fins-de-semana, utilizando aviões de que não necessita nesse momento para os seus voos regulares. Em seguida, no que diz respeito aos aeroportos de partida, remete-se para o que foi decidido anteriormente a respeito dos transportadores aéreos estrangeiros. Por último, no respeitante à questão de saber se o facto de comprar apenas uma parte dos lugares de avião e não a totalidade constitui um inconveniente significativo, diga-se que os exemplos de preços praticados pelos corretores comunicados pela recorrente demonstram que a diferença de preços é mínima (menos de 10%) e que o preço de um lugar adquirido no âmbito da compra de apenas uma parte dos lugares de um avião pode ser mais barato do que o preço de um lugar adquirido no âmbito da compra da totalidade dos lugares de um avião (v. relatório do professor D. Neven, anexo 8 da petição).

- 246 Quanto ao número limitado de destinos servidos pelas companhias aéreas, recorde-se que, além dos principais destinos turísticos situados em Espanha, as companhias regulares citadas pela recorrente servem também o Sul de França e a Itália. De qualquer forma, os transportadores aéreos estrangeiros parecem ter condições de compensar, se necessário, a não ligação dos outros destinos pelas companhias regulares.
- 247 Decorre das considerações precedentes que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, as companhias aéreas podem ser utilizadas pelos pequenos operadores turísticos para aumentarem eficazmente a sua capacidade de modo a obviar às eventuais restrições impostas pelos principais operadores.
- 248 A terceira fonte de fornecimento é a dos transportadores a custo reduzido (como a Ryanair ou a Go), cujas capacidades aumentaram muito nos últimos anos e que também propõem serviços «por medida». Ora, a recorrente apresentou um mapa com os principais destinos servidos pelos transportadores a custo reduzido (petição, anexo 40), do qual resulta que os principais destinos da costa mediterrânica espanhola são servidos pelo menos por uma companhia, frequentemente por duas e mesmo por três: Barcelona (a partir do aeroporto de Luton, pela Debonair, a partir do aeroporto de Liverpool, pela EasyJet, a partir do aeroporto de Gatwick, pela AB Airlines); Palma (a partir do aeroporto de Luton, pela EasyJet, a partir do aeroporto de Stansted, pela Go); Ibiza (a partir do aeroporto de Stansted, pela Go); Alicante (a partir do aeroporto de Stansted, pela Go); e Málaga (a partir do aeroporto de Liverpool, pela EasyJet, a partir do aeroporto de Stansted, pela Go).
- 249 A quarta fonte de fornecimento é a das companhias *charter* independentes sediadas no Reino Unido (como a Monarch, mas também a European Air *charter*, a British World ou a Titan), que utilizam igualmente pequenos aviões com reduzido custo de exploração. Ora, dado que estas representam mais de 50% da oferta disponível no mercado de fornecimento de lugares a terceiros em voos

charter (v. quadro 2 da decisão, considerando 159), há que concluir que, contrariamente ao que alega a Comissão, essas companhias dispõem de capacidade suficiente para constituir uma fonte de fornecimento credível para os pequenos operadores turísticos.

- 250 Por último, a Comissão não tomou em consideração o facto de que, para os operadores turísticos integrados, é essencial preencher ao máximo os seus aviões se pretendem assegurar a viabilidade da sua actividade. Sendo as suas frotas uma parte muito importante dos seus custos fixos, as companhias aéreas dos grandes operadores turísticos serão tentadas a propor aos pequenos operadores turísticos os lugares que ficarão vagos na hipótese, considerada pela Comissão, de uma redução sensível da capacidade pelos grandes operadores turísticos.
- 251 Resulta das considerações precedentes que a Comissão considerou erradamente que os pequenos operadores não teriam acesso aos lugares de avião em condições satisfatórias para tentarem aumentar a sua capacidade, para aproveitarem as oportunidades criadas pela escassez de produtos que ocorreria no contexto anticoncorrencial por ela previsto em caso de autorização da concentração.

iv) Quanto ao acesso dos pequenos operadores turísticos à distribuição

- 252 A Comissão menciona, nos considerandos 81 e 82 da decisão, certas dificuldades com que se debateriam os pequenos operadores turísticos, como as condições discriminatórias que sofrem nas agências dos grandes operadores integrados no que diz respeito à percentagem de comissão, às vendas preferenciais dos produtos destes últimos, à apresentação dos catálogos e às promoções, o que os impediria de exercer uma efectiva concorrência em relação aos grandes operadores turísticos.

- 253 A recorrente critica a tese da Comissão segundo a qual a integração vertical dos principais operadores turísticos reduziu o acesso à distribuição, porque, em sua opinião, a integração vertical apenas produz um efeito eliminatório inaceitável se existir um poder horizontal no mercado a nível da distribuição, o que não seria aqui o caso.
- 254 A Comissão alega que os grandes operadores controlam todas as grandes cadeias nacionais de agências de viagens e a maior parte dos pontos de venda. Nessas agências, os outros operadores estariam sujeitos à venda preferencial, ou seja, ao tratamento de favor concedido aos produtos da sociedade-mãe, o que constituiria um sério obstáculo ao acesso ao mercado e ao crescimento dos pequenos operadores turísticos. No que diz respeito aos outros canais de distribuição, como a distribuição através de centros telefónicos e da Internet, a Comissão sustenta que não constituem ainda substitutos viáveis das agências de viagens, como provam os esforços dos principais operadores, entre os quais a First Choice, para criar ou adquirir cadeias de agências de viagens.
- 255 Há que recordar que não se trata aqui da questão da dimensão necessária para disputar os lugares principais aos grandes operadores, mas de determinar se, no contexto anticoncorrencial considerado pela Comissão, os pequenos operadores turísticos já existentes no mercado poderiam ter acesso, em condições satisfatórias, ao mercado da distribuição e vender aos consumidores maiores quantidades das suas férias organizadas. Ora, resulta de uma simples análise da decisão que, como a recorrente sustenta, é precisamente esse o caso.
- 256 Em primeiro lugar, há que notar que, como a Comissão assinalou no considerando 32 da decisão, a concentração não deveria dar origem à criação ou ao reforço de uma posição dominante em todo o sector dos serviços das agências de viagens, independentemente da inclusão das vendas directas de férias organizadas pelos operadores turísticos ou das vendas à distância (isto é, por telefone), sendo a quota conjunta das partes no mercado dos serviços das

agências de viagens, em termos de números de pontos de venda, pouco significativa (cerca de 15%).

- 257 Em seguida, resulta da decisão (considerando 81) que cerca de 40% de todas as férias organizadas ao estrangeiro vendidas através de agências de viagens são vendidas através de agências independentes. Em segundo lugar, a própria Comissão reconhece (considerando 31) que existem outros métodos de distribuição, que estão em grande desenvolvimento, como a venda directa pelo telefone ou pela Internet, que representam já cerca de 20% das vendas totais das viagens organizadas, o que aumenta as oportunidades dos pequenos operadores turísticos de distribuírem eficazmente os seus produtos no contexto de uma situação de oferta limitada. A este respeito, é significativo que a Direct Holidays (um operador independente adquirido pela Airtours), que vende todas as suas férias através dos meios directos, tenha tido um crescimento significativo durante o período de 1995-1996 (período em que os grandes operadores turísticos tiveram dificuldades financeiras) (petição, ponto 9.18). Há que acrescentar, a este respeito, que a recorrente sublinhou (petição, ponto 9.19), sem contestação da Comissão, que, durante o procedimento administrativo, esta última ouviu os seguintes depoimentos de terceiros relativamente às vendas directas como acesso viável ao mercado (citados no ponto 3.57 da resposta à comunicação de acusações, anexo 7 da petição):

- a Thomas Cook referiu o seguinte: «[A] tendência actual afasta-se dos modos tradicionais de reservar pessoalmente as férias através de um agente de viagens. O British National Travel Survey Report mostra que as reservas indirectas aumentaram a partir do final dos anos 80, passando de 29% das reservas totais em 1992 [...] para 34% em 1998»;
- a Thomson expressou a opinião de que «o número de consumidores que reservam férias por métodos de compra directos não tradicionais aumenta, assim como a proporção de consumidores que consideram as compras directas uma alternativa à reserva através de um agente de viagens tradicional instalado numa rua comercial»;

— a Virgin Holidays declarou: «Enquanto operador turístico, não temos cadeia de distribuição. A partir das nossas próprias vendas, verificámos um aumento importante do número de férias compradas via 'call centres'. Também verificámos um aumento do número de viagens que são compradas por agências teletexto».

258 No que diz respeito às dificuldades com que se defrontam os pequenos operadores turísticos (invocadas nos considerandos 81 e 82 da decisão), mesmo admitindo provadas a realidade e a legalidade das práticas em questão, elas não limitam sensivelmente a possibilidade de os pequenos operadores turísticos aproveitarem as oportunidades oferecidas pela situação de subcapacidade considerada pela Comissão se a concentração se fizesse. Nessa situação, é possível considerar que, tendo em conta as expectativas dos consumidores e a necessidade de maximizar os lucros, as agências de viagens não poderiam deixar de propor, em condições razoáveis, os produtos dos pequenos operadores turísticos, mesmo que as agências dos operadores turísticos verticalmente integradas proponham, em primeiro lugar, os produtos do grupo em vez dos produtos da concorrência.

259 De qualquer forma, uma vez que cerca de 40% do total das férias organizadas não é vendido nas agências controladas pelos grandes operadores turísticos, os pequenos operadores deveriam ter acesso à distribuição em condições satisfatórias para vender a capacidade que acrescentariam no caso de os principais operadores decidirem limitar a capacidade a um nível infraconcorrencial.

260 Daqui decorre que a Comissão considerou erradamente que os pequenos operadores turísticos não teriam acesso à distribuição dos seus produtos aos

consumidores em condições satisfatórias para aumentar sensivelmente a sua capacidade para aproveitarem as oportunidades criadas pela escassez de produtos que ocorreria, na opinião da Comissão, no caso de autorização da concentração.

- 261 Resulta de todas as considerações precedentes que a Comissão subestimou as possibilidades de os pequenos operadores turísticos aumentarem a sua capacidade para aproveitarem as oportunidades proporcionadas por uma situação de subcapacidade global provocada pelos grandes operadores e, portanto, de contrariarem a criação de uma posição dominante colectiva na sequência da concentração notificada.

b) Quanto à possível reacção dos concorrentes potenciais: os outros operadores turísticos

- 262 Cabe também examinar se, no caso de uma limitação a um nível anticoncorrencial da capacidade colocada no mercado pelos grandes operadores turísticos, os operadores presentes nos outros países da Comunidade ou no mercado britânico das férias organizadas no estrangeiro em destinos longínquos não poderiam entrar no mercado britânico das férias organizadas no estrangeiro em destinos próximos.

- 263 Devem-se recordar os termos utilizados pela MMC no seu relatório de 1997:

«[O]s operadores vão e vêm. Não há barreiras significativas à entrada do mercado dos operadores turísticos ou do mercado das agências de viagens» [ponto 1.6] e «[...] se os preços de um tipo de férias ou das férias a partir de um aeroporto específico ou em datas específicas do ano se tornassem excessivos, os operadores turísticos actuariam em cada um desses domínios e proporiam preços inferiores» (ponto 4.15).

264 Ora, deve notar-se que, no considerando 114 da decisão, a Comissão admite, por um lado, que uma posição dominante colectiva só pode ser mantida no tempo se os obstáculos ao acesso ao mercado de organização de viagens, da exploração das companhias aéreas de voos *charter* e das agências de viagens não forem significativos e, por outro, que o relatório de 1997 da MMC corrobora, em termos globais, o ponto de vista da recorrente sobre a inexistência de obstáculos ao acesso ao mercado relevante.

265 Todavia, no considerando 115 da decisão, a Comissão indica que, desde a elaboração do relatório de 1997 da MMC, o sector foi objecto de um profundo processo de consolidação e considera que, futuramente, os obstáculos ao acesso ao mercado serão mais importantes (terão um «efeito mais forte») e seriam ainda reforçados se a operação prevista se realizasse. A Comissão sustenta em seguida:

«Para que desapareça a ameaça de uma posição dominante, é evidente que não basta simplesmente que a entrada no mercado seja possível. Essa entrada deve também ser viável, o que pressupõe, num mercado como este em que a dimensão constitui um factor importante, que a empresa deve ter ou adquira rapidamente uma dimensão suficiente para poder exercer uma concorrência efectiva aos fornecedores dominantes. A Comissão considera que esta evolução é improvável no caso em apreço.»

266 No entanto, há que recordar que, do mesmo modo que para os concorrentes actuais, o que importa aqui não é saber se os concorrentes potenciais têm a possibilidade de adquirir uma dimensão suficiente para concorrer em pé de igualdade com os grandes operadores turísticos, mas simplesmente saber se esses concorrentes têm a possibilidade de aproveitar as oportunidades proporcionadas pela restrição da capacidade colocada no mercado relevante pelos grandes operadores turísticos a um nível infraconcorrencial. Neste contexto, a Comissão não pode alegar que, devido ao simples facto de terem dificuldades em desenvolver-se para além de uma determinada dimensão, os operadores turísticos que propõem outros produtos (como as férias organizadas no estrangeiro em destinos longínquos) ou que intervêm noutros países (como a Alemanha ou os Países Baixos) não podem entrar eficaz e rapidamente no mercado britânico das

férias organizadas no estrangeiro em destinos próximos no caso de os grandes operadores decidirem limitar significativamente a concorrência. A este respeito, há que notar que outros grandes operadores turísticos presentes na Europa, como a Neckermann e a TUI, são mencionados pela recorrente como potenciais concorrentes que podem entrar rapidamente no Reino Unido em caso de restrição da capacidade ou de aumento dos preços.

267 Por outro lado, deve notar-se que a decisão não examina qual é a situação da concorrência a nível do alojamento de férias, quando o fornecimento da capacidade de alojamento é muito importante para compreender a dinâmica do mercado relevante, nomeadamente no respeitante, por um lado, à possibilidade de os membros do pretenso oligopólio dominante agirem independentemente dos hoteleiros dos destinos próximos e, por outro, e, consequentemente, à possibilidade de os concorrentes actuais e potenciais reagirem a uma eventual diminuição da capacidade proposta pelos grandes operadores turísticos. Ora, é pouco provável que as camas de hotel libertas após as limitações de capacidade decididas pelos grandes operadores turísticos não sejam imediatamente reservadas por outros operadores turísticos, de que numerosos documentos e depoimentos comunicados no âmbito do procedimento administrativo demonstram a vontade de obterem tais capacidades de alojamento (v., por exemplo, a carta da Virgin Sun referida no n.º 224, *supra*).

268 Assim, cada grande operador turístico deve ter em consideração os riscos inerentes à reacção dos hoteleiros a uma diminuição sensível das reservas de camas que não corresponda realmente a uma diminuição da procura, mas a uma decisão de restrição com fins anticoncorrenciais. A disponibilidade, para cada grande operador turístico, de camas em condições e em quantidades suficientes para as épocas seguintes poderia ser comprometida.

269 Resulta das considerações precedentes que, embora a Comissão tenha examinado os obstáculos ao desenvolvimento para além de uma certa dimensão no mercado, não teve em consideração, como devia, o facto de a ausência de obstáculos ao acesso ao mercado dever permitir aos potenciais concorrentes aceder ao mercado

relevante para proporem os seus produtos e, deste modo, intervir eficaz e rapidamente no caso de ocorrer uma situação de subcapacidade na sequência de um alinhamento das políticas dos grandes operadores turísticos em matéria de capacidade.

c) Quanto à reacção possível dos consumidores

270 A prova de que o oligopólio resultante da concentração teria a possibilidade de agir independentemente dos consumidores exige que se responda à questão de saber qual seria a reacção dos consumidores britânicos e que se determine se não estariam prontos a procurar outras alternativas se os preços das férias organizadas em destinos próximos aumentassem significativamente ou se ocorresse uma penúria de férias organizadas em tais destinos.

271 No considerando 124 da decisão, a Comissão expõe que os consumidores não têm qualquer capacidade de pressão e que, devido a esse facto associado com outros elementos do mercado, têm dificuldades em comparar produtos concorrentes a partir da informação limitada disponível nos catálogos dos operadores turísticos, facto que limita a possibilidade de o consumidor corrigir qualquer aspecto anticoncorrencial da oferta.

272 Segundo a recorrente, vários estudos de mercado mostram que a maioria das pessoas que fazem férias se dirigem a mais de uma agência de viagens antes de fazerem a sua escolha de férias e que, para 85%, o preço é o factor mais importante no momento da decisão de compra. Os consumidores individuais seriam assim capazes de «virar costas» e de procurar férias mais baratas, incitando assim o operador turístico a fixar os seus preços de modo concorrencial.

- 273 Segundo a Comissão, é falso alegar que, num mercado de bens de consumo como o das viagens organizadas, os consumidores têm uma capacidade de pressão compensatória e significativa.
- 274 Todavia, há que sublinhar que o facto de os consumidores não terem uma capacidade de pressão significativa devido à sua dispersão não deve ser confundido com a questão de saber se podem reagir à subida dos preços que seria ocasionada pela limitação da capacidade colocada no mercado pelos grandes operadores turísticos a um nível anticoncorrencial. Ora, como a recorrente alega, é um facto que os consumidores comparam antes de comprar férias. Aliás, a própria Comissão admite, no considerando 98 da decisão, que «os consumidores são sensíveis a diferenças relativamente pequenas nos preços de viagens semelhantes».
- 275 Neste contexto, a Comissão subestimou o papel que podem ter os consumidores britânicos, que podem procurar obter melhores preços nos pequenos operadores turísticos.
- 276 Além disso, há que notar que, no âmbito do primeiro fundamento, foi observado que, embora a Comissão tenha optado por uma definição limitada do mercado dos produtos relevante dentro dos limites do seu poder de apreciação, nem por isso pôs em dúvida o facto de que as férias organizadas no estrangeiro em destinos longínquos são cada vez mais apreciadas pelos consumidores, nem que os estudos de mercado invocados pela recorrente na resposta à comunicação de acusações (anexo 7 da petição: relatório British National Travel Survey e Mintel *Holidays: the booking procedure*, 1997) sublinham a tendência dos Britânicos para alargar o âmbito geográfico dos seus destinos de férias, nomeadamente para o outro lado do Atlântico. Esta circunstância reforça a tese da recorrente segundo a qual é possível que a procura se oriente em parte para outros tipos de férias se os preços se aproximarem suficientemente, porque os estudos em questão demonstram claramente uma tendência evolutiva dos gostos dos consumidores, que não parecem de modo algum limitados pela ideia de terem como único destino a costa mediterrânica.

d) Conclusão

- 277 Tendo em conta as observações precedentes, há que concluir que a Comissão não avaliou correctamente a reacção previsível dos pequenos operadores turísticos, dos concorrentes potenciais, dos consumidores e dos hoteleiros e que subestimou as referidas reacções como contrapeso susceptível de contrariar a criação de uma posição dominante colectiva.

5. Quanto à apreciação da incidência da operação na concorrência

- 278 A Comissão faz as suas apreciações relativas à incidência da operação notificada, nos considerandos 139 a 147 da decisão.

- 279 Em primeiro lugar (considerando 139), alega que o resultado da operação seria uma concentração reforçada na medida em que a quota de mercado conjunta dos três principais operadores turísticos aumentaria substancialmente: 83%, segundo os cálculos da Comissão (85%, segundo a Nielsen), contra cerca de 70% actualmente (para a Airtours, a Thomson e a Thomas Cook). Além disso, o quarto (Cosmos) teria menos de 5%, quando o operador que ocupa actualmente esse lugar (First Choice) tem 11%. Todavia, resulta dos considerandos 139 a 147 da decisão que a Comissão não considerou suficiente para provar a existência de uma posição dominante colectiva o facto de a soma das quotas de mercado atingir uma percentagem elevada (superior a 80%).

- 280 Assim, em segundo lugar, a Comissão alega (decisão, considerandos 140 e 141) que a concentração levaria ao desaparecimento da First Choice enquanto fornecedor/distribuidor dos operadores secundários, o que marginalizaria ainda mais os pequenos operadores turísticos independentes e não integrados. Todavia, há que referir que, tratando-se de examinar a probabilidade da criação de uma

posição dominante, a avaliação do impacto previsível da operação nos outros concorrentes no mercado equivale a determinar se estes últimos estariam ou não em situação de contrariar a estabilidade do pretense oligopólio dominante. Ora, foi decidido que a Comissão não provou que eles não o poderiam fazer.

281 Em terceiro lugar, a Comissão sustenta (decisão, considerando 142 a 147) que a operação aumentaria a transparência e o grau de interdependência entre os grandes operadores turísticos. No considerando 143 da decisão, considera que o facto de a concentração reduzir para metade o número de relações concorrenciais possíveis entre os grandes operadores turísticos, fazendo-os passar de seis para três, reforçaria sensivelmente a interdependência dos membros do oligopólio, o que os incitaria ainda mais a limitar as capacidades, porque seria muito mais claro para eles que fazer concorrência para conquistar quotas de mercado se traduziria para cada um deles numa redução dos lucros. A marginalização acrescida dos operadores turísticos secundários reforçaria a possibilidade desse cenário. No considerando 144, salienta que essa diminuição do número de relações bilaterais de concorrência e de cooperação aumentaria também a transparência no mercado, porque se tornaria efectivamente muito mais fácil para um dos grandes operadores detectar qualquer tentativa de destabilização do mercado destinada, por exemplo, a conquistar quotas de mercado. Devido a esse aumento da transparência, seria maior o risco de acções comerciais ofensivas terem por consequência criar uma oferta excedentária no mercado, o que diminuiria os lucros e seria, portanto, contraproducente.

282 Por conseguinte, a Comissão chegou à conclusão (decisão, considerando 147) de que a estrutura de mercado decorrente da operação incitaria logicamente os oligopolistas a restringir a oferta.

283 No entanto, há que recordar, quanto ao nível de transparência do mercado previsível na sequência da operação, que foi decidido que a Comissão considerou erradamente que o grau de transparência existente neste mercado era suficiente para permitir a cada grande operador turístico conhecer o comportamento dos

outros, detectar os eventuais desvios em relação à linha de acção comum e interpretar as reacções de retaliação enquanto tais. Ora, a Comissão não provou que a passagem de quatro grandes operadores turísticos para três daria origem a uma situação diferente. Com efeito, embora seja um facto que um certo aumento de transparência no mercado ocorreria após a diminuição de seis para três do número das relações bilaterais de concorrência entre os grandes operadores turísticos, também é verdade que continuam inalteradas as dificuldades de cada um dos três restantes grandes operadores turísticos prever atempadamente as intenções respectivas de cada um dos dois outros e interpretar os seus comportamentos desviantes como tais.

284 No respeitante à apreciação segundo a qual a operação reforçaria sensivelmente a interdependência dos grandes operadores turísticos, há que referir que a Comissão foi incoerente ao alegar, simultaneamente, por um lado, que é necessário haver integração vertical nesse mercado para se poder ser realmente competitivo e, por outro, que o facto de cada operador turístico integrado vender lugares *charter* aos outros no mercado a montante e vender férias organizadas dos outros no mercado a jusante tem efeitos anticoncorrenciais porque reforça a sua interdependência. Ora, não existindo prova do contrário, deve presumir-se, na lógica do funcionamento deste mercado, que a integração vertical reforça a independência de cada grande operador turístico em relação ao outro e diminui, deste modo, a sua interdependência.

285 Da mesma forma, a Comissão não explicou por que razões o que ela considera laços comerciais (comprar lugares de avião aos outros e vender os seus próprios produtos também nas agências dos outros) se deve explicar apenas em termos de ligações económicas fortes entre os grandes operadores (decisão, considerando 142) e não pode ser explicado simplesmente porque é rentável manter essas ligações num contexto concorrencial, tendo em conta o facto de os grandes operadores turísticos constituírem grupos económicos muito implantados em vários mercados desse sector, em todos os quais têm interesse em ser rentáveis e obter o máximo de lucros.

286 Com efeito, a decisão não é explícita quanto às fortes ligações económicas entre os grandes operadores e ao modo como reforçam a interdependência dos operadores turísticos integrados. No considerando 57 da decisão, a Comissão afirma que «[o] alcance e [a] natureza da integração vertical dos principais fornecedores [e as] ligações comerciais e outras que existem entre si» figuram entre as características distintivas, no plano das condições da concorrência, do mercado de produtos relevante. Em seguida, no considerando 71, a decisão esclarece um pouco mais a natureza das ligações em questão; sublinha a existência de um certo número de ligações comerciais entre as sociedades integradas, devido em parte à sua integração vertical, a jusante, através da utilização das respectivas cadeias de agências de viagens, e, a montante, devido ao facto de as sociedades integradas partilharem em certa medida capacidades em matéria de lugares de avião, quer através de aquisições directas entre si quer de intercâmbios e acordos de reagrupamento que lhes permitem maximizar a utilização das suas respectivas frotas. Seguidamente, nos considerandos 102 a 113, a Comissão expõe uma série de considerações sob o título *Transparência, interdependência e ligações comerciais*. Estes considerandos são dedicados à exposição do grau de transparência que existe no mercado na opinião da Comissão, que, a este respeito, afirma que a integração vertical e as ligações comerciais que os principais fornecedores mantêm entre si os ajudam na obtenção das estimativas precisas e actualizadas da sua quota de mercado e das dos seus concorrentes. No entanto, estes considerandos não expõem as razões por que os operadores turísticos integrados são interdependentes e qual é a incidência das ligações comerciais que resultam da integração vertical e do modo de funcionamento do mercado a este respeito, independentemente do reforço da transparência.

287 Em seguida, no considerando 142, na avaliação do impacto da operação, a Comissão afirma que existe já actualmente um certo grau de dependência mútua entre os operadores turísticos, ligado aos efeitos, nas condições do mercado, da quantidade total das capacidades comercializadas durante uma época. Neste considerando, a Comissão acrescenta que «existem laços económicos fortes entre os grandes operadores». Todavia, o tipo de laços económicos referido nesta passagem não é explicado e a decisão não precisa o que são laços económicos fortes. De qualquer forma, não parece fazer referência nesta passagem às ligações

comerciais que resultam da integração vertical (ou seja, ao facto de se comprarem os lugares de avião dos outros e de se venderem as férias dos outros).

- 288 Resulta das considerações precedentes que a Comissão não examinou, na situação anterior à concentração, em que medida as ligações comerciais que resultam da integração vertical e do modo de funcionamento do mercado reforçam a interdependência dos operadores turísticos integrados, excepto para assinalar que aumentam o nível de transparência existente nesse mercado.
- 289 Ora, não existindo uma análise da Comissão que demonstre o contrário, há que presumir que, nas circunstâncias do mercado relevante antes da concentração, o facto de cada operador turístico integrado comprar lugares de avião e vender os seus produtos nas sociedades de um concorrente não constitui um indício de interdependência nem de independência. Esta circunstância parece decorrer simplesmente do funcionamento normal da economia, em que o negócio prevalece e em que os operadores turísticos integrados devem tentar aproveitar ao máximo as capacidades e as oportunidades de negócio, num sector que tem custos fixos muito elevados e margens de lucro reduzidas. Como observa a decisão, os operadores turísticos integrados estão presentes em três mercados e, portanto, em três negócios diferentes: os dos voos *charter* para destinos próximos, o da organização de férias em destinos próximos e o da venda de viagens nas agências de viagens. De facto, a First Choice pratica mesmo um quarto negócio, o de corretagem de lugares de avião (decisão, considerando 1). A lógica económica do grupo de empresas impõe que cada uma das empresas que constituem um operador turístico integrado tente ser o mais rentável possível.
- 290 A este respeito, há que salientar que, na sua avaliação do impacto da operação, a Comissão não parece ter considerado qual é a incidência da lógica económica do grupo, ou seja, maximizar os rendimentos, maximizando globalmente os lucros, ao nível de todo o grupo. A decisão reconhece, no entanto (considerando 59), que

as margens dos operadores turísticos são bastante baixas, da ordem dos 7% nos últimos anos, e que, ao invés, os operadores turísticos integrados verticalmente auferirão, normalmente, além disso, rendimentos das actividades das suas companhias aéreas e das suas agências de viagens, domínios em que, nomeadamente no respeitante às companhias aéreas, as margens podem ser mais elevadas. Admite também que, por esta razão, «as margens brutas sobre as operações globais dos operadores integrados são sem dúvida mais importantes do que as obtidas exclusivamente com as suas actividades de operadores turísticos».

291 Ora, como a lógica económica privilegia normalmente a obtenção das maiores sinergias possíveis, as taxas de rentabilidade dos diversos negócios do grupo (*charters*, viagens organizadas e agências de viagens) serão mais elevadas à medida que as vantagens de uma integração vertical forem plenamente optimizadas.

292 Por último, mesmo que as sinergias que a concentração deveria ocasionar não excedessem 1% dos gastos totais da entidade conjunta (decisão, considerando 146), não há nenhum indício de que a Airtours tenha decidido pagar o preço (normalmente mais caro numa OPA hostil) das acções da First Choice, esperando rentabilizar esse grande investimento graças aos lucros de uma situação de posição dominante colectiva duradoura.

293 À luz das considerações precedentes, e não existindo uma avaliação mais precisa do âmbito do reforço da transparência no mercado e da interdependência dos grandes operadores turísticos que a operação deveria ocasionar, há que concluir que a Comissão não provou que a operação teria por consequência modificar a estrutura do mercado relevante de tal modo que os principais operadores deixariam de agir como anteriormente e que seria criada uma situação de posição dominante colectiva.

D — *Conclusão geral*

- 294 Perante todas as considerações precedentes, deve concluir-se que a decisão, longe de ter baseado a sua análise prospectiva em provas sólidas, enferma de um conjunto de erros de apreciação sobre elementos importantes para a avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante colectiva. Conclui-se que a Comissão proibiu a operação sem ter provado suficientemente que a operação de concentração daria origem a uma posição dominante colectiva dos três grandes operadores turísticos dela resultantes, susceptível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efectiva no mercado relevante.
- 295 Nestas circunstâncias, o terceiro fundamento deve ser declarado procedente e, deste modo, deve ser anulada a decisão, sem que haja necessidade de examinar as outras críticas e fundamentos invocados pela recorrente.

Quanto às despesas

- 296 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida e tendo a recorrente pedido a sua condenação nas despesas, há que condenar a Comissão a suportar as suas próprias despesas bem como as despesas efectuadas pela recorrente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção Alargada)

decide:

- 1) A decisão C(1999) 3022 final da Comissão, de 22 de Setembro de 1999, que declara a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e o Acordo EEE (Processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice), é anulada.
- 2) A Comissão suportará as suas próprias despesas e as despesas efectuadas pela recorrente.

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Vilaras

Forwood

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 6 de Junho de 2002.

O secretário

O presidente

H. Jung

P. Lindh

Índice

Factos e tramitação processual	II - 2593
Tramitação processual e pedidos das partes	II - 2595
Quanto ao mérito	II - 2597
Quanto ao primeiro fundamento, baseado na definição errada do mercado de produtos relevante e na violação do artigo 253.º CE	II - 2597
A — Decisão	II - 2597
B — Quanto à definição do mercado de produtos relevante	II - 2600
Quanto ao segundo fundamento, baseado na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, na violação do princípio da segurança jurídica e na violação do artigo 253.º CE, porque a Comissão teria examinado o caso em apreço tendo por referência um conceito errado de posição dominante colectiva	II - 2609
Quanto ao terceiro fundamento, baseado, por um lado, na violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, por a Comissão ter concluído que a operação de concentração notificada criaria uma posição dominante colectiva, e, por outro, na violação do artigo 253.º CE	II - 2611
A — Considerações gerais	II - 2611
B — Decisão	II - 2615
C — Quanto aos alegados erros de apreciação cometidos pela Comissão	II - 2618
1. Observações preliminares	II - 2619
2. Quanto à conclusão de que a realização da operação de concentração incitaria os três últimos grandes operadores turísticos a deixarem de fazer concorrência entre si	II - 2620
a) Quanto à apreciação da concorrência existente entre os principais operadores turísticos	II - 2620
i) Quanto à alegada existência de uma tendência para a posição dominante colectiva antes da realização da operação prevista	II - 2622
— Quanto ao facto de os grandes operadores adoptarem uma abordagem prudente em matéria de planificação da capacidade e terem especialmente em conta as estimativas dos principais concorrentes	II - 2622

— Quanto à apreciação dos movimentos de integração horizontal e vertical que caracterizam o mercado a partir da publicação do relatório da Monopolies and Mergers Commission	II - 2625
ii) Quanto à apreciação da volatilidade das quotas históricas de mercado	II - 2631
iii) Conclusão relativa à apreciação da concorrência existente entre os principais operadores turísticos	II - 2634
b) Quanto à apreciação da evolução passada e previsível da procura, da sua volatilidade e do grau de transparência existente no mercado	II - 2634
i) Quanto às apreciações relativas ao reduzido crescimento da procura	II - 2635
ii) Quanto às apreciações relativas à volatilidade da procura	II - 2639
iii) Quanto à apreciação do grau de transparência existente no mercado relevante	II - 2643
iv) Conclusões relativas à apreciação da evolução passada e previsível da procura, da sua volatilidade e do grau de transparência existente no mercado	II - 2654
c) Conclusão	II - 2655
3. Quanto ao carácter insuficiente dos factores de dissuasão identificados pela Comissão para assegurar a coesão interna do pretense oligopólio dominante	II - 2655
4. Quanto à subestimação da reacção previsível dos pequenos operadores, dos concorrentes potenciais e dos consumidores, como contrapeso suficiente para impedir a estabilidade do pretense oligopólio dominante	II - 2663
a) Quanto à possível reacção dos concorrentes actuais: os pequenos operadores turísticos	II - 2664
i) Observações preliminares sobre a questão da dimensão dos pequenos operadores turísticos	II - 2664
ii) Quanto à possibilidade de os pequenos operadores turísticos criarem capacidades adicionais	II - 2666
iii) Quanto ao acesso dos pequenos operadores turísticos aos lugares de avião	II - 2670
iv) Quanto ao acesso dos pequenos operadores turísticos à distribuição	II - 2678
b) Quanto à possível reacção dos concorrentes potenciais: os outros operadores turísticos	II - 2682
c) Quanto à reacção possível dos consumidores	II - 2685
d) Conclusão	II - 2687
5. Quanto à apreciação da incidência da operação na concorrência	II - 2687
D — Conclusão geral	II - 2693
Quanto às despesas	II - 2693