

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

9 de Setembro de 2008 \*

No processo T-212/03,

**MyTravel Group plc**, com sede em Rochdale, Lancashire (Reino Unido), representada por D. Pannick, QC, M. Nicholson e S. Cardell, solicitors, A. Lewis, barrister, e R. Gillis, QC,

demandante,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada inicialmente por R. Lyal, A. Whelan e P. Hellström e, em seguida, por R. Lyal e F. Arbault, na qualidade de agentes,

demandada,

apoiada por

**República Federal da Alemanha**, representada por W.-D. Plessing e M. Lumma, na qualidade de agentes,

interveniente,

\* Língua do processo: inglês.

que tem por objecto uma acção de indemnização pelos danos alegadamente sofridos pela demandante devido a ilegalidades que viciaram o processo de fiscalização da compatibilidade com o mercado comum da operação de concentração entre a própria demandante e a First Choice plc,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção alargada),

composto por: J. Azizi, presidente, J. D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka e S. Frimodt Nielsen (relator), juízes,

secretário: C. Kantza, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 29 de Abril e 20 de Maio de 2008,

profere o presente

**Acórdão**

**Factos na origem do litígio**

- <sup>1</sup> Em 29 de Abril de 1999, a demandante, o operador turístico britânico Airtours plc, actualmente MyTravel Group plc, anunciou a sua intenção de adquirir a totalidade do capital da First Choice plc, um dos seus concorrentes no Reino Unido, no mercado da bolsa. Na mesma data, a Airtours notificou à Comissão esse projecto de concentração,

com vista a obter uma decisão de autorização nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (versão rectificada no JO 1990, L 257, p. 13), alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1).

- 2 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.
- 3 Em 9 de Julho de 1999, a Comissão enviou à demandante uma comunicação de objecções, nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 4064/89, na qual expôs os motivos pelos quais considerava, à primeira vista, que a operação pretendida criaria uma posição dominante colectiva no mercado britânico das férias organizadas para destinos próximos do Reino Unido. A demandante respondeu a esta comunicação de objecções em 25 de Julho de 1999.
- 4 Em 6 de Setembro de 1999, a Comissão solicitou a opinião de terceiros interessados sobre uma série de propostas de compromissos apresentadas pela demandante, que foram formalizadas por esta última em 7 de Setembro de 1999. Estes terceiros tinham um prazo para responder até 8 de Setembro de 1999, não tendo as suas respostas permitido eliminar as preocupações da Comissão.
- 5 Em 9 de Setembro de 1999, a maioria dos membros do comité consultivo em matéria de concentrações considerou que os compromissos apresentados pela demandante não eram susceptíveis de eliminar os problemas de concorrência identificados nessa fase pela Comissão.

- 6 Os compromissos acima referidos foram apresentados no prazo de três meses, a contar da abertura do procedimento de exame aprofundado, previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (JO L 61, p. 1), prazo destinado a permitir que as empresas em causa apresentassem à Comissão os compromissos que pretendiam que fossem tomados em consideração numa decisão tomada nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89. Esse prazo de três meses terminou em 7 de Setembro de 1999.
- 7 Em 14 de Setembro de 1999, a demandante apresentou à Comissão uma nova série de propostas de compromissos inspirada na anterior. Realizou-se uma reunião na Comissão, em 15 de Setembro de 1999, para discutir estas propostas, no final da qual a demandante apresentou à Comissão uma proposta firme de compromissos revistos.
- 8 Em 16 de Setembro de 1999, a demandante requereu a prorrogação do prazo de três meses previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, que pode, em circunstâncias excepcionais, ser concedida pela Comissão. No presente caso, a demandante invocou três circunstâncias excepcionais para que essa disposição fosse aplicada: as dificuldades relacionadas com a procura de uma solução adequada; o facto de ter mantido um diálogo construtivo durante o procedimento administrativo; a renovação em curso da Comissão.
- 9 Em 22 de Setembro de 1999, ou seja, quinze dias antes do termo do prazo legal de quatro meses contados a partir do início do procedimento de exame aprofundado, previsto no artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89 como prazo máximo para a adopção de uma decisão nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89 — que terminava em 5 de Outubro de 1999 —, a Comissão declarou aquela operação de concentração incompatível com o mercado comum e com o Acordo EEE, através da Decisão 2000/276/CE (processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (JO 2000, L 93, p. 1, a seguir «decisão Airtours»).

- 10 A Comissão indica no considerando 193 da decisão Airtours que esta empresa apresentou compromissos numa fase muito tardia do processo, em 15 de Setembro de 1999. Salienta igualmente na decisão que não havia nenhum elemento nesses compromissos que a demandante não pudesse ter incluído num compromisso apresentado no prazo de três meses previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, que a demandante não apresentou motivos que pudessem ser considerados «circunstâncias excepcionais» susceptíveis de reabrir esse prazo de três meses, na aceção da disposição acima referida, e que a própria Comissão já não dispunha de tempo suficiente para examinar esses compromissos de forma satisfatória.
- 11 A demandante interpôs recurso de anulação da decisão Airtours. Por acórdão de 6 de Junho de 2002, Airtours/Comissão (T-342/99, Colect., p. II-2585, a seguir «acórdão Airtours»), o Tribunal de Primeira Instância anulou aquela decisão, declarando procedente o terceiro fundamento, relativo à legalidade da apreciação efectuada pela Comissão dos efeitos da operação Airtours/First Choice na concorrência no mercado comum, mas não considerou necessário examinar o quarto fundamento, referente à legalidade da apreciação efectuada pela Comissão dos compromissos apresentados durante o procedimento administrativo.

### **Processo e pedidos das partes**

- 12 Por petição apresentada em 18 de Junho de 2003, a demandante intentou a presente acção.
- 13 Por decisão de 22 de Julho de 2003, o processo foi atribuído a uma secção alargada.
- 14 Por despacho de 13 de Novembro de 2003, foi admitida a intervenção da República Federal da Alemanha no litígio, em apoio dos pedidos da Comissão.

- 15 Por carta de 22 de Março de 2004, a Comissão requereu ao Tribunal que exigisse à demandante a garantia do eventual pagamento das despesas da Comissão, no montante de 1,5 milhões de euros. O Tribunal informou a Comissão de que não há fundamento legal para exigir essa garantia.
- 16 Por carta de 14 de Julho de 2004, a demandante requereu ao Tribunal que adoptasse medidas de organização do processo, para que lhe fossem apresentados o relatório do grupo de trabalho criado pela Comissão para apreciar as repercussões do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, e os documentos citados no referido relatório. Por carta de 9 de Dezembro de 2004, a Comissão comunicou as suas observações sobre este pedido, indicando que esses documentos podem ser objecto de um pedido apresentado nos termos do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43).
- 17 Após esse pedido de acesso aos documentos, a demandante requereu novamente ao Tribunal, por carta de 9 de Janeiro de 2006, que fossem adoptadas medidas de organização do processo no âmbito da presente acção, nomeadamente, para que fosse ordenada a divulgação, por parte da Comissão, do relatório do grupo de trabalho e dos respectivos documentos. Nessa carta, a demandante propôs igualmente que se limitasse a questão da avaliação dos danos, cuja indemnização era pedida, ao período de três anos que separa a decisão Airtours do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*. Por carta de 17 de Fevereiro de 2006, a Comissão apresentou as suas observações sobre esse segundo pedido.
- 18 Paralelamente, por decisões de 5 de Setembro e 12 de Outubro de 2005, a Comissão, nos termos do Regulamento n.º 1049/2001, recusou à demandante o acesso a determinados documentos preparatórios da decisão Airtours e a documentos redigidos pelos seus serviços após a anulação dessa decisão pelo acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*. A demandante interpôs recurso de anulação dessas decisões (processo T-403/05, MyTravel Group/Comissão).

- 19 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção alargada) decidiu abrir a fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo, as partes foram convidadas a responder a uma série de questões.
- 20 Por carta da República Federal da Alemanha de 25 de Fevereiro de 2008 e por cartas da demandante e da Comissão de 14 de Março de 2008, as partes apresentaram as suas respostas às questões do Tribunal.
- 21 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal, na audiência de 29 de Abril e 20 de Maio de 2008.
- 22 Na audiência de 29 de Abril de 2008, o Tribunal ordenou que a Comissão, nos termos do artigo 65.º, alínea b), e do artigo 67.º, n.º 3, terceiro parágrafo, do seu Regulamento de Processo, fornecesse todos os documentos que tinha na sua posse, relativos à apreciação dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999, redigidos entre essa data e a data em que a decisão Airtours foi adoptada, a saber, em 22 de Setembro de 1999.
- 23 A Comissão atendeu a este pedido, apresentando dois documentos na audiência de 29 de Abril de 2008 e diversos outros documentos após esta última audiência.
- 24 Dentro do prazo previsto para esse efeito pelo Tribunal, a demandante apresentou os seus comentários sobre os diferentes documentos fornecidos pela Comissão no seguimento do pedido do Tribunal.

- 25 A demandante pediu inicialmente ao Tribunal que se dignasse, designadamente, condenar a Comunidade a pagar-lhe o montante de 517 900 000 libras esterlinas (GBP), a título de indemnização pelos seguintes danos: a perda dos lucros da First Choice, a perda das economias imputáveis às sinergias e os custos relativos à oferta que não prosperou, depois de deduzidos os custos relativos ao sucesso da oferta.
- 26 Este pedido foi alterado na pendência do processo no Tribunal de Primeira Instância, devido, designadamente, aos elementos que foram apresentados na réplica em resposta à contestação, na carta dirigida em 9 de Janeiro de 2006 ao Tribunal (v. n.º 17, *supra*), e na audiência de 20 de Maio de 2008, na presença dos peritos designados pela demandante e pela Comissão.
- 27 Finalmente, a demandante conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- condenar a Comunidade a pagar-lhe o montante determinado pelo Tribunal no exercício do seu poder de apreciação dos elementos apresentados pelas partes, a título de indemnização pelos danos sofridos entre o período que separa a adopção da decisão Airtours (22 de Setembro de 1999) do momento em que podia, em princípio, ter adquirido a First Choice no seguimento do acórdão Airtours (avaliado à data de 31 de Outubro de 2002);
  - determinar que são exigíveis juros relativos à indemnização acima referida, a partir da data do acórdão que determina a obrigação de indemnizar o dano nesse processo, à taxa de 8% ao ano ou a qualquer outra taxa que o Tribunal venha a fixar no âmbito do exercício do seu poder de apreciação;

— condenar a Comissão nas despesas.

28 A Comissão, apoiada pela República Federal da Alemanha, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar a acção improcedente;

— condenar a demandante nas despesas.

## Questão de direito

*A — Considerações preliminares sobre os requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade*

29 A título preliminar, o Tribunal considera conveniente examinar os argumentos das partes relativos aos requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade, e, mais concretamente, ao requisito do comportamento ilegal das instituições comunitárias, que exige uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objecto conferir direitos aos particulares, e à existência de uma alegada simetria entre o recurso de anulação e a acção de responsabilidade extracontratual.

1. *Argumentação geral das partes*

30 As partes estão de acordo sobre a definição dos requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade, referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, Bergaderm e Goupil/Comissão (C-352/98 P, Colect., p. I-5291, a seguir «acórdão Bergaderm»), mas opõem-se quanto ao significado a dar ao requisito relativo à identificação de um «comportamento ilegal» quando exista um acórdão de anulação e quanto à importância a dar às insuficiências identificadas pelo Tribunal no acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, no âmbito do presente processo.

## a) Quanto ao conceito de violação suficientemente caracterizada

31 A demandante alega, a título principal, que a violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objecto conferir direitos aos particulares, que é exigida em matéria de responsabilidade extracontratual, é equiparada ao erro manifesto de apreciação definido num acórdão de anulação. Nestas condições, o Tribunal tomou devidamente em consideração o poder de apreciação da Comissão, quando decidiu anular a decisão Airtours devido a erros cometidos por esta instituição, sendo esta análise suficiente, por si só, para constatar a existência de um comportamento ilegal nos termos do artigo 288.º CE.

32 A Comissão, apoiada pela República Federal da Alemanha, rejeita esta argumentação baseada na simetria entre os recursos de anulação e as acções de responsabilidade extracontratual, por considerar que um acórdão de anulação não é suficiente para fazer prova da existência de uma violação suficientemente caracterizada na aceção do acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*.

b) Quanto ao conceito de norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares

33 Para alegar a existência de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares, na acepção do acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, a demandante invoca essencialmente o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, que define os critérios segundo os quais a Comissão deve declarar uma concentração compatível ou incompatível com o mercado comum. Esta disposição confere direitos aos particulares, na acepção do acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, uma vez que as decisões adoptadas com base nela, nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 4064/89, se referem à operação notificada. Não havendo uma decisão de compatibilidade por parte da Comissão, a empresa que notificou a operação em causa não a pode realizar e esse facto prejudica a sua liberdade de empreender. O Regulamento n.º 4064/89 deve ser lido no contexto do Tratado CE, que se baseia no liberalismo económico e pretende favorecer a integração do mercado comum. Por outro lado, a demandante sustenta que a Comissão deve agir em conformidade com o princípio da boa administração e com o dever de diligência, que conferem direitos aos particulares.

34 A Comissão sustenta que o artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 não constitui, em si mesmo, uma norma jurídica destinada a proteger os particulares, mas uma norma jurídica que enuncia os critérios com base nos quais uma operação de concentração deve ser declarada compatível ou incompatível com o mercado comum, no interesse dos consumidores. As normas que se destinam a garantir a protecção dos particulares são aquelas que, como o dever de diligência, regulam o comportamento da Comissão quando ela aplica normas semelhantes à do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89.

## 2. *Apreciação do Tribunal*

35 Como resulta de jurisprudência constante, a responsabilidade extracontratual da Comunidade, na acepção do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, decorrente de actuação ilícita dos seus órgãos está sujeita à verificação de um conjunto de condições, a

saber, a ilegalidade do comportamento imputado à instituição, a realidade do dano e a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento e o dano invocado (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1982, *Oleifici Mediterranei/CEE*, 26/81, Recueil, p. 3057, n.º 16, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2005, *Beamglow/Parlamento e o.*, T-383/00, Colect., p. II-5459, n.º 95).

- <sup>36</sup> Quando uma destas condições não estiver preenchida, os pedidos de indemnização devem ser julgados improcedentes, sem que seja necessário apreciar as outras duas condições (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Setembro de 1994, *KYDEP/Conselho e Comissão*, C-146/91, Colect., p. I-4199, n.º 81, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Fevereiro de 2002, *Förde-Reederei/Conselho e Comissão*, T-170/00, Colect., p. II-515, n.º 37).

a) Quanto ao conceito de violação suficientemente caracterizada

- <sup>37</sup> Quando, como no presente caso, for invocada a ilegalidade de um acto jurídico como fundamento de uma acção de indemnização, aquela ilegalidade, para poder implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade, deve constituir uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objecto conferir direitos aos particulares. O critério decisivo a este respeito é o da violação manifesta e grave, por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação [acórdãos do Tribunal de Justiça, *Bergaderm*, referido no n.º 30, *supra*, n.ºs 42 e 43, e de 19 de Abril de 2007, *Holcim (Deutschland)/Comissão*, C-282/05 P, Colect., p. I-2941, n.º 47].

- <sup>38</sup> O regime construído pelo Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade extracontratual da Comunidade tem designadamente em consideração a complexidade das situações a regular, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos e, de

uma forma mais especial, a margem de apreciação de que dispõe o autor do acto impugnado [acórdãos Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, n.º 40, e Holcim (Deutschland)/Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 50].

39 Nas situações em que a instituição em causa dispõe apenas de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário [acórdãos Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, n.º 44, e Holcim (Deutschland)/Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 47]. O mesmo acontece quando a instituição demandada efectua uma aplicação abusiva das normas substantivas ou processuais relevantes (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1967, Kampffmeyer e o./Comissão, 5/66, 7/66 e 13/66 a 24/66, Colect. 1965-1968, pp. 637, 643 e 644).

40 No seguimento de uma medida de organização do processo decidida pelo Tribunal, que solicitou às partes que analisassem o impacto do acórdão de 11 de Julho de 2007, Schneider Electric/Comissão (T-351/03, Colect., p. II-2237, actualmente objecto de recurso, processo C-440/07 P, Comissão/Schneider Electric), no presente processo, designadamente à luz dos princípios consagrados no acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, as partes reconheceram que resulta da jurisprudência que o conceito de violação suficientemente caracterizada não inclui os erros ou actuações culposas que, embora apresentem um certo grau de gravidade, não são alheios ao comportamento normal de uma instituição incumbida de velar pela aplicação das regras de concorrência, que são complexas, delicadas e estão sujeitas a uma ampla margem de interpretação.

41 Questionada sobre esta questão na audiência de 29 de Abril de 2008, a demandante indicou igualmente que o facto de o Tribunal ter anulado a decisão Airtours — considerando que a análise prospectiva da situação de concorrência que aí tinha sido efectuada, longe de se basear em provas sólidas, estava viciada por um conjunto de erros de apreciação relativos a elementos importantes para a avaliação da eventual criação de uma posição dominante colectiva — não era, por si só, suficiente para fazer incorrer a Comunidade em responsabilidade extracontratual, uma vez que a jurisprudência relativa às acções de indemnização exige que sejam tidos em conta outros critérios.

42 Aceitar outro entendimento, equiparando, sem outra forma de análise, a anulação constatada no acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, a uma violação suficientemente caracterizada na aceção do acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*, corre-se o risco de comprometer a capacidade da Comissão para exercer plenamente a função de regulador da concorrência que lhe é confiada pelo Tratado CE, devido ao efeito inibidor na fiscalização das concentrações que poderia decorrer do risco de ter de suportar os danos alegados pelas empresas em causa.

43 Para tomar em consideração esse efeito, contrário ao interesse geral comunitário, não se pode considerar que o incumprimento de uma obrigação legal, que, por mais lamentável que seja, pode ser explicado pelas limitações objectivas que recaem sobre a instituição e sobre os seus agentes em matéria de fiscalização das concentrações, constitui uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário, para efeitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade. Pelo contrário, o direito a uma indemnização pelos danos resultantes do comportamento da instituição existe quando este se traduz num acto manifestamente contrário à norma jurídica e prejudica gravemente os interesses de terceiros que não encontram justificação nem explicação nas limitações específicas objectivamente impostas ao serviço no âmbito de um funcionamento normal.

b) Quanto ao conceito de normas que têm por objecto conferir direitos aos particulares

44 Em primeiro lugar, a demandante invoca a violação das regras materiais aplicadas pela Comissão na decisão Airtours, para fundamentar o seu direito a ser indemnizada.

45 Está em causa, por um lado, o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, nos termos do qual «[d]evem 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». Estando preenchida esta condição, a Comissão tem então de adoptar uma

decisão nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, para declarar que essa concentração é incompatível com o mercado comum.

46 Por outro lado, está em causa o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, nos termos do qual «[d]evem 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». Estando preenchida esta condição, a Comissão tem então de adoptar uma decisão nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, para declarar que essa concentração é compatível com o mercado comum. Esta decisão pode eventualmente vir acompanhada de condições e de ónus destinados a garantir que as empresas em questão respeitem os compromissos que assumiram perante a Comissão para que a concentração seja considerada compatível com o mercado comum.

47 Da mesma maneira que o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, que tem por objecto a hipótese de uma decisão de autorização, o artigo 2.º, n.º 3, do referido regulamento, que tem por objecto a hipótese de uma decisão de proibição, deve ser interpretado à luz do artigo 2.º, n.º 1, desse mesmo regulamento, que apresenta os elementos que devem concretamente ser tidos em conta pela Comissão para apreciar a compatibilidade ou a incompatibilidade de uma operação de concentração de dimensão comunitária com o mercado comum.

48 Consideradas em conjunto, estas disposições destinam-se a conferir direitos aos particulares, no sentido de que a Comissão, quando lhe é notificada uma operação de concentração nos termos do Regulamento n.º 4064/89, está, em princípio, obrigada a tomar posição no sentido da autorização dessa operação ou no sentido da sua proibição, em função da sua apreciação da evolução económica a atribuir à operação em causa cuja probabilidade seja mais forte. Desta forma, se as condições enunciadas no artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 estiverem preenchidas, uma empresa que tenha notificado uma operação de concentração de dimensão comunitária tem direito a

que essa operação seja declarada compatível com o mercado comum. No entanto, esta empresa não pode realizar essa operação se não tiver autorização da Comissão (v. artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4064/89), e uma decisão de proibição adoptada nos termos do artigo 2, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89 acarreta importantes consequências. Esta intervenção da Comunidade na vida dos negócios, que impõe a uma empresa o dever de obter uma autorização antes de realizar a concentração pretendida e que obriga a Comissão a proibir a realização dessa operação se ela se revelar incompatível com o mercado comum, implica necessariamente que as empresas às quais seja recusada uma autorização possam pedir uma indemnização pelos danos resultantes dessa decisão, se se verificar que esta se baseia numa violação suficientemente caracterizada das normas materiais aplicadas pela Comissão para apreciar a compatibilidade da operação em causa com o mercado comum.

49 Em segundo lugar, a demandante invoca o dever de diligência para provar a existência de um comportamento ilícito por parte da Comissão. Quando a esta questão, basta salientar que a ocorrência de uma irregularidade que, em circunstâncias análogas, uma administração normalmente prudente e diligente não teria cometido permite concluir que o comportamento da instituição consubstancia uma ilegalidade susceptível de fazer a Comunidade incorrer em responsabilidade com base no artigo 288.º CE (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2001, Comafica e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, Colect., p. II-1975, n.º 134, e de 17 de Março de 2005, Agraz e o./Comissão, T-285/03, Colect., p. II-1063, n.º 40, que não foi posto em causa no recurso em que o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão de 9 de Novembro de 2006, Agraz e o./Comissão, C-243/05 P, Colect., p. I-10833). Este carácter protector do dever de diligência relativamente aos particulares, que impõe à instituição competente, quando esta dispõe de um poder de apreciação, o dever de examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos relevantes do caso que esteja em análise, foi reconhecido pela jurisprudência, incluindo no âmbito de acções de indemnização (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Colect., p. I-5469, n.º 14; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, Nölle/Conselho e Comissão, T-167/94, Colect., p. II-2589, n.ºs 73 a 76, despacho do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2005, Arizona Chemical e o./Comissão, T-369/03, Colect., p. II-5839, n.º 88, e acórdão Agraz e o./Comissão, já referido, n.º 49; v., igualmente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 1999, New Europe Consulting e Brown/Comissão, T-231/97, Colect., p. II-2403, n.ºs 37 a 45), que se refere ao princípio da boa administração.

50 Resulta do que precede que o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, conjugado com os n.ºs 1 e 2 desta disposição e com o artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, do referido regulamento, bem como o dever de diligência consagram regras que têm por objecto conferir direitos às empresas afectadas por uma decisão que proíbe a realização de uma operação de concentração.

51 É à luz destes princípios que há que verificar se a ilegalidade que vicia a decisão Airtours anulada pelo acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, pode implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade, devido a uma violação suficientemente caracterizada das regras materiais e processuais susceptíveis de serem invocadas por uma empresa que pede autorização para efectuar a sua operação de concentração. A este respeito, há que distinguir as alegações relativas à existência de uma violação suficientemente caracterizada, na fase da apreciação, por parte da Comissão, dos efeitos da operação na concorrência, das alegações relativas à existência de uma violação suficientemente caracterizada, na fase da análise dos compromissos propostos durante o procedimento administrativo.

B — *Quanto à existência de uma «violação suficientemente caracterizada», na fase da apreciação, por parte da Comissão, dos efeitos da operação Airtours/First Choice na concorrência no mercado comum*

### 1. *Argumentos das partes*

52 A demandante sustenta que o comportamento ilícito exigido pela jurisprudência decorrente do acórdão Bergaderm resulta do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, que indica em que medida o comportamento da Comissão corresponde a uma violação suficientemente caracterizada. Ao adoptar a decisão Airtours, a Comissão cometeu uma violação suficientemente caracterizada para implicar a responsabilidade da Comunidade nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, por ter violado de forma manifesta e grave os limites do seu poder de apreciação decorrente do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 e o dever geral de diligência. Estes dois fundamentos distintos estão intrinsecamente ligados e traduzem-se na questão única de saber se, ao

apreciar a compatibilidade da operação Airtours/First Choice com o mercado comum, a Comissão cumpriu de forma suficiente a sua missão e as suas obrigações, na sua qualidade de autoridade de concorrência.

53 Em apoio desta argumentação, a demandante distingue dois tipos de falhas no raciocínio desenvolvido para analisar os efeitos da operação. Por um lado, a demandante alega que a Comissão não atingiu o nível de competência necessário em matéria de fiscalização das concentrações, que exige pelo menos um conhecimento do direito aplicável e a identificação de elementos suficientes para compreender a situação de concorrência e caracterizar uma posição dominante colectiva. A demandante qualifica como falhas de primeiro nível as faltas cometidas pela Comissão nessa fase (v. n.ºs 54 a 71, *infra*). Por outro lado, a demandante sustenta que essas falhas foram agravadas e confirmadas por um grande número de falhas de segundo nível, relacionadas com o facto de a Comissão não ter tomado em consideração provas fornecidas e não ter fundamentado devidamente a decisão Airtours. Estas falhas de segundo nível, por si só, ou em conjunto com as falhas de primeiro nível, provam que a Comissão foi manifestamente incompetente quando examinou os elementos de prova relevantes e que não tomou esses elementos de prova em consideração porque iam contra a teoria que a própria Comissão tinha desenvolvido (v. n.ºs 72 e 73, *infra*).

a) Quanto à obrigação de reconhecer o âmbito de aplicação limitado do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89

54 Relativamente ao direito aplicável, a demandante sublinha que, no seu recurso de anulação, alegou que a decisão Airtours se baseou, pelo menos parcialmente, em efeitos unilaterais, o que constitui, em sua opinião, uma interpretação incorrecta do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 e uma violação manifesta da margem de apreciação de que a Comissão dispunha para aplicar essa disposição.

55 A Comissão recorda que a decisão Airtours se baseou na análise de uma posição dominante colectiva, e não na teoria dos efeitos unilaterais. Pouco importa saber, no âmbito da presente acção de indemnização, se a teoria dos efeitos unilaterais podia ser aplicada no âmbito do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89.

b) Quanto à obrigação de definir a situação do mercado em caso de inexistência de concentração

56 Relativamente à análise factual dos efeitos da operação na concorrência, a demandante sustenta que a Comissão violou de forma grave o seu poder de apreciação, ao não precisar qual era a situação da concorrência antes da realização da operação pretendida, que, no entanto, constitui o ponto de partida da análise dos efeitos da operação na concorrência (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 84). A violação, por parte da Comissão, da sua obrigação de tomar posição sobre esta questão viciou toda a decisão Airtours (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 75). A Comissão procurou, deste modo, sustentar que as evoluções do mercado nos 18 meses que se seguiram à publicação das conclusões do relatório da Monopolies and Mergers Commission, uma das autoridades da concorrência no Reino Unido, eram susceptíveis de deixar sem fundamento as conclusões desse relatório, segundo as quais o mercado era largamente concorrencial no final de 1997 (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 96 a 108).

57 A Comissão salienta que examinou as alterações ocorridas no mercado dos operadores turísticos no Reino Unido, entre 1997, data em que foi publicado o relatório da Monopolies and Mergers Commission, e 1999, ano em que a concentração foi notificada. Sublinha que concluiu que se tinha verificado um grande aumento do nível de concentração, tendo baseado esta conclusão nos elementos de prova entregues por terceiros interessados, facto que influenciou a apreciação dos efeitos da operação. No entanto, a Comissão alega que considerou na decisão Airtours que não existia uma posição dominante antes da operação, como constatado pelo Tribunal no n.º 88 do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, não obstante o Tribunal ter criticado, no seu n.º 75, o carácter «elíptico» da sua descrição. Segundo a Comissão, era assim preciso fazer prova da criação de tal posição, e não do seu reforço. Deste modo, ninguém pôs em causa a necessidade de identificar a situação do mercado em caso de inexistência de

concentração. A questão que se colocava era apenas a de saber se já existia uma tendência para um domínio colectivo, caso em que a operação corria o risco de romper um equilíbrio frágil e, portanto, de restringir consideravelmente o âmbito da concorrência efectiva. A Comissão não cometeu, assim, nenhum erro ao não compreender a situação do mercado, mas apenas ao considerar que aspectos da situação existente do mercado considerados no seu conjunto (a saber, as características do mercado descritas nos considerandos 87 a 126 da decisão Airtours) eram susceptíveis de favorecer a criação de uma posição dominante colectiva após a concentração.

c) Quanto à obrigação de determinar as condições de uma colusão tácita

58 A demandante recorda que, para provar a criação de uma posição dominante colectiva, a Comissão tinha de verificar que estavam reunidas as três condições definidas no n.º 62 do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, a saber: em primeiro lugar, a capacidade de cada membro do oligopólio dominante saber se os outros membros aderem à linha de acção comum, facto que depende de uma transparência suficiente do mercado; em segundo lugar, a viabilidade dessa coordenação tácita no tempo, o que implica a existência de uma incitação no sentido de não haver desvios à linha de acção comum; em terceiro lugar, a reacção previsível dos concorrentes e dos consumidores actuais e potenciais, que não é susceptível de pôr em causa a linha de acção comum. Ora, diversos elementos apresentados pela Comissão na decisão Airtours para provar a existência dessas condições baseiam-se numa apreciação errada dos factos.

59 A Comissão precisa que abordou as diferentes condições invocadas pela demandante, como resulta do considerando 87 da decisão Airtours, que enumera os elementos em causa. Não é, assim, posto em causa, no presente caso, o conhecimento que a Comissão tem das condições necessárias para constatar a existência de uma posição dominante colectiva.

## Quanto à instabilidade das quotas de mercado

60 A demandante sublinha que as flutuações das quotas de mercado são um elemento relevante para a apreciação da Comissão (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 111). No presente caso, a demandante alega que a dificuldade residia no facto de as quotas de mercado dos diferentes operadores presentes no mercado em causa terem sido sensivelmente instáveis no passado, o que deixava entrever que esse mercado não era objecto de uma posição dominante colectiva. Ora, este facto não foi tomado em consideração na decisão Airtours, tendo a Comissão considerado, provavelmente, que não se enquadrava na sua tese.

61 A Comissão alega que a grande instabilidade das quotas de mercado se deve à tomada em consideração das aquisições realizadas por determinados operadores. Pelo contrário, as quotas de mercado são muito estáveis se se excluírem essas aquisições. A Comissão sublinha que, na decisão Airtours, considerou que a importância do crescimento interno era o critério mais relevante para efeitos da apreciação das incitações para adoptar um comportamento paralelo oligopolístico, uma vez que, quando há poucas possibilidades de aumentar a respectiva quota de mercado através do aumento da respectiva capacidade, é mais provável a adopção de um comportamento paralelo. O Tribunal não acolheu esta análise, tendo considerado que a Comissão não tinha provado por que motivo não era relevante a possibilidade de fazer concorrência através das aquisições. No entanto, isso não significa que a referida análise se baseava numa desvalorização flagrante dos elementos de prova obtidos no âmbito do procedimento administrativo, uma vez que alguns desses elementos de prova indicavam que as perspectivas de aquisições eram limitadas depois de 1998.

## Quanto à instabilidade da procura

62 A demandante sublinha que a estabilidade da procura é um factor propício à formação de uma posição dominante (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 139). Ora, esta questão foi ignorada no considerando 97 da decisão Airtours, no qual a Comissão indicou que a volatilidade da procura tornava o mercado mais favorável à criação de uma posição dominante colectiva. Só na audiência do recurso de anulação é que a

Comissão admitiu que a teoria económica tinha a importância que lhe foi reconhecida no acórdão *Airtours*, referido no n.º 11, *supra*, e que procurou, sem sucesso, defender a sua tese apresentando factos específicos do processo. Não é esta a posição correcta. Se a importância da teoria económica era incompatível com a abordagem adoptada pela Comissão na decisão *Airtours*, a Comissão tinha a obrigação de ter apresentado na decisão uma tese coerente, fundamentada numa teoria económica defensável, em apoio da sua posição.

- 63 A Comissão indica que, durante o procedimento administrativo, examinou o relatório Binmore, apresentado pela demandante, sobre a importância que deve ser reconhecida à instabilidade da procura. Pediu-lhe inclusivamente que apresentasse observações complementares sobre esse relatório. Este relatório não foi, assim, ignorado pela Comissão, que salienta, no entanto, que o mesmo não inclui dados relativos ao mercado em causa e se refere essencialmente à possibilidade de coordenação dos preços, mais do que as capacidades. A Comissão sublinha igualmente que esse relatório reconhecia inclusivamente que era possível a coordenação das capacidades, mas duvidava que se pudessem efectivamente dissuadir os operadores turísticos de infringirem as regras.

#### Quanto ao fraco crescimento da procura

- 64 A demandante sublinha que o fraco crescimento da procura é um elemento propício a uma colusão tácita. Ora, indica que, durante o procedimento administrativo, salientou que, no passado, a procura tinha crescido a um ritmo mais rápido do que o do produto interno bruto no Reino Unido; que, não obstante uma breve dificuldade em 1995 e em 1996, a procura tinha crescido novamente, segundo o principal relatório sectorial, e que era de esperar que o seu crescimento prosseguisse ao longo dos dois anos seguintes. No entanto, a Comissão não tomou estes elementos em consideração. Segundo a demandante, como resultou das alegações feitas no Tribunal, a Comissão preferiu basear-se num excerto isolado, não datado, de uma página de um relatório elaborado pela Ogilvy & Mather, que nunca viu nem examinou na íntegra. Esta peça foi-lhe apresentada pela sociedade-alvo, a First Choice, que se opunha à operação. Este

documento, citado selectiva e incorrectamente pela Comissão, nunca foi apresentado à demandante, para observações durante o procedimento administrativo, e é contrariado por outros elementos transmitidos à Comissão. Trata-se de um exemplo flagrante de violação manifesta do dever geral de diligência.

- 65 A Comissão recorda que a questão que se coloca é a de saber se o crescimento da procura era suficientemente elevado para excluir qualquer comportamento paralelo posterior à concentração. Sublinha que, ao apreciar este aspecto no processo Airtours, pediu aos principais operadores que apresentassem as suas estimativas sobre o crescimento passado e futuro da procura, e é neste contexto que lhe é feita a crítica de não ter citado correctamente o relatório da Ogilvy & Mather. A este respeito, a Comissão alega que a taxa de crescimento do mercado citada nesse relatório era de 3,7%, ao passo que a taxa de crescimento invocada pela demandante com base nas estatísticas do British National Travel Survey (BNTS) equivalia a 3,4%. Esta controvérsia é ainda mais incompreensível quando, supostamente, os números da Ogilvy & Mather se baseiam nas estatísticas do BNTS. Não há, assim, um real conflito de provas. Seja como for, a Comissão alega que a demandante não aborda a questão das previsões de crescimento da procura. Sobre esta questão, a Comissão afirma que se podia servir das observações que a demandante apresentara durante o procedimento administrativo, segundo as quais a taxa de crescimento anual da procura, em 2000/2002, era avaliada em cerca de 3,3%.

## Quanto à transparência do mercado

- 66 A demandante sublinha que a transparência do mercado é um elemento essencial na apreciação de uma posição dominante colectiva, na medida em que, em caso de inexistência de transparência, os operadores económicos têm mais dificuldade em chegar a acordos tácitos, em identificar e em sancionar aqueles que não respeitam esses acordos (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.ºs 156 e 159). Segundo a demandante, no presente caso, a dificuldade da Comissão tinha a ver com a quase infinita variedade de férias ao nível da oferta. Essa heterogeneidade do produto tornava

bem mais difícil a colusão tácita. Ora, confrontada com essa dificuldade de fazer valer a sua tese sobre a coordenação tácita, a Comissão decidiu-se simplesmente por não a tomar em consideração. Preferiu simplesmente alegar que os membros do oligopólio coordenavam a capacidade e não o preço e que «[era] unicamente necessário conhecer a capacidade global (número de férias), oferecida por cada operador turístico integrado» (considerando 91 da decisão Airtours). Sustentou igualmente que o mercado era transparente, porque a planificação relativa a uma época de férias posterior se baseava no volume de negócios da época de férias anterior. Ao actuar desta forma, a Comissão ignorou os elementos de prova apresentados durante o procedimento administrativo. Por outro lado, a Comissão desvirtuou a análise do Tribunal constante do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, ao alegar que teve de analisar muitas informações para poder construir uma opinião sobre a questão. No entanto, segundo a demandante, não era aqui que residia a verdadeira dificuldade: a Comissão recusou-se simplesmente a abordar a questão precisa da heterogeneidade do produto e da natureza complexa do trabalho de organização da capacidade, ou a realizar ela própria o trabalho que o Tribunal tinha feito, não obstante a sua importância capital no contexto de todo o processo relativo a uma posição dominante colectiva.

67 A Comissão alega que não é porque o Tribunal considerou que uma conclusão não foi suficientemente fundamentada que ela violou de forma manifesta e grave o seu dever de examinar cuidadosamente os elementos de prova. No presente caso, a Comissão sustenta que, quando os operadores turísticos adoptam um comportamento paralelo em todo o mercado em causa, devem poder identificar muito cedo qualquer desvio a esse comportamento nesse mercado, a fim de poderem sancionar o comportamento desviante. A transparência em causa tem assim de se referir ao parâmetro a que a colusão se pode referir, ou seja, à capacidade total do mercado, e não à repartição dessa capacidade entre os diferentes destinos que interessam aos consumidores. A questão central consiste, assim, em saber se existia uma transparência suficiente para que os aumentos anormais de capacidade pudessem ser detectados relativamente cedo e para que os outros operadores turísticos pudessem retaliar. Sobre esta questão, a Comissão indica que concluiu que havia uma continuidade muito grande de uma época de férias para a seguinte. Acrescenta que, embora seja verdade que a capacidade total abrange uma miríade de decisões, estas decisões são tomadas dentro dos limites de um número global determinado pela procura prevista. Segundo a Comissão, o facto de se conhecer as ofertas anteriores dos outros permitia que os operadores turísticos constatassem rapidamente as alterações das ofertas em curso. Por a publicação dos primeiros

catálogos ser feita doze a quinze meses antes das férias propriamente ditas, as decisões em matéria de transporte aéreo e, em certa medida, em matéria de capacidade hoteleira eram visíveis para todos.

Quanto à obrigação de se examinar a existência de um mecanismo dissuasivo

68 A demandante salienta que, mesmo reconhecendo a necessidade de se implementar um mecanismo dissuasivo para a identificação de uma situação de posição dominante colectiva (acórdão *Airtours*, referido no n.º 11, *supra*, n.ºs 192 e 193), a posição da Comissão na decisão *Airtours* é ambígua relativamente à necessidade de tal mecanismo (acórdão *Airtours*, referido no n.º 11, *supra*, n.º 191). O Tribunal rejeitou igualmente os argumentos invocados pela Comissão para sustentar a existência desse mecanismo, e a Comissão tenta agora explicar esses erros, alegando que estes se devem ao facto de a apreciação da transparência e da instabilidade da procura feita pelo Tribunal não ser a que ela fez na decisão *Airtours*. Tal explicação não satisfaz, na medida em que não é possível invocar um erro anterior para desculpar um erro posterior.

69 A Comissão recorda que as observações formuladas nos considerandos 55 e 150 da decisão *Airtours* a propósito da necessidade de um «mecanismo rigoroso de retaliação» se referem ao tipo de mecanismo que a demandante tinha considerado ser necessário, essencialmente, um mecanismo do tipo dos que geralmente se encontram mais num acordo do que numa situação de oligopólio. O facto de o Tribunal não ter acolhido as constatações da Comissão sobre os diferentes meios de exercer represálias (acórdão *Airtours*, referido no n.º 11, *supra*, n.ºs 200 a 207) não significa que a Comissão não tomou em consideração os elementos de prova relevantes. Com efeito, resulta dos considerandos 148 e seguintes da decisão *Airtours* que foram precisamente as questões suscitadas pela demandante que foram examinadas pela Comissão.

Quanto à obrigação de se reconhecer a importância devida à reacção dos concorrentes e dos consumidores actuais e potenciais

70 A demandante salienta que o Tribunal censurou a Comissão por esta não ter examinado ao nível juridicamente exigível a reacção eventual dos pequenos operadores turísticos e dos outros concorrentes assim como dos consumidores potenciais à realização da operação (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.ºs 213, 266, 273 e 274). Relativamente a estes aspectos, a Comissão ignorou os elementos de prova invocados pela demandante durante o procedimento administrativo.

71 A Comissão refere que, segundo a decisão Airtours, o principal entrave à capacidade de os pequenos operadores turísticos reagirem à limitação das capacidades impostas pelos grandes operadores turísticos consistia no acesso aos lugares nos aviões. O Tribunal concluiu, no entanto, que havia um certo número de fontes susceptíveis de oferecerem lugares aos pequenos operadores turísticos, em condições satisfatórias. Trata-se de uma apreciação diferente dos elementos de prova, e não de a Comissão os ter ignorado. Este entendimento é igualmente válido para o acesso aos canais de distribuição. O facto de a análise da Comissão não ter sido aceite pelo Tribunal não é suficiente para demonstrar que a Comissão cometeu um erro ou que ignorou os elementos de prova. Relativamente aos concorrentes potenciais, a Comissão salienta que as suas conclusões se basearam nas considerações relativas ao acesso aos lugares nos aviões e aos referidos canais de distribuição no que se refere aos pequenos operadores turísticos. É aplicável o mesmo entendimento ao argumento relativo à não tomada em consideração da reacção possível dos consumidores, na medida em que a capacidade dos consumidores para comprar férias aos pequenos operadores turísticos depende da capacidade de estes últimos as oferecerem. A Comissão considera que estas apreciações não eram desrazoáveis, embora tivessem sido julgadas erradas.

d) Quanto ao efeito cumulativo dos casos em que foram ignorados elementos de prova e quanto à insuficiência de fundamentação

72 A demandante salienta que a decisão Airtours revela uma série de falhas de segundo nível, que agravam e confirmam as falhas anteriormente referidas. Uma série de erros, globalmente considerada, pode implicar a responsabilidade da Comunidade, nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Novembro de 2002, Scan Office Design/Comissão, T-40/01, Colect., p. II-5043, n.º 107). Assim, no que se refere a cada aspecto da argumentação relativa à posição dominante colectiva, a demandante invocou elementos de prova que foram ignorados pela Comissão. Há, quanto a esta questão, cerca de quarenta casos de elementos ignorados pela Comissão. A Comissão não pode alegar que a sua posição sobre estas questões não era desrazoável. Por outro lado, a Comissão sustentou que a decisão Airtours está suficientemente fundamentada, o que é errado, na medida em que o terceiro fundamento do recurso de anulação dizia respeito não apenas à violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 mas também à violação do artigo 253.º CE. Do mesmo modo, o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice (JO 2000, C 364, p. 1), prevê que o direito a uma boa administração implica a obrigação de a Administração fundamentar as suas decisões. No presente caso, a Comissão não cumpriu a sua obrigação de apresentar provas sólidas susceptíveis de qualificar a decisão Airtours como decisão que lhe era lícito adoptar em função da latitude que lhe é atribuída. Há 22 exemplos dessa fundamentação insuficiente.

73 A Comissão alega que o facto de preferir determinados elementos de prova a outros elementos de prova não significa que tenha ignorado manifestamente os elementos de prova no seu conjunto, nem sequer que tenha ignorado manifestamente cada um desses elementos. Tal conclusão só é aceitável se o resultado atingido com base nos elementos de prova estiver clara e manifestamente em contradição com esses elementos. A Comissão expõe num dos anexos da sua tréplica todos os elementos de prova que estavam na sua posse e que foram examinados com cuidado e conscienciosamente durante o procedimento administrativo. Por outro lado, a Comissão salienta que uma violação do artigo 253.º CE não implica a responsabilidade da instituição, porque o dever de fundamentação não constitui uma norma jurídica que protege os particulares. Para mais, o acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, não comporta nenhuma apreciação susceptível de identificar a existência de uma violação do dever de fundamentação. Além disso, a referência ao artigo 41.º da Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia não é relevante, na medida em que esta disposição não indica que uma insuficiência de fundamentação justifica uma acção de indemnização.

## 2. *Apreciação do Tribunal*

a) Quanto ao argumento relativo à obrigação de se reconhecer o âmbito de aplicação limitado do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89

74 A título preliminar, em resposta à alegação da demandante segundo a qual a Comissão violou de forma manifesta e grave os limites que se impõem ao seu poder de apreciação, ao referir-se pelo menos parcialmente à teoria económica denominada dos efeitos unilaterais para declarar a operação Airtours/First Choice incompatível com o mercado comum nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, há que constatar — como fez o Tribunal nos n.ºs 49 a 54 do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra* — que a Comissão nega ter feito uma nova abordagem desta disposição e sustenta ter aplicado a abordagem anteriormente utilizada e aprovada pelo Tribunal no seu acórdão de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão (T-102/96, Colect., p. II-753).

75 Ora, atendendo a esta contestação feita pela Comissão e face à inexistência de indicações suficientemente detalhadas, por parte da demandante, que permitam indicar se, e em que medida, esta alegada nova abordagem pode ter tido alguma incidência na apreciação, feita pela Comissão, dos efeitos da operação Airtours/First Choice na concorrência o Tribunal não tem de se pronunciar sobre a alegada violação da obrigação de se reconhecer o âmbito de aplicação limitado do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89.

b) Quanto aos argumentos relativos à obrigação de se definir a situação do mercado em caso de inexistência de concentração e à obrigação de se determinar as condições de uma colusão tácita

76 No que se refere às alegações da demandante relativas à violação manifesta e grave dos limites que se impõem ao poder de apreciação da Comissão no âmbito da sua análise da operação Airtours/First Choice à luz dos critérios relativos à criação de uma posição dominante colectiva, há que recordar em que é que consiste essa análise.

77 Uma situação de posição dominante colectiva que impeça significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste pode ocorrer após uma operação de concentração, quando, tendo em conta as características próprias do mercado em causa e a alteração 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, e isto sem que os concorrentes actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de modo eficaz (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 61).

78 São necessárias três condições para que possa ser criada uma situação de posição dominante colectiva assim definida. 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. Em segundo lugar, é necessário que a situação de coordenação tácita se possa manter no tempo, quer dizer, deve haver incentivo ao não afastamento da linha de conduta comum no mercado. Em terceiro lugar, para demonstrar ao nível juridicamente exigível 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 (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 62).

79 No âmbito do recurso de anulação, o Tribunal entendeu que, face a todas as considerações expostas, se devia concluir que a Comissão, longe de ter baseado a sua análise prospectiva em provas sólidas, cometeu uma série de erros de apreciação sobre elementos importantes para a avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante colectiva. A Comissão proibiu assim a operação, sem ter provado ao nível juridicamente exigível que a operação de concentração daria origem a uma posição dominante colectiva dos três grandes operadores turísticos daí resultantes, susceptível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efectiva no mercado em causa (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 294).

80 Em matéria de responsabilidade extracontratual, não se pode em princípio excluir que vícios manifestos e graves que afectam a análise económica subjacente a uma decisão adoptada nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, que declara uma operação de concentração incompatível com o mercado comum nos termos do artigo 2.º, n.ºs 1 e 3, do referido regulamento, possam constituir violações suficientemente caracterizadas para fazer a Comunidade incorrer em responsabilidade extracontratual, na acepção da jurisprudência (v. n.ºs 37 a 43, *supra*).

81 Tal determinação impõe, no entanto, que se tenha em conta que as análises económicas necessárias à qualificação de uma situação ou de uma operação em direito da concorrência são, geralmente, tanto no plano factual como no plano do raciocínio desenvolvido a partir da sua descrição, enunciados intelectuais complexos e difíceis, que podem conter certas insuficiências, como sejam referências aproximadas, incoerências ou mesmo algumas omissões. Isto é ainda mais evidente no âmbito da fiscalização das concentrações, devido, designadamente, às limitações temporais que se impõem à instituição. Com efeito, importa salientar que, por motivos de segurança jurídica relacionados com a necessidade de permitir aos operadores económicos obterem uma decisão da Comissão, o mais rapidamente possível, para que possam realizar a sua operação, a decisão tem de ser adoptada dentro de prazos curtos e rígidos. Em caso de sérias dúvidas quanto aos efeitos da operação notificada na concorrência, a Comissão dispõe apenas de quatro meses para proceder a investigações sobre essa operação e obter o parecer de todas as partes abrangidas directamente pela operação ou nela interessadas.

82 É ainda mais provável que se verifiquem essas insuficiências na análise económica quando, como sucede com a fiscalização das concentrações, a análise comporta um aspecto prospectivo. A gravidade de uma insuficiência documental ou lógica pode, nessas situações, não constituir sempre uma circunstância suficiente para se incorrer em responsabilidade comunitária. No presente caso, há que salientar que a dificuldade intrínseca específica do aspecto prospectivo da análise dos efeitos da operação de concentração na situação da concorrência, após a sua realização, é ainda reforçada pelo facto de a situação económica em causa ter sido especialmente complexa, na medida em que a Comissão tinha de analisar a eventual criação de uma posição dominante colectiva, de natureza oligopolística, e não simplesmente duopolista, num mercado de um produto que conjuga uma venda numa agência de viagens, um transporte aéreo e uma estada num hotel, e onde a concorrência se exerce mais sobre a capacidade do que sobre os preços.

83 Há igualmente que recordar que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação para efeitos de conservar o domínio da política comunitária da concorrência, o que implica que não se pode esperar da Comissão uma prática rigorosamente constante e invariável na implementação das regras relevantes e que, correlativamente, a Comissão goza de uma certa latitude na escolha dos instrumentos econométricos que estão à sua disposição, assim como na escolha dos ângulos de abordagem adequados para o estudo de um fenómeno (v., neste sentido, relativamente à definição do mercado relevante, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 2003, *British Airways/Comissão* T-219/99, Colect., p. II-5917, n.º 89 e segs., e de 17 de Setembro de 2007, *Microsoft/Comissão*, T-201/04, Colect., p. II-3601, n.º 482), desde que essas escolhas não sejam manifestamente contrárias às regras aceites na disciplina económica e sejam implementadas de forma consequente.

84 A complexidade das situações que têm de ser reguladas em matéria de fiscalização das concentrações, as dificuldades de aplicação ligadas às limitações temporais que se impõem à Administração nesse contexto, assim como a margem de apreciação que há que reconhecer à Comissão, devem ser tomadas em consideração para analisar a existência de uma eventual violação suficientemente caracterizada cometida pela Comissão no âmbito da sua análise dos efeitos da operação *Airtours/First Choice* na concorrência.

85 Consequentemente, a análise do Tribunal no âmbito da acção de indemnização tem de tomar necessariamente em consideração as contingências e as dificuldades específicas da fiscalização das concentrações, em geral, e das estruturas de oligopólio complexas, em especial. É neste sentido que há que interpretar o poder de apreciação da Administração, na acepção da jurisprudência decorrente do acórdão Bergaderm, referido no n.º 30, *supra*. Este exercício é, em si mesmo, mais exigente do que aquele que se impõe no âmbito de um recurso de anulação, no qual o Tribunal se contenta, dentro dos limites dos fundamentos apresentados pela recorrente, em examinar a legalidade da decisão impugnada para se certificar que a Comissão analisou correctamente os diferentes elementos que lhe permitem declarar que a operação notificada é incompatível com o mercado comum na acepção do artigo 2.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento n.º 4064/89. Deste modo, contrariamente ao que a demandante afirma, simples erros de apreciação e a falta de provas relevantes acolhidas no âmbito do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, não são suficientes, por si sós, para qualificar uma violação manifesta e grave dos limites que se impõem ao poder de apreciação da Comissão em matéria de fiscalização das concentrações e numa situação de oligopólio complexa.

86 Neste contexto, a argumentação relativa ao fraco crescimento da procura impõe um exame especial, na medida em que as apreciações da Comissão se baseiam, no que se refere a esta questão, numa apreciação incompleta e errada dos dados que lhe foram comunicados no âmbito do procedimento administrativo e que são referidos na decisão Airtours (v. n.º 64, *supra*, acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 127). No entanto, as limitações específicas à fiscalização das concentrações são tais que o mero facto de a Comissão ter interpretado um documento sem respeitar o seu teor literal e o seu alcance teleológico, quando a própria Comissão 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 (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 130), não constitui uma circunstância suficiente para implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade (v. n.º 82, *supra*). O mesmo se dirá do facto de a Comissão ter ignorado determinados dados constantes do processo, aos quais o documento aqui em causa se refere (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 132).

87 No presente caso, a Comissão dispunha efectivamente de elementos de prova no processo administrativo, que a podiam fazer razoavelmente pensar que o crescimento ia aumentar ligeiramente nos anos seguintes. O facto de a apreciação adoptada na

decisão Airtours ter sido posta em causa pelo Tribunal inscreve-se no âmbito da fiscalização da legalidade, no qual o Tribunal examina as conclusões jurídicas e de facto efectuadas pela Comissão à luz dos argumentos apresentados pela recorrente no seu recurso e dos elementos tidos em conta na referida decisão. Esta circunstância não significa, no entanto, que a Comissão tenha violado de forma manifesta e grave o seu poder de apreciação em matéria de fiscalização das concentrações, a partir do momento em que — como no presente caso — seja capaz de explicar os motivos pelos quais podia razoavelmente pensar que o seu entendimento estava correcto. Resulta, a este respeito, do processo administrativo que a própria demandante apresentou à Comissão dados que previam uma fraca taxa de crescimento anual da procura para os anos de 2000 a 2002.

88 No que se refere à argumentação respeitante à transparência do mercado, é incontestável que a Comissão não tomou em consideração, relativamente a esta questão, um elemento-chave para caracterizar uma posição dominante colectiva restritiva da concorrência (v. n.º 66, *supra*, e acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.ºs 156 a 180). Por esse motivo, à semelhança do crescimento da procura, o raciocínio constante nesse número da decisão Airtours indica que, embora as conclusões a que a Comissão chegou não tenham podido convencer o Tribunal, uma vez que esse raciocínio não estava suficientemente fundamentado em provas ou por ter sido mal explicado, não deixa de ser verdade que a Comissão se pronunciou após um exame atento dos dados apresentados no âmbito do procedimento administrativo. Ainda que tenha sido declarada a existência de uma ilegalidade no âmbito do recurso de anulação, esse erro de apreciação pode ser explicado pelas limitações objectivas com que a instituição e os seus agentes deparam devido às disposições que regulam a fiscalização das concentrações (v. n.º 43, *supra*).

89 Com efeito, embora a abordagem adoptada pela Comissão na decisão Airtours, que se limitava a tomar globalmente em consideração o número total de férias organizadas oferecidas por cada operador, não tenha sido acolhida pelo Tribunal, que preferiu a abordagem defendida pela recorrente, segundo a qual esse processo complexo não consiste simplesmente em reconduzir a capacidade estimada ou vendida no passado, mas em adoptar uma miríade de decisões heterogéneas a nível microeconómico, tendo em conta estimativas relativas à volatilidade do mercado e ao crescimento da procura, não deixa de ser verdade que — à luz dos elementos constantes no processo administrativo — a tese desenvolvida pela Comissão, ainda que esteja errada à luz da fiscalização da legalidade, não constitui um erro suficientemente caracterizado para

poder ser considerada estranha ao normal comportamento de uma instituição encarregue de velar pela aplicação das regras da concorrência.

90 Por outro lado, há que salientar que os outros erros identificados no âmbito do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, também não são suficientemente caracterizados para implicarem a responsabilidade extracontratual da Comunidade.

91 É o que sucede com o alegado incumprimento da obrigação de definir a situação do mercado em caso de inexistência de concentração (v. n.º 56, *supra*), na medida em que resulta suficientemente dos argumentos apresentados pela Comissão que a referida situação foi examinada pelos seus serviços com base nos elementos de prova disponíveis, a fim de identificar quais seriam as alterações introduzidas na estrutura da concorrência após a realização da operação.

92 O mesmo acontece com os argumentos relativos à instabilidade das quotas de mercado (v. n.º 60, *supra*), ao alegado incumprimento da obrigação de examinar a existência de um mecanismo dissuasivo (v. n.º 68, *supra*) e ao alegado incumprimento da obrigação de reconhecer importância à reacção dos concorrentes e dos consumidores actuais e eventuais (v. n.º 70, *supra*), uma vez que a tese defendida pela Comissão sobre estas questões — que não convenceu o Tribunal — não corresponde a uma violação manifesta e grave dos elementos presentes no processo administrativo.

93 É válido o mesmo raciocínio para o argumento relativo à instabilidade da procura (v. n.º 62, *supra*), na medida em que a insuficiência invocada pela demandante não teve uma importância tal que leve a considerá-la suficientemente caracterizada para implicar a responsabilidade da Comunidade. A Comissão salienta, aliás, a este respeito,

que os elementos de prova apresentados sobre esta questão pela demandante não eram em si mesmos suficientes para provar a instabilidade da procura.

c) Quanto aos argumentos relativos ao efeito cumulativo dos casos em que foram ignorados elementos de prova e à insuficiência da fundamentação

94 Considerados individualmente, os erros de apreciação identificados pelo Tribunal no acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, podem ser explicados pelas limitações objectivas próprias da fiscalização das concentrações e pela complexidade específica da situação da concorrência examinada no presente caso. Esta análise não é posta em causa pelo efeito cumulativo invocado pela demandante, que sustenta que uma série de erros, globalmente considerada, pode ser suficiente para implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade.

95 A este respeito, há que salientar que o n.º 107 do acórdão Scan Office Design/Comissão, referido no n.º 72, *supra*, não pode ser invocado em apoio de tal argumentação, uma vez que o Tribunal salientou nesse acórdão que a Comissão cometeu nesse processo uma «uma série de erros graves em relação aos quais [, individualmente ou, pelo menos, tomados em conjunto, se deve considerar que a Comissão preencheu] a primeira das três condições necessárias para implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade». Esses erros são muito diferentes dos erros de apreciação identificados pelo Tribunal no acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*. Tratava-se, no processo que deu origem ao acórdão Scan Office Design/Comissão, referido no n.º 72, *supra*, de erros caracterizados, cometidos no âmbito da avaliação de um mercado público, a saber, a recusa da Comissão em comunicar documentos, com o fundamento errado de que a aceitação de uma proposta relativa a um concurso público apresentada fora de prazo, a tomada em consideração de uma avaliação não assinada e não comentada ou de avaliações irregulares e a escolha de uma proposta não conforme com o caderno de encargos não existiam. No presente processo, os erros de apreciação foram cometidos pelos serviços da Comissão quando tiveram de examinar numerosos elementos de prova para analisar uma situação de concorrência especialmente difícil de qualificar. A margem de apreciação que deve ser reconhecida à Comissão no âmbito das questões de

responsabilidade extracontratual respeitantes à fiscalização das concentrações aplica-se tanto ao nível do exame individual dos erros susceptíveis de serem cometidos na fase da análise dos efeitos da operação na concorrência como na fase do exame global desses erros. Consequentemente, não há que considerar, no presente caso, que o simples facto de terem sido identificados numerosos erros de apreciação no acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, implica necessariamente uma situação de responsabilidade extracontratual da Comunidade.

96 Por último, no que respeita ao argumento relativo à fundamentação insuficiente da decisão Airtours, há que salientar que este não é susceptível de implicar no presente caso a responsabilidade extracontratual da Comunidade. Com efeito, resulta do acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, que a análise efectuada pelo Tribunal do terceiro fundamento, relativo tanto à violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 como à violação do artigo 253.º CE, diz apenas respeito aos argumentos relativos à violação do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89. A anulação da decisão Airtours baseia-se, assim, no facto de a Comissão não ter feito prova bastante — à luz das provas enunciadas na referida decisão — de que a operação de concentração conduziria a uma posição dominante colectiva susceptível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efectiva no mercado em causa (acórdão Airtours, referido no n.º 11, *supra*, n.º 294). A decisão Airtours contém assim uma fundamentação suficiente, que permitiu ao Tribunal fiscalizar a sua legalidade, ainda que se tenha revelado que essa fundamentação era errada quanto ao mérito.

97 Resulta do que precede que a Comissão não cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares, na aceção da jurisprudência no âmbito da sua análise da operação Airtours/First Choice, à luz dos critérios relativos à criação de uma posição dominante colectiva.

C — *Quanto à eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos*

1. *Quanto à admissibilidade da argumentação relativa a uma eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos*

a) Argumentos das partes

<sup>98</sup> A Comissão sustenta que a argumentação relativa a uma eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos é inadmissível, na medida em que a petição inicial não desenvolve esse fundamento, nem mesmo sumariamente, e que a demandante não se pode limitar a remeter, relativamente a esta questão, para anexos que retomam os argumentos apresentados no âmbito do recurso de anulação.

<sup>99</sup> A demandante refere que, no presente caso, importa apenas saber se a Comissão se pode pronunciar sobre o fundamento invocado e se o Tribunal pode exercer o seu poder de fiscalização. Os elementos apresentados sobre esta questão na petição inicial são suficientes para preencher este critério e foram desenvolvidos nos anexos 15 e 16 desse articulado, que contém os elementos de prova necessários.

## b) Apreciação do Tribunal

100 Nos termos do artigo 21.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, aplicável aos processos pendentes no Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 53.º, primeiro parágrafo, do mesmo Estatuto, e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo, todas as petições devem indicar o objecto do litígio e conter uma exposição sumária dos respectivos fundamentos. Esta indicação deve ser suficientemente clara e precisa para permitir que a parte demandada prepare a sua defesa e que o Tribunal exerça a sua fiscalização jurisdicional. Para garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça, é necessário que os elementos essenciais de facto e de direito em que se fundamenta o recurso resultem, pelo menos sumariamente e de um modo coerente e compreensível, do texto da própria petição (despachos do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Abril de 1993, De Hoe/Comissão, T-85/92, Colect., p. II-523, n.º 20, e de 11 de Julho de 2005, Internationaler Hilfsfonds/Comissão, T-294/04, Colect., p. II-2719, n.º 23).

101 Para preencher estes requisitos, uma petição que tenha por objecto a reparação de danos causados por uma instituição deve conter os elementos que permitam identificar o comportamento que o demandante censura à instituição (despacho Internationaler Hilfsfonds/Comissão, referido no n.º 100, *supra*, n.º 24).

102 No presente caso, a demandante indica, na sua petição, que a recusa da Comissão em aceitar e inclusivamente em examinar os compromissos apresentados durante o procedimento administrativo constitui uma violação suficientemente caracterizada de várias normas jurídicas que têm por objecto conferir direitos aos particulares. A este respeito, as remissões efectuadas na petição inicial para a argumentação apresentada em apoio do quarto fundamento, no âmbito do recurso de anulação no processo T-342/99 — quanto à legalidade da decisão Airtours no que respeita às regras relativas aos compromissos —, apresentada detalhadamente nos anexos 15 e 16 dessa peça processual, devem ser consideradas como uma simples ampliação da exposição, constante da petição inicial, da ilegalidade que supostamente vicia o comportamento censurado à Comissão relativamente à análise dos compromissos propostos.

103 À luz destas indicações, a Comissão teve condições para preparar a sua defesa quanto ao mérito deste fundamento.

104 Há, assim, que julgar improcedentes as observações da Comissão sobre a admissibilidade do fundamento relativo à existência de uma eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos.

## 2. *Quanto ao mérito*

### a) Argumentos das partes

Quanto à argumentação apresentada nos articulados das partes

105 Nos seus articulados, a demandante alega que, ao recusar aceitar e inclusivamente analisar os compromissos por si propostos durante o procedimento administrativo, a Comissão violou o artigo 2.º e o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, o princípio da proporcionalidade, o princípio da boa administração, o dever de diligência e a obrigação de aplicar correctamente os seus próprios procedimentos no exame dos compromissos. Estas violações constituem uma violação suficientemente caracterizada, na acepção da jurisprudência. Em especial, a demandante alega que se a Comissão tivesse aceite, e não rejeitado sem razão, os compromissos por si propostos, a operação teria sido autorizada, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, e que o mesmo teria sucedido, ainda que esses compromissos não fossem necessários, na medida em que a operação não acarretava problemas de concorrência. A demandante sustenta igualmente que a Comissão devia ter tomado em consideração a segunda série de compromissos, não obstante terem sido propostos fora do prazo previsto no Regulamento n.º 4064/89.

106 A Comissão salienta que resulta da decisão Airtours que a primeira série de compromissos não era suficiente para tornar a operação notificada compatível com o mercado comum, na medida em que a criação de um único operador turístico de dimensão média dependente das cadeias de agências de viagens controladas pelos grandes operadores turísticos não teria garantido uma concorrência suficiente no mercado em causa (considerandos 186 a 192 da decisão Airtours). Relativamente à segunda série de compromissos, apresentada depois de expirado o prazo previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, a Comissão precisa que, ainda que esse prazo possa ser prolongado em situações excepcionais, a demandante não requereu essa prorrogação nem alegou circunstâncias susceptíveis de justificar essa medida antes do termo do referido prazo. Para mais, a segunda série de compromissos não continha nenhum elemento que não pudesse ser incluído na primeira série de compromissos. Por outro lado, não houve tempo para examinar correctamente os novos compromissos (considerando 193 da decisão Airtours). Justifica-se, deste modo, a recusa dos compromissos propostos, não constituindo esta recusa uma violação suficientemente caracterizada, susceptível de implicar a responsabilidade da Comunidade.

Quanto à possibilidade de examinar os compromissos de 15 de Setembro de 1999 antes de expirar o prazo

107 Em resposta às medidas de organização do processo decididas pelo Tribunal, que se destinavam a entender os motivos pelos quais a Comissão não podia avaliar utilmente os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 no «curto prazo que ainda restava» e quais eram as investigações adicionais que teriam sido necessárias para avaliar esses compromissos, a demandante alega que a Comissão tinha plena capacidade para examinar esses compromissos e que a sua recusa em fazê-lo não encontra justificação nem explicação nas limitações específicas que se impõem objectivamente ao serviço num funcionamento normal.

108 A Comissão expõe os motivos pelos quais, mesmo que o prazo para se pronunciar sobre a operação Airtours expirasse em 5 de Outubro de 1999, o projecto de decisão tinha de estar terminado na terça-feira, 21 de Setembro de 1999, antes do meio-dia. Com efeito, a prática da Comissão consiste em preparar o projecto de decisão para a reunião colegial

dos seus membros que é organizada na semana anterior à semana durante a qual termina o prazo, por forma a que possa ser tomada em consideração a possibilidade de uma maioria dos membros requerer que sejam introduzidas alterações na decisão. No presente caso, os serviços da Comissão teriam disposto apenas de três dias e meio úteis para analisar os compromissos apresentados na quarta-feira, 15 de Setembro de 1999 (ou seja, a quinta-feira, 16, a sexta-feira, 17, a segunda-feira, 20, e a manhã da terça-feira, 21 de Setembro de 1999). Dado que ainda subsistiam incertezas importantes, que se devia realizar em três dias e meio um novo teste de mercado e uma nova consulta do comité consultivo, que os comentários recebidos sobre o primeiro teste eram muito negativos, que tudo o que constava da segunda série de compromissos podia ter sido inicialmente apresentado e que a demandante não tinha requerido a derrogação do prazo nem invocado circunstâncias excepcionais convincentes para dela beneficiar, a Comissão considera que os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 não tinham de ser examinados.

Quanto ao carácter suficiente ou insuficiente dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 e ao seguimento dado ao pedido do Tribunal sobre a comunicação de documentos relativos a essa apreciação

<sup>109</sup> Em resposta à medida de organização do processo decidida pelo Tribunal, que se destinava a saber se os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 permitiam ou não responder aos problemas identificados pela Comissão nessa fase do processo, a demandante alega que a Comissão tinha referido duas preocupações, a saber, a necessidade de constituir uma quarta força com pelo menos 10% do mercado relevante e o acesso dessa entidade a uma rede de distribuição. Estas duas questões seriam resolvidas através dos compromissos propostos: a quarta força, a Cosmos, ou seja, 0,8 milhões de férias organizadas vendidas em 1998, receberia uma actividade que representava 0,7 milhões de férias organizadas vendidas, o que lhe permitiria, com 1,5 milhões, representar mais de 10% do mercado relevante, avaliado, em 1998, em 13,9 milhões de passageiros, e ser-lhe-ia cedida a rede de distribuição da First Choice e concedido acesso a uma parte da rede da demandante durante cinco anos.

- 110 A Comissão alega que as suas preocupações se destinavam, por um lado, a permitir a reconstituição de uma quarta força com um acesso a uma rede de distribuição e, por outro, a garantir a manutenção da concorrência exercida pelos pequenos operadores turísticos. Indica que estas preocupações resultavam principalmente das observações efectuadas pelas empresas e pelas associações que tinham respondido ao teste de mercado efectuado relativamente à primeira série de compromissos.
- 111 Neste contexto, a Comissão sustenta que os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999, depois de uma reunião realizada no próprio dia com a Comissão, eram novos e tinham sido substancialmente alterados relativamente à versão anterior e não permitiam responder claramente e de forma definitiva aos problemas identificados nessa fase. Deste modo, mesmo tendo rejeitado formalmente os referidos compromissos por motivos processuais, a Comissão indica que efectuou, ainda assim, uma apreciação preliminar desses compromissos, para determinar se da interrogação das partes interessadas e do comité consultivo poderia resultar uma resposta positiva. Ora, segundo a Comissão, subsistiam diversas zonas de incerteza e a Comissão não podia concluir seguramente que as suas preocupações relativas à criação de uma posição dominante colectiva desapareceriam.
- 112 Na audiência de 29 de Abril de 2008, o Tribunal ordenou à Comissão, nos termos do artigo 65.º, alínea b), e do artigo 67.º, n.º 3, terceiro parágrafo, do Regulamento de Processo, que apresentasse todos os documentos que estivessem na sua posse, relativos à análise dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999, que tivessem sido redigidos entre esta data e a data em que foi adoptada a decisão Airtours, a saber, em 22 de Setembro de 1999.
- 113 Em resposta a esse pedido, a Comissão apresentou dois documentos na audiência de 29 de Abril de 2008. O primeiro documento é uma nota no processo, não datada, que resume o conteúdo das discussões ocorridas antes e durante a reunião organizada na Comissão em 15 de Setembro de 1999 relativamente aos compromissos e, mais concretamente, à proposta de compromissos apresentada a título informal em 14 de Setembro de 1999. O segundo documento é uma nota de 16 de Setembro de 1999, preparada pelo director da Merger Task Force (a seguir «MTF»), dirigida ao membro da Comissão responsável pelas questões da concorrência, que se pronuncia sobre os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 na perspectiva das questões processuais e das questões substanciais. Este segundo documento expõe, em

substância, nos n.ºs 11 a 13, o conteúdo das observações apresentadas pela Comissão em resposta à questão do Tribunal sobre a apreciação dos compromissos.

114 Dentro do prazo previsto para esse efeito pelo Tribunal, a Comissão apresentou igualmente outros documentos:

- uma nota do processo, de 16 de Setembro de 1999, preparada por um chefe de unidade da MTF e relativa aos princípios aplicáveis à apresentação de compromissos fora de prazo;
- uma nota de 17 de Setembro de 1999, preparada pelo mesmo chefe de unidade, dirigida a um funcionário do Secretariado-Geral, bem como uma versão revista dessa nota, que contém o texto de uma futura comunicação do membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência, que referem dúvidas e incertezas a respeito da apreciação da substância dos compromissos propostos em 15 de Setembro de 1999;
- notas do discurso do membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência, destinadas a serem utilizadas na reunião da Comissão sobre o projecto de decisão Airtours, que referem dúvidas e incertezas a respeito da apreciação da substância dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999;
- um projecto de decisão Airtours, que não menciona elementos relativos à análise da substância dos compromissos propostos em 15 de Setembro de 1999, mas que apenas refere que os compromissos foram apresentados demasiado tarde;

- uma nota com as linhas gerais dum documento, intitulada «Questões defensivas — proposta de compromissos», preparada pela MTF, destinada ao membro da Comissão responsável pela concorrência, para apresentar argumentos relativos, designadamente, à apreciação da substância dos compromissos propostos em 15 de Setembro de 1999.

115 No prazo previsto para esse efeito pelo Tribunal, a demandante comunicou as suas observações sobre os diferentes documentos apresentados pela Comissão no seguimento do pedido do Tribunal.

#### b) Apreciação do Tribunal

116 A fiscalização das concentrações destina-se a fornecer às empresas interessadas a autorização necessária e prévia à realização de qualquer operação de concentração de dimensão comunitária. No âmbito dessa fiscalização, essas empresas podem propor compromissos à Comissão, a fim de obter uma decisão que constate a compatibilidade da sua operação com o mercado comum.

117 Em função do estado de adiantamento do procedimento administrativo, os compromissos propostos devem permitir que a Comissão considere que a operação notificada já não suscita sérias dúvidas sobre a sua compatibilidade com o mercado comum na fase de investigação preliminar (artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89), ou responda às objecções formuladas no âmbito da investigação aprofundada (artigo 18.º, n.º 3, em conjugação com o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89). Estes compromissos permitem, assim, em primeiro lugar, evitar a abertura de uma fase de investigação aprofundada ou, em seguida, evitar a adopção de uma decisão que declare a incompatibilidade da operação com o mercado comum.

- 118 O artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 permite, com efeito, que a Comissão inclua numa decisão que declara uma concentração compatível com o mercado comum, nos termos do critério definido no artigo 2.º, n.º 2, do referido regulamento, condições e ónus destinados a garantir que as empresas em causa respeitem os compromissos que assumiram perante ela, com vista a tornar a concentração compatível com mercado comum.
- 119 Atendendo tanto à importância dos interesses financeiros e dos desafios industriais ou comerciais inerentes a este tipo de operações como aos poderes de que a Comissão dispõe nesta matéria, é possível esperar que as empresas em causa façam tudo para facilitar o trabalho da Administração. Estes mesmos motivos obrigam também a Comissão a fazer prova da maior diligência no exercício da sua missão de fiscalização das concentrações.
- 120 No presente caso, resulta da decisão Airtours e das respostas das partes às questões do Tribunal que a Comissão decidiu iniciar o processo de investigação aprofundada em 3 de Junho de 1999. Deu igualmente à demandante a possibilidade de apresentar as suas observações sobre as objecções suscitadas pelos seus serviços, ao enviar-lhe uma comunicação de objecções em 9 de Julho de 1999, tendo essas questões sido abordadas na audição realizada em 28 e 29 de Julho de 1999. Para responder a estas objecções, a demandante propôs, em 19 de Agosto de 1999, diversos compromissos à Comissão. Inicialmente, os compromissos propostos destinavam-se apenas a garantir a manutenção da concorrência por parte dos pequenos operadores turísticos. No entanto, a Comissão indicou à demandante que a reconstituição de uma quarta força era susceptível de constituir uma medida de correcção efectiva para responder aos problemas de concorrência identificados nessa fase. Esta questão foi abordada pela demandante numa reunião realizada com a Comissão em 24 de Agosto de 1999, relativamente aos compromissos propostos em 19 de Agosto de 1999. Em seguida, foi objecto da primeira série de compromissos, apresentados formalmente em 7 de Setembro 1999, no seguimento de discussões com os serviços da Comissão, e da segunda série de compromissos, que reviram os anteriores, formalmente apresentados em 15 de Setembro de 1999, após uma reunião realizada no mesmo dia com a Comissão.

- 121 Por outro lado, há que salientar que, no considerando 193 da decisão Airtours, a Comissão considera que os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 não tinham de ser tomados em consideração pelos seus serviços, uma vez que tinham sido apresentados fora do prazo de três meses previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, que tinha terminado em 7 de Setembro de 1999, por não existirem circunstâncias excepcionais relevantes e por não ser possível avaliar os compromissos «no curto período de tempo que restava antes do termo da data-limite, nos termos do n.º 3 do artigo 10.º do [R]egulamento [n.º 4064/89]», a saber, em 5 de Outubro de 1999. Esta questão não é contestada pelas partes.
- 122 Também não é contestado pelas partes que, por sua iniciativa, a demandante apresentou novos compromissos em 15 de Setembro de 1999, que se destinavam a substituir os que tinham sido apresentados em 7 de Setembro de 1999. Esta proposta de compromissos revistos foi feita, com base nas objecções identificadas na comunicação de objecções e no resultado do primeiro teste de mercado realizado a propósito dos compromissos iniciais, para responder aos problemas de concorrência identificados nessa fase pela Comissão. É esta última proposta de compromissos que tem de ser tomada em consideração no presente caso.
- 123 Na verdade, o facto de o Tribunal ter declarado ilegal a apreciação dos efeitos da operação na concorrência, efectuada pela Comissão na decisão Airtours, não significa que a recusa em aceitar os compromissos propostos em 15 de Setembro de 1999 seja, apenas por esse motivo, ilegal. A análise do Tribunal é feita num momento anterior à adopção da decisão Airtours e foi livremente e com conhecimento de causa que a demandante decidiu propor à Comissão soluções que permitem responder às objecções então identificadas, a fim de obter uma decisão de compatibilidade. É neste contexto que há que apreciar a existência de uma eventual violação suficientemente caracterizada na fase da análise dos compromissos propostos, e não à luz de elementos que ainda não eram conhecidos pelas partes no âmbito das discussões sobre os compromissos.
- 124 Na audiência de 29 de Abril de 2008, a Comissão precisou que, à época dos factos, em Setembro de 1999, a sua prática relativa ao exame dos compromissos apresentados fora de prazo consistia em só aceitar esses compromissos se fossem susceptíveis de responder claramente às objecções suscitadas nessa fase relativamente à compatibilidade da operação com a concorrência no mercado comum. Este comportamento é

conforme com o dever de diligência que incumbe à Administração no âmbito da implementação dos poderes de decisão que lhe são confiados nos termos do artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 4064/89 (v. n.º 49, *supra*).

125 Segundo as indicações dadas em resposta a uma questão do Tribunal sobre este ponto, a Comissão salientou que a sua atitude inicial, relativamente indulgente e conciliatória, cedo se revelara ineficaz. As empresas em causa tinham tendência para esperar até ao último momento para apresentar os seus compromissos e essa forma de actuar ameaçava a boa condução do processo decisório em matéria de fiscalização das concentrações, na medida em que impedia a Comissão de examinar esses compromissos e de consultar terceiros e os representantes dos Estados-Membros, em boas condições. A Comissão decidiu, a partir de 27 de Maio de 1998, ser mais estrita na aplicação do prazo de três meses previsto no artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, a fim de limitar a possibilidade de examinar os compromissos tardios apenas às situações relativamente às quais ainda podia efectuar uma avaliação válida.

126 Esta prática foi aliás retomada, em seguida, na sua comunicação sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento n.º 447/98 da Comissão (JO 2001, C 68, p. 3), para expor os ensinamentos resultantes da experiência adquirida em matéria de compromissos desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 4064/89. Esta comunicação indica, no n.º 43, que a Comissão aceita examinar compromissos alterados, quando estes lhe sejam apresentados depois da data-limite prevista no Regulamento n.º 447/98, «se puder verificar inequivocamente a partir da apreciação de informações já recebidas durante a investigação, incluindo os resultados do inquérito de mercado anterior e sem necessidade de proceder a outro inquérito deste tipo que tais compromissos, uma vez executados, resolverão os problemas de concorrência identificados e proporcionam tempo suficiente para uma consulta adequada dos Estados-Membros».

127 Num processo respeitante a uma operação de concentração notificada em 2004, o Tribunal considerou que resultava dessa comunicação, que vinculava voluntariamente a Comissão, que os compromissos que são tardiamente apresentados pelas partes numa operação de concentração notificada podem ser tidos em conta se estiverem

preenchidas duas condições cumulativas, que são: por um lado, que esses compromissos resolvam claramente, e sem necessidade de proceder a um inquérito suplementar, os problemas de concorrência previamente identificados e, por outro, que haja tempo suficiente para consultar os Estados-Membros sobre esses compromissos (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, Colect., p. II-3745, n.<sup>os</sup> 162 e 163).

128 Há que constatar que, embora contrariamente ao que é indicado na decisão *Airtours*, a Comissão não rejeitou os compromissos de 15 de Setembro de 1999, sem ter questionado se não podiam responder claramente às objecções suscitadas nessa fase do procedimento.

129 A este respeito, os documentos apresentados em resposta ao pedido do Tribunal indicam os motivos pelos quais a Comissão podia considerar que esses compromissos não eram suficientes para responder a essas objecções. A nota do director da MTF de 16 de Setembro de 1999 e a nota sobre as questões defensivas preparada pela MTF e dirigida ao membro da Comissão responsável pela concorrência referem as dúvidas da Comissão relativas à alegação de que a quota de mercado do novo conjunto proposto pela demandante, a quarta força, era de 10%. Com efeito, não apenas a quota de mercado da First Choice era mais importante do que a da quarta força que era proposta pela demandante para a substituir (11%, segundo os dados mais baixos) mas também, e sobretudo, esse número de 10% seria atingido no pressuposto de que a Cosmos, que constituía um dos elementos dessa quarta força, tivesse um crescimento interno significativo, de um ano para o outro (de 0,55 milhões de férias organizadas vendidas em 1998/99 para 0,8 milhões de férias organizadas vendidas em 1999/2000, ou seja, 45% num ano). Ora, esse crescimento interno não era de modo nenhum previsível, dadas as características do mercado. Da mesma maneira, esses documentos referem dúvidas e incertezas relativamente a diversas questões, como sejam a composição exacta das viagens organizadas transferidas para a nova actividade, o interesse que a Cosmos podia ter, uma vez que não dava grande importância à utilização de uma rede de agências, em retomar a rede de agências da First Choice, e a independência da Cosmos face aos três principais operadores que continuavam no mercado depois da operação e que compravam a grande maioria dos lugares de aviões vendidos pela Cosmos. Os compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 foram, assim, correctamente examinados pelos serviços da Comissão, tendo estes serviços identificado diversos elementos susceptíveis de lançar dúvidas sobre se esses compromissos permitiam responder claramente às objecções identificadas nessa fase do procedimento.

130 O facto de a Comissão, na decisão Airtours, não se referir à análise dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999, que foi efectuada pelos seus serviços, não pode impedir o Tribunal de tomar em consideração documentos relevantes e suficientemente probatórios apresentados nesse sentido no âmbito da presente acção, que demonstram ao nível juridicamente exigível a realidade daquela análise.

131 Sem que o Tribunal tenha de se pronunciar sobre a possibilidade de a Comissão examinar no período de tempo disponível os compromissos revistos apresentados em 15 de Setembro de 1999, resulta do que precede que esses compromissos não eram susceptíveis de responder claramente às objecções suscitadas nessa fase relativamente à compatibilidade da operação com a concorrência no mercado comum. O comportamento da Comissão não privou, portanto, a demandante da possibilidade de a operação ser declarada compatível com o mercado comum. A Comissão não violou, assim, o seu dever de diligência relativamente a esta questão.

132 Consequentemente, a Comissão não cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares, susceptível de implicar a responsabilidade da Comunidade no âmbito da análise dos compromissos apresentados pela demandante no final do procedimento administrativo.

133 Daqui resulta que há que julgar a acção improcedente.

134 É válido o mesmo entendimento para os diferentes pedidos de medidas de organização do processo apresentados pela demandante para obter determinados documentos ou para proceder a determinadas clarificações factuais ou processuais. Com efeito, à luz das respostas dadas às questões colocadas às partes e após um exame dos documentos fornecidos pela Comissão, relativos à análise dos compromissos de 15 de Setembro

de 1999 (v. n.<sup>os</sup> 113 e 114, *supra*), há que considerar que as medidas requeridas não são necessárias para que o Tribunal se pronuncie sobre o presente litígio e, consequentemente, não há que deferir esses pedidos.

### Quanto às despesas

135 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. No entanto, nos termos do artigo 87.º, n.º 3, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou perante circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

136 No presente caso, o Tribunal salienta que a Comissão alega na decisão *Airtours* que, devido à sua apresentação tardia e à falta de tempo disponível, não examinou os compromissos apresentados pela demandante em 15 de Setembro de 1999. Deste modo, tanto a demandante como o Tribunal puderam ser levados a pensar que esses compromissos revistos, apresentados após uma reunião realizada com os serviços da Comissão para alterar a proposta de compromissos iniciais a fim de melhor responder às preocupações identificadas nessa fase do procedimento, não tinham sido examinados por essa instituição, por motivos meramente processuais. Ora, resulta das medidas de organização do processo e de instrução decididas pelo Tribunal, por um lado, para preparar a audiência de 29 de Abril de 2008 e, por outro, durante essa audiência, que os serviços da Comissão não se limitaram a afastar, por serem intempestivos, os compromissos propostos em 15 de Setembro de 1999, mas realizaram igualmente um exame preliminar desses compromissos para constatar que não eram suficientes naquela fase.

137 A prova feita pela Comissão do facto de os seus serviços terem realmente efectuado um exame adequado dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999, em

conformidade com a prática por si seguida à época, que constitui uma questão decisiva para a resolução do litígio, só foi trazida ao conhecimento da demandante e do Tribunal numa fase muito avançada do processo contencioso.

138 É tanto mais de lamentar o carácter tardio desta informação quanto, por diversas vezes, no âmbito do presente processo e no âmbito do processo T-403/05 (v. n.º 18, *supra*), a demandante pediu à Comissão que lhe transmitisse todos os documentos susceptíveis, em substância, de lhe permitir sustentar os seus argumentos no Tribunal. Ainda que se possa considerar *a priori* que os documentos em causa não são susceptíveis de permitir que uma parte numa concentração tenha acesso a eles no âmbito de um procedimento administrativo nos termos do Regulamento n.º 4064/89, ou que um membro do público tenha acesso aos mesmos documentos nos termos do Regulamento n.º 1049/2001, não deixa de ser verdade que esses documentos eram importantes para permitir que a demandante sustentasse os seus argumentos no presente processo e para que o Tribunal analisasse a responsabilidade extracontratual da Comunidade.

139 Deste modo, e ainda que isto não tenha tido impacto no presente processo, na medida em que os referidos documentos foram sujeitos a contraditório, os documentos apresentados na audiência de 29 de Abril de 2008 e depois desta data deviam ter sido apresentados logo que a Comissão apresentou a contestação, na qual contestou tanto a admissibilidade como o mérito do fundamento relativo à existência de uma eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos. Consequentemente, o Tribunal considera que é feita uma justa apreciação das circunstâncias do presente caso, ao decidir que a Comissão suportará as suas próprias despesas.

140 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do seu Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as suas próprias despesas. Deste modo, a República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

decide:

- 1) **A acção é julgada improcedente.**
- 2) **A MyTravel Group plc suportará as suas próprias despesas.**
- 3) **A Comissão suportará as suas próprias despesas.**
- 4) **A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas.**

Azizi

Cooke

Cremona

Labucka

Frimodt Nielsen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 9 de Setembro de 2008.

O secretário

O presidente

E. Coulon

J. Azizi

## Índice

|                                                                                                                                                                                                                 |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Factos na origem do litígio . . . . .                                                                                                                                                                           | II - 1974 |
| Processo e pedidos das partes . . . . .                                                                                                                                                                         | II - 1977 |
| Questão de direito . . . . .                                                                                                                                                                                    | II - 1981 |
| A — Considerações preliminares sobre os requisitos da responsabilidade extracontratual da Comunidade . . . . .                                                                                                  | II - 1981 |
| 1. Argumentação geral das partes . . . . .                                                                                                                                                                      | II - 1981 |
| a) Quanto ao conceito de violação suficientemente caracterizada . . . . .                                                                                                                                       | II - 1982 |
| b) Quanto ao conceito de norma jurídica que tem por objecto conferir direitos aos particulares . . . . .                                                                                                        | II - 1982 |
| 2. Apreciação do Tribunal . . . . .                                                                                                                                                                             | II - 1983 |
| a) Quanto ao conceito de violação suficientemente caracterizada . . . . .                                                                                                                                       | II - 1984 |
| b) Quanto ao conceito de normas que têm por objecto conferir direitos aos particulares . . . . .                                                                                                                | II - 1986 |
| B — Quanto à existência de uma «violação suficientemente caracterizada», na fase da apreciação, por parte da Comissão, dos efeitos da operação Airtours/First Choice na concorrência no mercado comum . . . . . | II - 1989 |
| 1. Argumentos das partes . . . . .                                                                                                                                                                              | II - 1989 |
| a) Quanto à obrigação de reconhecer o âmbito de aplicação limitado do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89 . . . . .                                                                                           | II - 1990 |
| b) Quanto à obrigação de definir a situação do mercado em caso de inexistência de concentração . . . . .                                                                                                        | II - 1991 |
| c) Quanto à obrigação de determinar as condições de uma colusão tácita . . . . .                                                                                                                                | II - 1992 |
| Quanto à instabilidade das quotas de mercado . . . . .                                                                                                                                                          | II - 1993 |
| Quanto à instabilidade da procura . . . . .                                                                                                                                                                     | II - 1993 |
| Quanto ao fraco crescimento da procura . . . . .                                                                                                                                                                | II - 1994 |
| Quanto à transparência do mercado . . . . .                                                                                                                                                                     | II - 1995 |
| Quanto à obrigação de se examinar a existência de um mecanismo dissuasivo . . . . .                                                                                                                             | II - 1997 |
| Quanto à obrigação de se reconhecer a importância devida à reacção dos concorrentes e dos consumidores actuais e potenciais . . . . .                                                                           | II - 1998 |
|                                                                                                                                                                                                                 | II - 2025 |

|                                                                                                                                                                                                                          |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| d) Quanto ao efeito cumulativo dos casos em que foram ignorados elementos de prova e quanto à insuficiência de fundamentação . . . . .                                                                                   | II - 1998 |
| 2. Apreciação do Tribunal . . . . .                                                                                                                                                                                      | II - 2000 |
| a) Quanto ao argumento relativo à obrigação de se reconhecer o âmbito de aplicação limitado do artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89. . . . .                                                                            | II - 2000 |
| b) Quanto aos argumentos relativos à obrigação de se definir a situação do mercado em caso de inexistência de concentração e à obrigação de se determinar as condições de uma colusão tácita . . . . .                   | II - 2001 |
| c) Quanto aos argumentos relativos ao efeito cumulativo dos casos em que foram ignorados elementos de prova e à insuficiência da fundamentação . . . . .                                                                 | II - 2007 |
| C — Quanto à eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos . . . .                                                                                                                                   | II - 2009 |
| 1. Quanto à admissibilidade da argumentação relativa a uma eventual ilegalidade cometida na fase da análise dos compromissos . . . . .                                                                                   | II - 2009 |
| a) Argumentos das partes . . . . .                                                                                                                                                                                       | II - 2009 |
| b) Apreciação do Tribunal . . . . .                                                                                                                                                                                      | II - 2010 |
| 2. Quanto ao mérito. . . . .                                                                                                                                                                                             | II - 2011 |
| a) Argumentos das partes . . . . .                                                                                                                                                                                       | II - 2011 |
| Quanto à argumentação apresentada nos articulados das partes . . . . .                                                                                                                                                   | II - 2011 |
| Quanto à possibilidade de examinar os compromissos de 15 de Setembro de 1999 antes de expirar o prazo . . . . .                                                                                                          | II - 2012 |
| Quanto ao carácter suficiente ou insuficiente dos compromissos apresentados em 15 de Setembro de 1999 e ao seguimento dado ao pedido do Tribunal sobre a comunicação de documentos relativos a essa apreciação . . . . . | II - 2013 |
| b) Apreciação do Tribunal . . . . .                                                                                                                                                                                      | II - 2016 |
| Quanto às despesas . . . . .                                                                                                                                                                                             | II - 2022 |