Processo T-342/99

Airtours plc
contra
Comissão das Comunidades Europeias

«Concorrência — Regulamento (CEE) n.º 4064/89 —
Decisão que declara uma concentração incompatível com o mercado comum —
Recurso de anulação — Mercado relevante —
Conceito de posição dominante colectiva — Prova»

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) de 6 de Junho de 2002 . . . . . II-2592

Sumário do acórdão

1. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Mercado em causa — Delimitação — Critérios — Aplicação ao sector das férias organizadas no estrangeiro*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

2. *Concorrência — Concentrações — Exame pela Comissão — Verificações necessárias ao reconhecimento de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Nexo entre a operação de concentração notificada e a referida posição dominante colectiva — Caracterização*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

3. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Conceito*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 2.º, n.º 3)

4. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Condições*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 2.º, n.º 3)

5. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Análise da Comissão — Exame atento das circunstâncias que se mostrem relevantes para a apreciação dos efeitos da operação de concentração no funcionamento da concorrência no mercado de referência*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

6. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Ónus da prova*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

7. *Concorrência — Concentrações — Exame pela Comissão — Apreciações de ordem económica — Poder discricionário de apreciação — Fiscalização jurisdicional — Limites*
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 2.º)

8. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Necessidade de a Comissão tomar em consideração, quando do seu exame, o grau de concorrência existente no mercado relevante no momento da notificação da operação de concentração*

(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

9. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação ou reforço de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Indícios de uma colusão tácita entre operadores económicos — Estabilidade das quotas históricas de mercado*

(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

10. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação de uma posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum — Procura estável com volatilidade reduzida — Elemento pertinente na caracterização de uma posição dominante colectiva*

(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)

1. A definição adequada do mercado relevante é uma condição necessária e prévia à apreciação dos efeitos na concorrência de uma operação de concentração de empresas notificada em aplicação do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas. A este respeito, o mercado dos produtos abrangidos pela operação deve ser definido tendo em conta todo o contexto económico, de modo a poder apreciar-se o poder económico efectivo da empresa ou das empresas em questão, e importa, para esse efeito, definir previamente os produtos que, não sendo substitutos de outros produtos, são suficientemente intermutáveis com os produtos que essas empresas oferecem, em função não só das suas características próprias mas também das condições de concorrência e da estrutura da procura e da oferta no mercado.

(cf. n.os 19-20)

2. Quando, no âmbito da aplicação do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, a Comissão examina uma eventual posição dominante colectiva, deve determinar se a criação ou o reforço dessa posição, susceptível de entravar significativamente e de forma duradoura a concorrência efectiva exis-

tente no mercado, é a consequência directa e imediata da concentração. Não havendo uma modificação substancial da concorrência existente, a operação deveria ser autorizada.

Tratando-se de uma alegada posição dominante colectiva, a Comissão deve apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado de referência, se a operação de concentração que lhe é notificada leva a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva no mercado em causa por parte das empresas que intervêm na operação de concentração e por uma ou mais empresas terceiras que, em conjunto, e designadamente em função dos factores de correlação que existam entre as mesmas, possam adoptar a mesma linha de acção no mercado e agir em medida apreciável, independentemente dos outros concorrentes, da sua clientela e, em última análise, dos consumidores.

(cf. n.os 58-59)

3. Uma situação de posição dominante colectiva que impeça significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste pode ocorrer após uma concentração, quando, tendo em conta as próprias características do mercado relevante e a modificação introduzida na sua estrutura pela realização da operação, esta teria como resultado que, tendo consciência dos interesses comuns, cada membro do oligopólio dominante consideraria possível, economicamente razoável e portanto preferível adoptar de forma duradoura a mesma linha de conduta no mercado com o objectivo de vender acima dos preços concorrenciais, sem dever proceder à celebração de um acordo ou recorrer a uma prática concertada na acepção do artigo 81.º CE, e isto sem que os concorrentes actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de modo eficaz.

Na análise prospectiva do mercado própria de qualquer apreciação de uma alegada posição dominante colectiva, essa posição não deve apenas ser encarada num plano estático, num dado momento, o da realização da operação e das modificações introduzidas na estrutura da concorrência, mas deve também ser apreciada de modo dinâmico, nomeadamente no respeitante à sua coerência interna, à sua estabilidade e ao facto de se saber se o comportamento paralelo anticoncorrencial que ela poderia gerar pode perdurar no tempo.

(cf. n.os 61, 192)

4. São necessárias três condições para que possa ser criada, na sequência de uma operação de concentração, uma situação de posição dominante colectiva que entrava significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste:

— 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. A este respeito, não basta que cada membro do oligopólio dominante esteja consciente de que todos podem beneficiar de um comportamento interdependente no mercado, mas deve também dispor de um meio de saber se os outros operadores adoptam a mesma estratégia e se a mantêm. A transparência no mercado deveria ser suficiente para permitir a cada membro do oligopólio dominante conhecer, de modo suficientemente preciso e imediato, a evolução do comportamento no mercado de cada um dos outros membros;

— em segundo lugar, é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento ao não afastamento da linha de conduta comum no mercado. Com efeito, só no caso de todos os elementos do oligopólio dominante manterem um comportamento paralelo é que dele podem beneficiar. Esta condição integra, portanto, o conceito de retaliações em caso de comportamento que se desvie da linha de acção comum. Neste contexto, a Comissão não deve necessariamente provar a existência de um determinado «mecanismo de retaliação», mais ou menos rígido, mas deve demonstrar, de qualquer forma, a existência de factores de dissuasão suficientes para que cada um dos membros do oligopólio dominante não tenha interesse em desviar-se do comportamento comum em detrimento dos outros membros do oligopólio. Para que uma situação de posição dominante colectiva seja viável, é necessário existirem factores de dissuasão suficientes para assegurar um incitamento duradouro no sentido de não haver desvios da linha de conduta comum, o que equivale a dizer que é necessário que cada membro do oligopólio dominante saiba que uma acção fortemente concorrencial da sua parte destinada a aumentar a sua quota de mercado provocaria uma acção idêntica por parte dos outros, de modo que não retiraria nenhuma vantagem da sua iniciativa;

— em terceiro lugar, deve igualmente ser demonstrado que a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais bem como dos consumidores não põe em causa os resul-

tados esperados da linha de acção comum.

(cf. n.os 62, 195)

5. A análise prospectiva que a Comissão deve realizar no âmbito do controlo das concentrações, tratando-se de uma posição dominante colectiva, exige uma análise atenta, designadamente das circunstâncias que, segundo cada caso concreto, se mostrem relevantes para a apreciação dos efeitos da operação de concentração no funcionamento da concorrência no mercado de referência.

(cf. n.º 63)

6. Quando a Comissão considera que uma operação de concentração de empresas deve ser proibida porque vai criar uma situação de posição dominante colectiva, compete-lhe apresentar provas sólidas. Essas provas devem dizer respeito, designadamente, a elementos que desempenham um papel importante na avaliação de uma eventual criação de uma posição dominante colectiva, como, por exemplo, a ausência de concorrência efectiva entre os operadores alegadamente membros do oligopólio dominante e a reduzida pressão concorrencial que possa eventualmente ser exercida pelos outros operadores.

(cf. n.º 63)

7. As disposições fundamentais do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, a fiscalização, pelo órgão jurisdicional comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuada tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações.

(cf. n.º 64)

8. O grau de concorrência existente no mercado relevante no momento de notificar uma operação de concentração é uma circunstância determinante para caracterizar a eventual criação de uma situação de posição dominante colectiva no âmbito da aplicação do

Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas. Com efeito, tratando-se de apreciar a existência de uma posição dominante colectiva, uma das questões que a Comissão é obrigada a examinar é a de saber se a operação que lhe é submetida implicaria um entrave significativo à concorrência efectiva no mercado relevante. Ora, não existindo uma alteração importante no nível da concorrência preexistente, a operação deveria ser autorizada, porque não produz efeitos restritivos da concorrência.

(cf. n.º 82)

9. No âmbito da caracterização de uma posição dominante colectiva, a estabilidade das quotas históricas de mercado constitui um elemento favorável ao desenvolvimento de uma colusão tácita, na medida em que facilita a divisão do mercado em vez de uma forte concorrência, tendo cada operador por referência a quota de mercado de que dispõe historicamente para fixar proporcionalmente a sua produção.

(cf. n.º 111)

10. A teoria económica considera que a volatilidade da procura torna mais difícil a criação de uma posição dominante colectiva. Pelo contrário, uma procura estável, tendo, portanto, uma volatilidade reduzida, constitui um elemento importante na caracterização de uma posição dominante colectiva, na medida em que torna mais facilmente detectáveis os desvios relativamente à linha de acção comum (quer dizer, as batotas), permitindo distingui-los das adaptações da capacidade destinadas a responder ao aumento ou à diminuição do mercado volátil.

(cf. n.º 139)