

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Quinta ampliada)
de 6 de junio de 2002 *

En el asunto T-342/99,

Airtours plc, representada por los Sres. J. Swift, QC, y R. Anderson, Barrister, y el Sr. M. Nicholson y las Sras. J. Holland y A. Gomes da Silva, Solicitors, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. R. Lyal, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso de anulación contra la Decisión C(1999) 3022 def. de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (asunto n° IV/M.1524 — Airtours/First Choice), publicada con el número 2000/276/CE (DO 2000, L 93, p. 1),

* Lengua de procedimiento: inglés.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Quinta ampliada),

integrado por la Sra. P. Lindh, Presidenta, y los Sres. R. García-Valdecasas, J.D. Cooke, M. Vilaras y N.J. Forwood, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de octubre de 2001;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y procedimiento

1 El 29 de abril de 1999, Airtours plc, sociedad británica dedicada principalmente a las actividades de operador turístico y de proveedor de viajes combinados, anunció su intención de adquirir todo el capital de uno de sus competidores, el operador turístico británico First Choice plc.

- 2 En la misma fecha, Airtours notificó a la Comisión este proyecto de concentración, conforme al artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1; corrección de errores en el DO 1990, L 257, p. 13), modificado en último término por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n° 4064/89»).
- 3 Mediante Decisión de 3 de junio de 1999, la Comisión consideró que la operación de concentración planteaba serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común y decidió incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89.
- 4 El 9 de julio de 1999, la Comisión notificó a la demandante, con arreglo al artículo 18 del Reglamento n° 4064/89, un pliego de cargos en el que exponía los motivos por los cuales estimaba a primera vista que la operación proyectada crearía una posición dominante colectiva en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos. La demandante respondió a este pliego de cargos el 25 de julio de 1999.
- 5 Los días 28 y 29 de julio de 1999 se celebró una audiencia ante el consejero-auditor de la Comisión, con arreglo a los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento n° 4064/89 (DO L 61, p. 1).
- 6 El 7 de septiembre de 1999, la demandante ofreció una serie de compromisos, al amparo del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, para subsanar los problemas relativos a la competencia que se habían identificado.

- 7 El 9 de septiembre de 1999 se reunió el Comité Consultivo en materia de concentraciones de empresas y emitió su dictamen sobre la operación de concentración y sobre los compromisos propuestos por la demandante.
- 8 El 15 de septiembre de 1999 se celebró una reunión en presencia de los representantes de la demandante y de la Comisión, al final de la cual la demandante presentó una propuesta firme de compromisos revisados.
- 9 Mediante Decisión de 22 de septiembre de 1999 (asunto n° IV/M.1524 — Airtours/First Choice) [Decisión C(1999) 3022 def., publicada con el número 2000/276/CE (DO 2000, L 93, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión»)], la Comisión declaró la operación de concentración incompatible con el mercado común y con el funcionamiento del Espacio Económico Europeo, con arreglo al artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, por considerar que crearía una posición dominante colectiva en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos, de resultas de la cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa en el mercado común. La Comisión señaló en la Decisión que los compromisos propuestos por Airtours el 7 de septiembre de 1999 no bastaban para impedir que se crease una posición dominante colectiva y que los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999 se presentaron demasiado tarde para que la Comisión pudiera tenerlos en cuenta en esta fase del procedimiento.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 10 El 2 de diciembre de 1999, la demandante interpuso el presente recurso.

- 11 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia decidió iniciar la fase oral. En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, pidió a la demandante y a la Comisión que presentasen diversos documentos y que respondieran por escrito a varias preguntas.
- 12 Mediante escritos de la Comisión de 27 de julio de 2001 y de 3 de agosto de 2001 y de la demandante de 31 de agosto de 2001, las partes cumplieron las diligencias de ordenación del procedimiento acordadas por el Tribunal de Primera Instancia.
- 13 En la vista celebrada el 11 de octubre de 2001 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.
- 14 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Anule la Decisión.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 15 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Sobre el fondo

- 16 La demandante invoca cuatro motivos para fundamentar su recurso. El primer motivo se basa en la existencia de errores manifiestos de apreciación en la definición del mercado de productos pertinente y en la infracción del artículo 253 CE. El segundo motivo se basa en la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 y en la violación del principio de seguridad jurídica por el hecho de que la Comisión examinase el caso de autos aplicando un concepto nuevo y erróneo de posición dominante colectiva, así como en la infracción del artículo 253 CE. El tercer motivo se basa en la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 derivada de que la Comisión declaró que la operación de concentración notificada crearía una posición dominante colectiva y en la infracción del artículo 253 CE. El cuarto motivo se basa en la infracción del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 y en la violación del principio de proporcionalidad resultante de que la Comisión no aceptase los compromisos propuestos por la demandante.

Sobre el primer motivo, basado en la definición errónea del mercado de productos de referencia y en la infracción del artículo 253 CE

A. La Decisión

- 17 Por lo que se refiere a la definición del mercado de productos de referencia en la actividad de organización de viajes combinados al extranjero para consumidores británicos, que es la única que la demandante discute, la Decisión distingue dos

mercados distintos, el de los viajes combinados hacia destinos lejanos (en lo sucesivo, «viajes hacia destinos lejanos») y el de los viajes combinados hacia destinos cercanos (en lo sucesivo, «viajes hacia destinos cercanos»). A este respecto, la Decisión precisa que el sector de los viajes considera destinos lejanos todos los destinos cuyo vuelo desde el Reino Unido tiene una duración claramente superior a tres horas, excepto los vuelos hacia las islas del Mediterráneo oriental o hacia las Islas Canarias, que pueden durar hasta cuatro horas aproximadamente. Por lo tanto, todos los destinos de vacaciones en Europa (continente e islas) y el norte de África se incluyen en la categoría de los «destinos cercanos», al contrario que los destinos situados, por ejemplo, en el Caribe, en América o en el sudeste asiático, cuyos vuelos duran mucho más (el doble o más en general) (considerandos 10 a 13 de la Decisión).

- 18 La Decisión expone en sus considerandos 16 a 28 los motivos por los cuales la Comisión consideró que, desde el punto de vista de la competencia, las diferencias entre los viajes hacia destinos lejanos y cercanos son mayores que sus semejanzas, lo que justifica que existan mercados distintos a efectos de la evaluación de la concentración notificada. Estos motivos son los siguientes:

- a) Por una parte, las escasas posibilidades de sustitución entre los vuelos de largo y de corto recorrido para las compañías aéreas (y, por tanto, para los operadores turísticos integrados verticalmente), teniendo en cuenta la dificultad de utilizar los mismos aviones para los destinos cercanos y lejanos, el coste de explotación de los aviones grandes en relación con el de los aviones más pequeños y los obstáculos a los que deben hacer frente las compañías de chárter (incluidas las que pertenecen a las partes) si pretenden «readaptar considerablemente su flota entre capacidades para largo y para corto recorrido», a saber: la necesidad de invertir capital, el tiempo que requiere la realización de tal inversión y la dificultad de alquilar aviones a corto plazo, ya que las compañías de chárter (incluyendo las de las partes) son propietarias de la mayoría de sus aviones o los alquilan por un plazo relativamente largo (lo normal es un arrendamiento por cinco años) con el fin de reducir costes, mantener la calidad y garantizar la continuidad de la oferta (considerandos 16 a 18 de la Decisión).

b) Por otra parte, el hecho de que, para el consumidor final, existen varias diferencias significativas entre los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos y lejanos:

- En primer lugar, en términos de imagen o de idea de vacaciones: los viajes hacia destinos lejanos parecen más exóticos y, por consiguiente, agradan a los solteros y a las parejas sin hijos; los viajes hacia destinos cercanos, como los destinos mediterráneos, interesan más bien a las familias (considerando 20 de la Decisión).

- En segundo lugar, por lo que respecta al momento del año para ir de vacaciones: los viajes hacia destinos lejanos se adaptan peor a las necesidades de los consumidores británicos que viajan en familia, quienes suelen realizar la mayoría de los viajes combinados al extranjero durante la temporada alta de verano (aproximadamente de mediados de julio a finales de agosto), coincidiendo con las vacaciones escolares (y, en algunas regiones, con las fechas de cierre de las empresas) (considerando 20 de la Decisión).

- En tercer lugar, en cuanto a la duración del traslado: el hecho de que la duración del vuelo sea mucho mayor puede también disuadir a algunos consumidores de optar por un viaje hacia un destino lejano, aunque sea comparable en otros aspectos a un viaje hacia un destino cercano, por ejemplo, desde el punto de vista del clima, de la situación, del precio, de los visados, de las exigencias médicas, etc. (considerando 21 de la Decisión).

- En cuarto lugar, por lo que se refiere a la imposibilidad de sustituir los viajes hacia destinos cercanos por viajes hacia destinos lejanos o viceversa debido a su precio: los precios de los viajes hacia destinos lejanos son sensiblemente más elevados y la convergencia entre los precios de estos

viajes y los de los viajes hacia destinos cercanos de tipo comparable es escasa. Si bien los precios de ambos tipos de viaje pueden ser a veces idénticos o similares, en particular en algunos momentos del año (por ejemplo, cuando hace mal tiempo), esta coincidencia muy limitada no basta para presionar sobre los precios de todo el mercado de destinos cercanos, ya que sólo una parte ínfima de los clientes considera que los viajes hacia destinos lejanos de que se trata constituyen alternativas efectivas (considerandos 22 a 26 de la Decisión).

B. Sobre la definición del mercado de productos de referencia

- 19 Con carácter preliminar, procede señalar que, al aplicar el Reglamento nº 4064/89, como se plantea en el caso de autos, la definición adecuada del mercado de referencia es un requisito necesario y previo a la apreciación de los efectos en la competencia de la concentración de empresas notificada (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, denominada «Kali & Saltz», asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 143).
- 20 El mercado de los productos afectados por la operación debe definirse teniendo en cuenta el contexto económico global, de manera que pueda apreciarse el poder económico efectivo de la empresa o de las empresas de que se trata y para ello es necesario definir previamente cuáles son los productos que, sin ser sustitutivos de otros productos, son suficientemente intercambiables con los productos que aquéllas ofertan, en función no sólo de sus características propias, sino también de las condiciones de la competencia y de la estructura de la demanda y de la oferta en el mercado (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, apartados 10 y 13, y la del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 63).

- 21 La demandante rechaza la definición del mercado de productos de referencia que tiene en cuenta la Decisión. Considera que, en lugar de restringir el mercado pertinente al de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos, la Comisión debería haberlo definido como el mercado formado por todos los viajes combinados al extranjero, incluyendo los viajes combinados hacia destinos lejanos. La demandante censura que la Comisión se apartase de su práctica anterior respecto a la definición del mercado de los viajes combinados al extranjero y sostiene que no apreció correctamente las posibilidades de sustitución de la demanda y de la oferta. Afirma que este vicio en el razonamiento tiene como consecuencia que la Decisión incurre en errores manifiestos de apreciación, de los que resulta un error de Derecho.
- 22 Por lo que respecta a la opinión de la Comisión según la cual no existe posibilidad de sustituir la demanda de viajes hacia destinos lejanos por viajes hacia destinos cercanos o viceversa, la demandante sostiene que los argumentos de la Comisión relativos, por un lado, a las características distintas de los productos y, por otro lado, a las diferencias entre los precios medios de los viajes hacia destinos lejanos y hacia destinos cercanos son erróneos.
- 23 En primer lugar, la demandante hace referencia a las características del producto y discute las afirmaciones de la Comisión según las cuales los viajes hacia destinos lejanos son más exóticos y menos convenientes para las familias e implican vuelos de duración más larga. Así pues, afirma que algunos destinos cercanos, como Turquía o el norte de África, son más «exóticos» que otros destinos lejanos, como Florida o la República Dominicana, que son más bien «familiares». En cuanto a la duración del viaje hasta el lugar de hospedaje, podría ser tan largo en los viajes hacia destinos cercanos como en los viajes hacia destinos lejanos, ya que lo importante es la duración total del viaje, incluyendo la facturación y los traslados, y no el tiempo de vuelo en sentido estricto. Por último, la demandante sostiene que tanto en el segmento de los viajes hacia destinos lejanos como en el de los viajes hacia destinos cercanos existe variedad en los tipos de estancias que ofertan los operadores turísticos, lo que permite tomar en consideración los distintos estilos de vida (por ejemplo, familiar o no) y la diversidad de preferencias (en particular, respecto al tipo de alojamiento, de comida, de actividades y de intereses, etc.).

- 24 En segundo lugar, por lo que respecta a las diferencias entre los precios de los viajes, la demandante alega que no es pertinente señalar que los precios medios de los viajes hacia destinos lejanos superan los de los viajes hacia destinos cercanos cuando, como en el caso de autos, los productos son muy diferentes. La demandante aduce también que existe convergencia entre los precios de los dos tipos de viajes, porque algunos vuelos hacia destinos cercanos se sitúan en la misma horquilla de precios que algunos vuelos hacia destinos lejanos.
- 25 El Tribunal de Primera Instancia observa que se desprende de los autos que la Comisión concluyó que los viajes hacia destinos cercanos pertenecen a un mercado distinto del de los viajes hacia destinos lejanos teniendo en cuenta las preferencias de los consumidores, la duración media de los vuelos, los niveles medios de precios y las escasas posibilidades de intercambiar la flota aérea que se utiliza para cada uno de los tipos de destinos. La Comisión llegó a esta conclusión sin cuestionar, no obstante, que los consumidores aprecian cada vez más los viajes combinados al extranjero hacia destinos lejanos ni tampoco que los estudios de mercado invocados por la demandante en su respuesta al pliego de cargos (véanse *British National Travel Survey*, 1998, volumen 4, así como *The 1998 Holiday Market* y *Mintel: Holidays: The booking procedure*, 1997) ponen de manifiesto una tendencia de los británicos a ampliar el horizonte geográfico de sus vacaciones, en particular hacia la otra costa del Océano Atlántico. La Comisión tampoco negó que, por un lado, una gran parte (el 36 %) de los viajeros que disfrutaron de vacaciones en destinos cercanos durante los últimos cinco años viajaron también hacia destinos lejanos durante este período y, por otro lado, un número aún mayor de entre estos viajeros (el 62 %) podrían «muy» o «bastante» probablemente hacerlo durante los próximos cinco años, como mencionó la demandante en el cuadro 2.4 de su respuesta al pliego de cargos.
- 26 Por tanto, procede examinar si la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al estimar que los citados elementos justificaban que se definiera de manera restringida el mercado de referencia y se excluyeran los viajes hacia destinos lejanos, a los que consideró insuficientemente intercambiables por los viajes hacia destinos cercanos.

- 27 En primer lugar, por lo que respecta a la duración media de los vuelos, la Comisión subrayó, sin que la demandante lo negara, que existe una diferencia sustancial entre la duración media de los vuelos hacia los destinos lejanos, que es superior a ocho horas, y la de los vuelos hacia los destinos cercanos, que suele ser inferior a tres horas (los vuelos del Reino Unido hacia las islas del Mediterráneo oriental o hacia las Islas Canarias pueden durar hasta cuatro horas aproximadamente). La demandante alega que, en la práctica, lo que importa desde el punto de vista de los consumidores no es la duración del vuelo sino la duración total del traslado desde la ciudad de origen hasta el hotel de destino. Sin embargo, la demandante no puede ampararse en este argumento para relativizar la diferencia indiscutible que existe entre la duración media de los vuelos, tres horas de media en el caso de los vuelos hacia destinos cercanos y ocho horas de media en el caso de los vuelos hacia destinos lejanos, ya que en realidad la duración del traslado desde el aeropuerto hasta el hotel puede también variar cualquiera que sea el destino.
- 28 En segundo lugar, por lo que se refiere a la importancia que debe otorgarse a los precios a los que se venden ambos tipos de viajes y a su impacto en los consumidores, la Comisión estimó que las diferencias entre el precio medio de los viajes hacia destinos lejanos y el de los viajes hacia destinos cercanos son tales que justifican la definición de mercados distintos. A este respecto, procede señalar que la Comisión admite que existe cierta convergencia entre los precios de ambos tipos de viajes. No obstante, sostiene que dicha convergencia no es suficiente para que los dos tipos de productos puedan considerarse sustituibles o para que los precios de unos puedan influir en los precios de los otros.
- 29 La Comisión expone en el considerando 23 de la Decisión los motivos por los que estimó que ambos tipos de viajes no eran sustituibles desde el punto de vista del precio. Señala que, según la información proporcionada por la demandante en el anexo 1 a) de su respuesta de 29 de junio de 1999 a la solicitud de información de la Comisión, los precios que se ofertan al consumidor son sensiblemente más elevados en el caso de los viajes hacia destinos lejanos.

- 30 De este modo, la Comisión observó en primer lugar que entre el precio medio de catálogo de los viajes hacia destinos lejanos para el verano de 1998 y el de los viajes hacia destinos cercanos existía una diferencia superior al 100 %. También examinó la cuestión comparando viajes combinados similares (catorce noches, tres estrellas, sin comidas) en Florida y España, lo que puso de manifiesto que el precio medio de éstos era aproximadamente la mitad que el de aquéllos. Una comparación análoga entre Florida y Grecia o Canarias dio resultados más o menos similares (una diferencia de entre 30 % y 40 % en pensión completa). La Decisión detalla algunos ejemplos de comparación de los precios relativos a ciertos destinos turísticos cercanos y lejanos ofertados en los folletos de Airtours, que ponen de manifiesto diferencias de precio considerables entre los dos tipos de destinos.
- 31 La demandante niega la pertinencia de los precios medios como elementos de comparación de la incidencia que tiene el precio en las decisiones de los consumidores respecto a unos productos claramente diferenciados. Sostiene que lo importante a la hora de determinar el mercado del producto de referencia es el comportamiento de los «clientes marginales» y si estarían dispuestos a sustituir los viajes hacia destinos cercanos por viajes hacia destinos lejanos en el caso de que los precios de aquéllos aumentasen. La Comisión acepta que los precios medios no reflejan necesariamente los precios marginales pero estima que cuando las diferencias son tan considerables como en el caso de autos, es poco probable que exista una gama suficiente de viajes hacia destinos lejanos realmente comparable, a precios suficientemente parecidos, para que sus precios puedan ejercer presión sobre los de los viajes hacia destinos cercanos, ya que sólo una parte ínfima de los clientes considera dichos viajes alternativas efectivas.
- 32 Por tanto, procede examinar si la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación sobre la importancia relativa de los clientes marginales, es decir, sobre el número de clientes que reaccionarían si aumentasen los precios de los viajes hacia destinos cercanos y contratarían viajes hacia destinos lejanos en relación con el número total de clientes de los operadores turísticos que compran habitualmente viajes hacia destinos cercanos.

33 A este respecto, es necesario señalar, con carácter preliminar, que las partes están de acuerdo en que los consumidores británicos de viajes combinados al extranjero suelen ser muy sensibles al precio de estos productos.

34 La opinión de la Comisión se expone en el considerando 24 de la Decisión, donde admitió que «los precios de las vacaciones hacia algunos destinos lejanos, en particular en algunos momentos del año (por ejemplo, cuando el tiempo es generalmente malo), pueden a veces ser idénticos o casi a los de vacaciones de máxima calidad hacia destinos cercanos (temporada alta de verano, alojamiento de mejor calidad)». No obstante, estimó a continuación que «no cabe esperar que esta coincidencia muy limitada baste para presionar sobre los precios del conjunto del mercado de destinos cercanos, en la medida en que sólo una parte ínfima de los consumidores consideraría que las vacaciones hacia los destinos lejanos en cuestión constituyen alternativas efectivas, tanto desde el punto de vista del precio como por otras razones».

35 En apoyo de esta apreciación, la Comisión destacó en el considerando 25 de la Decisión que ninguno de los destinos lejanos citados por la demandante en su respuesta al pliego de cargos (cuadro 2.6) para corroborar su opinión sobre la convergencia de precios se situaba en la misma gama de precios que los que había proporcionado antes.

36 En efecto, del examen de los anexos 1 a) y 2 del escrito de la demandante de 29 de junio de 1999, en el que respondía a las solicitudes de información de la Comisión de 15 y 21 de junio de 1999 (documentos presentados por la Comisión en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, véase el anexo 6 b/7 b del primer escrito de presentación de documentos de la Comisión), resulta que la Comisión afirmó con razón que las diferencias entre los precios medios eran significativas, sobre todo cuando se comparan dentro de la misma temporada (invierno o verano). El anexo 1 a) muestra efectivamente que en las temporadas de verano de 1996, 1997 y 1998 los precios medios semanales en libras esterlinas (GBP) de los viajes hacia destinos cercanos ascendían, respectivamente, a

354 GBP, a 378 GBP y a 369 GBP, mientras que los precios de los viajes hacia destinos lejanos eran de 676 GBP, de 757 GBP y de 781 GBP respectivamente.

- 37 Además, el examen de estos documentos confirma que estaba fundada la apreciación de la Comisión contenida en el considerando 25 de la Decisión. En efecto, del anexo 2 del escrito de la demandante de 29 de junio de 1999 se desprende que la demandante había afirmado que, para los destinos cercanos, un viaje tipo, por ejemplo de una semana en un hotel de tres estrellas con media pensión en Mallorca, en julio o agosto de 2000, costaba 485 GBP. Pues bien, estas cifras son sensiblemente inferiores a las que figuran en el cuadro 2.6 en la página 21 de la respuesta al pliego de cargos, cifras a las que hace referencia el considerando 25 de la Decisión. Únicamente los precios de los viajes ofertados para el mes de diciembre de 1999 con destino a Jamaica (699 GBP), México (649 GBP) y Sri Lanka (699 GBP) se acercan a los precios medios de los destinos cercanos aplicables en la temporada de verano de 2000.
- 38 Los documentos presentados por la demandante corroboran asimismo la opinión de la Comisión. En efecto, como se expone en el considerando 26 de la Decisión, resulta que en el anuncio publicitario de los viajes combinados hacia destinos lejanos ofertados por BA Holidays, presentado por la demandante durante la audiencia ante la Comisión (véase el considerando 26 de la Decisión, nota a pie de página 23), se proponen cuatro destinos a precios muy competitivos: Barbados (399 GBP), Tobago (499 GBP), Granada (529 GBP) y Santa Lucía (799 GBP). Sin embargo, como subraya la Comisión, el viaje a Santa Lucía es el único que incluye las comidas, mientras que los demás incluyen sólo el alojamiento y el vuelo. Además, son precios de temporada baja, válidos para los meses de septiembre y octubre de 1999.
- 39 Es necesario añadir que, en su respuesta de 29 de junio de 1999 a las solicitudes de la Comisión de 15 y de 21 de junio de 1999, la demandante dio como ejemplo del producto típico que oferta un viaje a Mallorca en verano, en un hotel de tres estrellas, cuyo coste aproximado asciende a 485 GBP además del suplemento de vuelo.

40 Además, la demandante admitió en la vista que publica un catálogo de viajes hacia destinos cercanos distinto del que publica para los viajes hacia destinos lejanos.

41 En tales circunstancias, la opinión de la Comisión según la cual sólo una pequeña parte de los clientes de los principales operadores turísticos británicos considera que los viajes hacia destinos cercanos son sustituibles por los viajes hacia destinos lejanos en términos de relación calidad/precio («value for money») no puede ser calificada de manifiestamente errónea.

42 Esta conclusión no queda desvirtuada por las demás alegaciones que formula la demandante.

43 Ésta aduce que ciertos estudios realizados en el sector de que se trata consideran los viajes hacia destinos lejanos como una parte de la corriente mayoritaria. En particular, cita la publicación Mintel: *Holidays: The Booking procedure*, en la que se expone lo siguiente: «Los viajes de larga distancia han entrado en el mercado de las vacaciones principales. En la medida en que se basa en un deseo de viajar más lejos y de ver el mundo fuera de Europa, el factor precio se ha convertido necesariamente en un elemento clave en la elección del consumidor.» Además, la demandante afirma que la Comisión debería haber tenido en cuenta los testimonios de los operadores turísticos ajenos a las partes, obtenidos durante su investigación, que destacan también que la sustitución de viajes hacia destinos cercanos por viajes hacia destinos lejanos es cada vez mayor.

44 Sin embargo, en las circunstancias del caso de autos, el hecho de que la Comisión, al definir el mercado, no otorgase una importancia decisiva a la evolución de los gustos de los consumidores, ni a la creciente sustitución de los viajes hacia destinos cercanos por viajes hacia destinos lejanos, como Florida y la República Dominicana, ni tampoco al crecimiento del mercado de los viajes hacia destinos

lejanos durante los últimos años, no basta para concluir que la Comisión se extralimitó en el ejercicio de sus facultades de apreciación por estimar que los viajes combinados hacia destinos cercanos no se incluyen en el mismo mercado de productos que los viajes combinados hacia destinos lejanos.

- 45 En tercer lugar, en cuanto a la alegación de la demandante relativa a la posibilidad de sustitución por el lado de la oferta y a la posibilidad de intercambiar los aviones utilizados en los vuelos de largo y de corto recorrido, no se puede censurar que la Comisión considerase que la observación según la cual algunos aviones polivalentes, como el Boeing 757, pueden utilizarse en cierta medida tanto para destinos lejanos como para destinos cercanos no era suficientemente determinante, teniendo en cuenta los demás extremos observados en relación con la posibilidad de sustitución del producto desde el punto de vista de la demanda, para definir el mercado de manera más amplia. A este respecto, es necesario referirse, como hace la propia demandante, al apartado 13 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5), a tenor del cual:

«Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.»

- 46 Por último, la demandante no puede invocar un defecto de motivación en relación con la definición del mercado de referencia.
- 47 La Comisión dedicó una parte considerable de la Decisión, los considerandos 5 a 28, a explicar los motivos por los cuales estimaba que el mercado de referencia quedaba limitado al mercado de los viajes hacia destinos cercanos. La Decisión

muestra así, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la Comisión respecto a la definición del mercado de referencia, de manera que el juez comunitario pueda ejercer su control y los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión, C-350/88, Rec. p. I-395, apartado 15).

48 En consecuencia, debe desestimarse el primer motivo por infundado.

Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89, en la violación del principio de seguridad jurídica y en la infracción del artículo 253 CE por el hecho de que la Comisión examinase el caso de autos haciendo referencia a un concepto erróneo de posición dominante colectiva

49 La demandante censura que la Comisión aplicase en la Decisión un concepto nuevo y erróneo de «posición dominante colectiva», que se expone globalmente en los considerandos 51 a 56 de la Decisión, se apartase de su práctica resolutoria anterior, de la jurisprudencia comunitaria y de los principios económicos de sentido común e infringiese el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89. La demandante afirma que, al actuar así, la Comisión violó asimismo el principio de seguridad jurídica e infringió el artículo 253 CE en la medida en que la Decisión adolecía de un defecto de motivación.

50 La Comisión niega que actuase con un nuevo enfoque y sostiene que aplicó el criterio de la posición dominante colectiva que ya había utilizado en anteriores asuntos y que el Tribunal de Primera Instancia aprobó en su sentencia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, Rec. p. II-753).

- 51 Procede destacar que los considerandos citados *supra* (51 a 56) se incluyen en la parte V A de la Decisión, en la cual la Comisión expone con carácter meramente introductorio y de manera sintética las razones por las cuales concluyó que la operación de concentración notificada provocaría que se crease una posición dominante y responde en términos generales a algunas observaciones formuladas por la demandante durante el procedimiento administrativo respecto a ciertos elementos característicos de una situación de posición dominante colectiva.
- 52 En esta parte introductoria del análisis jurídico de la concentración notificada, la Comisión se limita a trazar las líneas generales de sus apreciaciones relativas a los efectos de la operación, que se exponen y se desarrollan con detalle posteriormente en los considerandos 57 a 180 de la Decisión.
- 53 Dado que la Decisión constituye un acto de aplicación del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 a una operación de concentración concreta, el control de legalidad de dicha Decisión que realiza el Tribunal de Primera Instancia debe limitarse a la postura adoptada por la Comisión respecto a la operación notificada, es decir, que este Tribunal debe examinar la manera en que se aplicó el Derecho a los hechos y pronunciarse sobre la fundamentación de las apreciaciones de la Comisión en relación con los efectos de la concentración notificada en la competencia. En el caso de autos, las apreciaciones particulares sobre el impacto de la operación en la competencia que llevaron a la Comisión a considerar que debía prohibirse la concentración se exponen y se desarrollan en los considerandos 57 a 180 de la Decisión y la demandante las impugna en el marco de su tercer motivo.
- 54 Por tanto, procede examinar en primer lugar la fundamentación de las alegaciones que la demandante formula en el marco del tercer motivo y al mismo tiempo tener en cuenta sus alegaciones relativas a las apreciaciones generales que realiza la Comisión en los considerandos 51 a 56 de la Decisión.

Sobre el tercer motivo, basado, por una parte, en la infracción del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89 por el hecho de que la Comisión declarase que la operación de concentración notificada crearía una posición dominante colectiva y, por otra parte, en la infracción del artículo 253 CE

55 Mediante este motivo, la demandante pretende probar que la Comisión cometió un error de apreciación al decidir que debía prohibirse la operación prevista. Sostiene que la Decisión no demuestra de modo suficiente con arreglo a Derecho que el resultado de la operación sería la creación de una posición dominante colectiva que podría obstaculizar de manera significativa la competencia en el mercado de referencia. Así pues, la demandante afirma que, al prohibir la operación, la Comisión infringió el artículo 2 del Reglamento n° 4064/89.

A. Consideraciones generales

56 A tenor del artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

57 En virtud del artículo 2, apartado 3, del citado Reglamento, se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.

58 Cuando la Comisión examina una posible posición dominante colectiva aplicando el Reglamento n° 4064/89, debe determinar si la creación o el refuerzo

de tal posición, de resultas de la cual se obstaculice de manera significativa y duradera la competencia efectiva existente en el mercado, sería la consecuencia directa e inmediata de la concentración (véase, en este sentido, la sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, apartado 94). Si la competencia preexistente no se modifica de manera sustancial, debe autorizarse la operación (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión*, T-2/93, Rec. p. II-323, apartados 78 y 79, y *Gencor/Comisión*, antes citada, apartados 170, 180 y 193).

- 59 Se desprende de la jurisprudencia que, «en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores» (sentencias *Kali & Salz*, apartado 221, y *Gencor/Comisión*, apartado 163, antes citadas).
- 60 El Tribunal de Primera Instancia declaró que «no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios» (sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, apartado 276).

61 Por consiguiente, puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 277), y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo.

62 Como alega la demandante y la Comisión ha admitido en sus escritos procesales, para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva así definida es necesario que se cumplan tres requisitos:

— En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. Como admite expresamente la Comisión, no basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado.

— En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse

de la línea de conducta común en el mercado. Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que existan represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. A este respecto, las partes están de acuerdo en que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 276).

- En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe asimismo acreditar que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común.

- 63 El análisis prospectivo que la Comisión ha de realizar en el marco del control de las concentraciones respecto a una posición dominante colectiva requiere un examen atento, en particular, de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia (sentencia Kali & Salz, antes citada, apartado 222). En efecto, como destacó la propia Comisión en el considerando 104 de su Decisión de 20 de mayo de 1998, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (asunto n° IV/M.1016) (DO 1999, L 50, p. 27), se desprende también de la sentencia Kali & Salz que, cuando la Comisión considera que debe prohibirse una operación porque va a crear una situación de posición dominante colectiva, recae sobre ella la carga de aportar pruebas sólidas. Estas pruebas deben referirse, en particular, a los elementos que deben desempeñar un papel importante al evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva, como la falta de competencia efectiva entre los operadores que supuestamente serían miembros del oligopolio dominante y la debilidad de la presión que podrían efectuar los demás operadores.

- 64 Además, es preciso señalar que las normas materiales del Reglamento nº 4064/89, y en particular su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico y que, por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de definir las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (sentencias Kali & Salz, apartados 223 y 224, y Gencor/Comisión, apartados 164 y 165, antes citadas).
- 65 Procede, pues, examinar a la luz de las anteriores consideraciones la fundamentación de las alegaciones que formula la demandante con el fin de probar que la Comisión cometió un error de apreciación al estimar que, si la operación notificada se autorizase, se reunirían los requisitos o los elementos característicos de una posición dominante colectiva.

B. *La Decisión*

- 66 La Decisión distingue (véanse los considerandos 72 y 75) dos tipos de operadores en el mercado de referencia, por una parte los grandes operadores turísticos y por otra los operadores secundarios u operadores turísticos pequeños:
- Los grandes operadores turísticos se caracterizan por su tamaño relativamente significativo, ya que su cuota de mercado es superior al 10 % (según los datos de la Comisión, Thomson realiza el 27 % de las ventas, Airtours el 21 %, Thomas Cook el 20 % y First Choice el 11 %, lo que significa que conjuntamente realizan el 79 %; según los datos de Airtours, Thomson realiza el 30,7 % de las ventas, Thomas Cook el 20,4 %, Airtours el 19,4 % y First Choice el 15 %, es decir, que en total realizan el 85,5 % de las ventas), y por el hecho de que todos ellos están integrados verticalmente en sentido ascendente (explotación de compañías chárter) y descendente (agencias de viajes).

— Los operadores secundarios son de inferior tamaño, ninguno de ellos tiene una cuota de mercado superior al 5 % y en general no disponen de compañías chárter ni de agencias de viajes propias. Además de Cosmos, que es una excepción a la falta de integración vertical de los operadores secundarios ya que está vinculada a Monarch, una de las principales compañías de vuelos chárter en el Reino Unido, de Manos y de Kosmar, que son el quinto, el sexto y el séptimo operador turístico y realizan respectivamente el 2,9 %, el 1,7 % y el 1,7 % de las ventas, existen varios centenares de operadores turísticos pequeños que compiten, entre los cuales ninguno realiza más del 1 % de las ventas.

67 Resulta de la Decisión (véase el resumen de la apreciación de la Comisión en los considerandos 168 a 172 de la Decisión) que la Comisión consideró que la realización de la operación propuesta crearía una posición dominante en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos, que produciría el efecto de obstaculizar de manera significativa la competencia en el mercado común en el sentido del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 por los motivos siguientes:

— La realización de la operación propuesta eliminaría la competencia entre los tres grandes operadores turísticos que subsistirían después de la concentración (el conjunto Airtours/First Choice, Thomson y Thomas Cook). Por las características estructurales y el modo de funcionamiento del mercado, que dependería de las decisiones adoptadas respecto a la capacidad, y por su alto grado de concentración (el 80 % para los tres únicos grandes operadores turísticos si se efectuase la operación), estos operadores ya no tendrían aliciente para competir entre sí (considerando 169 de la Decisión).

— La operación aumentaría el grado de transparencia y de interdependencia que ya existe en el mercado, por lo que los tres grandes operadores subsistentes tendrían mucho interés en adoptar comportamientos paralelos en cuanto a la

cantidad de viajes combinados ofertados, reduciendo así las capacidades más de lo que exige la evolución del mercado (considerando 170 de la Decisión).

- El examen de la competencia anterior refuerza esta conclusión, ya que prueba que el mercado de referencia ya tenía cierta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva (considerandos 128 a 138 de la Decisión).

- Existirían factores de disuasión y la posibilidad de represalias, ya que, si uno de los tres grandes operadores turísticos subsistentes decidiese no restringir su capacidad, los otros dos podrían hacerlo también, lo que provocaría un «exceso de oferta» y graves consecuencias financieras para todos ellos (considerando 170 de la Decisión).

- La realización de la operación marginaría aún más a los operadores turísticos pequeños y a los operadores nuevos, es decir, a los competidores actuales y potenciales, puesto que perderían la posibilidad de utilizar a First Choice como proveedor de plazas de avión y como canal de distribución potencial. En cualquier caso, estos operadores no podrían compensar las eventuales restricciones de las capacidades puestas en práctica por los tres grandes operadores turísticos que subsistirían (considerando 171 de la Decisión).

⁶⁸ Por lo que respecta a los efectos de la operación en la competencia efectiva, la Comisión consideró que el hecho de limitar la capacidad global comercializada tendría por efecto que el mercado se cerrase y que aumentasen los precios y los beneficios de los miembros del oligopolio dominante (véanse, en particular, los considerandos 56 y 168 *in fine* de la Decisión).

C. Sobre los supuestos errores de apreciación cometidos por la Comisión

- 69 La demandante alega que, al contrario de lo que afirma la Comisión, los elementos que ésta tuvo en cuenta para caracterizar en la Decisión la situación de posición dominante colectiva no existían en el momento de la notificación ni se darían si se realizara la operación.
- 70 De manera más precisa, la demandante sostiene en primer lugar que la Comisión no probó de modo suficiente con arreglo a Derecho que, habida cuenta de las características del mercado de referencia, la realización de la operación incitaría a los tres grandes operadores subsistentes a dejar de competir entre sí.
- 71 En segundo lugar, aduce que, aun suponiendo que se vieran incitados, el hecho de que no existan factores de disuasión y de que los operadores no puedan tomar represalias adecuadas impediría la creación del supuesto oligopolio dominante.
- 72 En tercer lugar y en cualquier caso, la demandante afirma que los operadores turísticos pequeños y los operadores nuevos, es decir, los competidores actuales y potenciales, actuarían contra las posibles restricciones de capacidad practicadas y los consumidores reaccionarían en consecuencia, por lo que los tres grandes operadores subsistentes no tendrían, como consecuencia de la concentración, la facultad de actuar en gran medida de manera conjunta y con independencia de los demás competidores y de los consumidores.
- 73 Por último, sostiene que la Comisión incurrió en un error de apreciación al estimar el impacto de la operación en la competencia del mercado de referencia.

1. Observaciones preliminares

- 74 Con carácter preliminar, la demandante alega que, en el pasado, la tendencia natural de los operadores del mercado de referencia a determinar su capacidad con prudencia no les ha impedido en modo alguno competir entre sí y que no hay razones para estimar que la realización de la operación propuesta haría desaparecer esta competencia por el hecho de que se cree una posición dominante colectiva de los tres grandes operadores turísticos subsistentes.
- 75 La Decisión es particularmente elíptica respecto a la calificación de la situación de competencia existente en el momento de la notificación. Sin embargo, es sabido que la Comisión concluyó que la realización de la operación propuesta crearía y no que reforzaría una posición dominante en el mercado (considerando 194 de la Decisión). La Comisión ha confirmado en sus escritos procesales que no afirma que existiese en el momento de la notificación una situación de oligopolio dominante y que se trata de la creación y no del refuerzo de una posición dominante colectiva. Por tanto, no discute que los operadores turísticos principales, antes de que se realizase la operación propuesta, no consideraron posible y rentable limitar su capacidad con el fin de aumentar sus precios y sus beneficios.
- 76 Se desprende de lo anterior que, en el caso de autos, el examen del Tribunal de Primera Instancia debe partir de una situación en la que, según la propia Comisión, los cuatro grandes operadores turísticos no pueden adoptar la misma línea de acción en el mercado y, por tanto, no se presentan en él como una única entidad frente a sus competidores, a las empresas con las cuales mantienen relaciones comerciales y a los consumidores y en la que, en consecuencia, no disponen de las facultades correspondientes a una posición dominante colectiva.
- 77 En tales circunstancias, recaía sobre la Comisión la carga de probar que, dadas las características del mercado de organización de viajes combinados hacia destinos cercanos para los británicos y habida cuenta de la operación notificada, su

autorización habría provocado la creación de una posición dominante colectiva restrictiva de la competencia, ya que Airtours/First Choice, Thomson y Thomas Cook tendrían la facultad de adoptar la misma línea de acción en el mercado fijando su capacidad por debajo de lo que sería normal en un mercado competitivo caracterizado de antemano por una cierta prudencia en cuanto a las capacidades, facultad de la que no disponían previamente.

- 78 Por tanto, procede examinar los motivos y las alegaciones que formula la demandante en el caso de autos a la luz de las consideraciones anteriores.

2. Sobre la conclusión según la cual la realización de la operación de concentración incitaría a los tres grandes operadores subsistentes a dejar de competir entre sí

- 79 La demandante alega que la conclusión según la cual la realización de la operación de concentración incitaría a los tres grandes operadores subsistentes a dejar de competir entre sí es errónea porque, por una parte, la Comisión no tuvo en cuenta, como debía, la competencia que existía entre los operadores turísticos principales en el momento de la notificación y, por otra parte, cometió errores al apreciar las características del mercado que tomó en consideración como indicios para demostrar que se crearía una posición dominante colectiva, a saber, en especial, la evolución anterior y previsible de la demanda, su volatilidad y el grado de transparencia existente en el mercado.

a) Sobre la apreciación de la competencia existente entre los operadores turísticos principales

- 80 La demandante aduce que el análisis de la competencia que existía antes de la notificación (denominada «competencia anterior») desempeña un papel fundamental en el caso de autos, ya que los principales factores que según la Comisión

incitan a los operadores a no competir entre sí, a saber, la existencia de supuestas rigideces en relación con la capacidad, son propios del normal funcionamiento del mercado, afectan a toda la profesión y no se ven influidos por la realización de la operación propuesta. La demandante sostiene que, en los últimos años, el mercado de referencia ha funcionado de manera competitiva y rechaza la afirmación de la Comisión según la cual ya tenía cierta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva. En particular, censura que la Comisión tomase en consideración la supuesta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva antes de examinar siquiera la realización de la operación propuesta y la volatilidad de las cuotas de mercado históricas.

81 La Comisión alega que el funcionamiento anterior del mercado y el hecho de que en el pasado existiese competencia no son elementos importantes, dado que la Decisión se basa en que la operación propuesta crearía una posición dominante colectiva, es decir, que modificaría las condiciones del mercado, por lo que los citados factores de incitación y los comportamientos anteriores examinados ya no constituirían puntos de referencia relevantes para determinar la reacción de los operadores en la nueva situación del mercado. En consecuencia, afirma que la cuestión fundamental es si la operación propuesta modificaría las condiciones actuales del mercado de modo que los operadores principales ya no se comportasen como en el pasado. Así pues, no porque el mercado fuera competitivo con cuatro grandes operadores turísticos seguirá siéndolo si sólo subsisten tres. No obstante, la Comisión rechaza las alegaciones de la demandante destinadas a probar que entre los operadores principales había y sigue habiendo una competencia activa.

82 Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia señala que, cuando se trata de una supuesta posición dominante colectiva, una de las cuestiones que la Comisión tiene que examinar es si la operación de concentración que se le plantea obstaculizaría de manera significativa la competencia efectiva en el mercado de referencia (sentencias Kali & Salz, apartado 221, y Gencor/Comisión, apartado 163, antes citadas). Si el nivel de competencia preexistente no cambia de manera sustancial, debe autorizarse la operación porque no tiene el efecto de restringir la competencia (véase el apartado 58 *supra*). Por tanto, el grado de competencia existente en el mercado de referencia en el momento en que se notifica la operación es una circunstancia determinante para caracterizar la posible creación de una situación de posición dominante colectiva al aplicar el Reglamento n° 4064/89.

83 Como alega la demandante, el análisis de la competencia existente antes de la notificación es tanto más importante en el caso de autos cuanto que el objeto de la coordinación tácita que se produciría a juicio de la Comisión como consecuencia de la concentración sería la restricción de la capacidad que los tres grandes operadores subsistentes comercializan, por debajo del nivel que resultaría de su prudencia natural en la planificación de su capacidad, prudencia que ella misma considera propia del funcionamiento normal del mercado.

i) Sobre la supuesta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva antes de la realización de la operación propuesta

84 En primer lugar, procede señalar que, si bien la Comisión dedicó una parte de la Decisión a examinar la «estructura de la competencia anteriormente» (considerandos 128 a 138), el análisis detallado de los considerandos de esta parte muestra que, en realidad, la Comisión no se pronuncia en ellos sobre la amplitud de la competencia que existía en este mercado. Se limita a exponer (considerandos 128 a 138) una serie de circunstancias o de hechos ocurridos en dicho mercado durante los años anteriores a la notificación, para concluir de ellos (considerando 138 de la Decisión) que «varios elementos indican que ya existe en este sector una tendencia a una posición dominante colectiva (sobre todo por lo que se refiere a la fijación de las capacidades)». Pero en estos considerandos de la Decisión no se menciona que la competencia fuera escasa en el mercado antes de la notificación.

— Sobre el hecho de que los grandes operadores adoptan un enfoque prudente al planificar su capacidad y tienen en cuenta especialmente las estimaciones de los principales competidores

85 En los considerandos 135 y 136 de la Decisión, la Comisión expone que los grandes operadores adoptan un enfoque prudente al planificar las capacidades y tienen en cuenta especialmente las estimaciones de los principales competidores

(en el considerando 136, la Decisión cita algunas afirmaciones realizadas por los directivos de los grandes operadores turísticos británicos integrados, que la Comisión considera expresivas de dicha prudencia en la planificación). En el considerando anterior, el 135, la Decisión describe un episodio ocurrido durante el verano de 1995 que, según la Comisión, ilustra las consecuencias de un exceso de oferta en el mercado: en el período de planificación de 1994, los operadores turísticos sobrestimaron la demanda para la temporada de verano de 1995 y se encontraron con capacidades sin vender, que fue necesario liquidar con grandes descuentos, lo que les ocasionó pérdidas cuantiosas.

86 La demandante sostiene que no se puede reprochar a los grandes operadores que adopten un enfoque prudente al planificar su capacidad, prestando especial atención a las estimaciones de los demás operadores principales, puesto que el juez comunitario reconoció que la exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 173 y 174). La demandante considera que esta prudencia no es incompatible con una gran agresividad competitiva para mantener o aumentar sus cuotas de mercado en detrimento de sus principales competidores. A este respecto, cita las declaraciones de los operadores principales que describen sus ambiciones de crecimiento.

87 La Comisión alega que las intenciones que la demandante atribuye a los operadores principales reflejan la situación anterior a la operación propuesta y, por tanto, se refieren a unas circunstancias distintas. La Comisión no afirma que existiese anteriormente una situación de oligopolio dominante. Además, destaca que el «crecimiento agresivo» mencionado en algunas declaraciones se produjo en el pasado y se producirá en el futuro por medio de adquisiciones. Por último, señala que Thomas Cook le indicó que su preocupación principal ya no era el tamaño sino la rentabilidad (considerando 131 de la Decisión).

88 Procede recordar que la Decisión reconoce en varias ocasiones que esta tendencia natural a la prudencia al planificar las capacidades constituye una de las

particularidades del mercado de referencia en su estado actual, en el cual no existe una posición dominante colectiva que restrinja la competencia, y que es propia de todos los operadores y no sólo de los grandes, aunque sí afecta a éstos en especial (véanse los considerandos 60 a 66, 97 y 136 de la Decisión). Así pues, en el considerando 97 de la Decisión, la Comisión afirma que «la volatilidad de la demanda conduce, lógicamente, a limitar la capacidad planeada y aumentarla posteriormente si la demanda resulta especialmente importante» y que «de este modo, los proveedores se protegen contra las bruscas caídas de la demanda». En el considerando 136 señala que «los grandes operadores adoptan un enfoque prudente al planificar las capacidades y tienen en cuenta especialmente las estimaciones de los principales competidores».

89 En tales circunstancias, y dado que la Comisión no niega que el mercado de referencia fuera competitivo antes de la notificación, en particular en el momento de la crisis de 1995, no cabe estimar que el episodio ocurrido en aquel año, al que la Comisión otorga gran importancia, constituya en sí un indicio de que ya existía en este sector una tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva. El hecho de que, durante el período de planificación de 1994, los operadores se equivocasen en sus cálculos y sufriesen graves pérdidas por haber sobrestimado la demanda para la temporada de verano de 1995 no puede considerarse más que un ejemplo de los riesgos propios de este mercado, cuyo funcionamiento, que es muy particular, se explica en los considerandos 59 a 66 de la Decisión.

90 Si bien es cierto que de las declaraciones citadas en el considerando 136 de la Decisión se desprende que los directivos de los grandes operadores son conscientes de los riesgos de adoptar estrategias expansivas en el mercado de referencia, en particular gracias a lo aprendido con el episodio de 1995, y del hecho de que la clave de la rentabilidad reside en la adaptación de la capacidad a la demanda (véase el considerando 60 de Decisión), estas declaraciones no contienen el menor indicio de falta de competencia entre los operadores principales.

91 Por último, al contrario de lo que afirma la Comisión (véanse los considerandos 137 y 138 de la Decisión), el hecho de que los mismos inversores institucionales coincidan en cierta medida (entre el 30 % y el 40 % del capital) en Airtours, First

Choice y Thomson no puede considerarse un elemento indicativo de que existe ya en este sector cierta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva. A este respecto, basta con señalar que, como reconoce la propia Comisión en su escrito de contestación a la demanda (punto 73), en la Decisión no se afirma que el grupo de accionistas institucionales forme un conjunto homogéneo que permita controlar estas sociedades que cotizan en bolsa o que proporcione un mecanismo de intercambio de información entre las tres empresas. Además, la Comisión no puede sostener que estos accionistas constituyen un elemento adicional en favor de que las capacidades se gestionen de manera prudente, sin haber examinado en qué medida intervienen dichos accionistas en la gestión de las sociedades de que se trata. Por último, aun suponiendo que se acredite su capacidad de influir en la gestión de las empresas, puesto que las preocupaciones de los accionistas institucionales comunes relativas al crecimiento y, por tanto, a las capacidades no hacen más que traducir una característica propia del mercado de referencia, la Comisión seguiría sin haber probado que la participación de dichos inversores institucionales en el capital de tres de los cuatro operadores principales indica que ya existía en el mercado una tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva.

- 92 Resulta de lo anterior que, al no haber negado el carácter competitivo de este mercado, la Comisión no podía considerar la prudencia en la planificación de las capacidades, que caracteriza al mercado en circunstancias normales, como un indicio de que su opinión según la cual ya existía una tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva en este sector tenía fundamentación.

— Sobre la apreciación respecto a los movimientos de integración horizontal y vertical que caracterizaron al mercado desde que se publicó el informe de la Monopolies and Mergers Commission

- 93 La demandante alega que la Monopolies and Mergers Commission del Reino Unido, una de las autoridades de competencia del Reino Unido (en lo sucesivo, «MMC»), examinó la competencia que existía en 1997 en el mercado de

referencia y elaboró un informe titulado *Foreign package holidays: a report on the supply in the UK of tour operators' services and travel agents' services in relation to foreign package holidays* (en lo sucesivo, «informe de la MMC»). La demandante aduce que la MMC concluyó en su informe que la situación era suficientemente competitiva en este mercado.

- 94 La Comisión sostiene que la situación del mercado ha cambiado considerablemente desde que se aprobó el informe de la MMC en 1997, no sólo por el aumento de la integración vertical de los operadores principales, como afirma la demandante, sino también por la gran concentración horizontal que se ha producido.
- 95 En los considerandos 128 a 134 de la Decisión, la Comisión considera un indicio de que el mercado tiene tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva los movimientos de integración horizontal y vertical que han caracterizado al sector británico de los viajes combinados al extranjero en los últimos años y que se aceleraron desde la publicación del informe de la MMC en diciembre de 1997, fundamentalmente por el número de operadores medianos que fueron adquiridos por los cuatro grandes operadores turísticos.
- 96 No obstante, el Tribunal de Primera Instancia observa que un examen detallado de dichos movimientos muestra que las adquisiciones de operadores turísticos, compañías aéreas y agencias de viajes por los operadores principales a las que hace referencia el considerando 134 de la Decisión no provocan grandes cambios en el mercado que pudieran invalidar en 1999 las conclusiones extraídas por la MMC sobre la competencia en este mercado a finales de 1997 y, por tanto, que estas adquisiciones no podían ser consideradas un indicio de que existía una tendencia hacia la posición dominante colectiva.
- 97 En efecto, procede señalar en primer lugar que, como puso de manifiesto la demandante, la MMC estimó en su informe publicado en 1997 que el sector de

los viajes combinados al extranjero era un sector dinámico, en el que la competencia era fuerte y los obstáculos de acceso al mercado poco significativos. La MMC llegó a esta conclusión después de estudiar la situación y el funcionamiento del sector de los viajes con especial detalle (más de trescientas páginas), investigando durante doce meses un gran número de datos y de opiniones procedentes de todas las partes del sector de los viajes al extranjero vendidos en el Reino Unido. Para preparar su informe, la MMC solicitó cuatro estudios de mercado de consultores externos y el informe se elaboró en noviembre de 1997, es decir, sólo un año y medio antes de que la Comisión examinase este mercado en el marco de la operación notificada.

98 De manera más precisa, la MMC afirmó lo siguiente en el punto 1.6 de su informe:

«El sector de los viajes no ha sido ni mucho menos estático durante los diez últimos años y su imagen sigue modificándose, con tendencia hacia una mayor integración vertical. De todos los participantes principales que figuraban en nuestra investigación de 1986 sobre los viajes combinados al extranjero, Thomson es el único que conserva una posición de supremacía. Hemos reunido un gran número de pruebas de que la competencia en el sector es fuerte y estamos en general de acuerdo con esta tesis. Aunque la concentración ha aumentado durante los cinco últimos años, no se sitúa en un nivel particularmente alto. Los beneficios considerados en términos anuales no son excesivos. Los operadores van y vienen. No existen obstáculos significativos de acceso al mercado de los operadores turísticos ni al de las agencias de viajes.»

99 La Comisión no impugna este análisis en la Decisión, aunque cita en varias ocasiones las apreciaciones de la MMC contenidas en este informe sobre otras cuestiones (considerandos 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 y 134 de la Decisión). De esta circunstancia se desprende que la Comisión no rechaza las conclusiones de la MMC respecto a la caracterización de este mercado en 1997 como un mercado fuertemente competitivo.

- 100 No obstante, la Comisión señala (considerando 123 de la Decisión) que las condiciones de competencia en este mercado se modificaron considerablemente desde 1997, debido, en particular, a la mayor concentración e integración vertical en dicho mercado, como se expone en el considerando 134 de la Decisión. A este respecto, la Comisión sostiene que la eliminación de los operadores de tamaño mediano supone un cambio esencial en la estructura de la competencia y aumenta las posibilidades de que los operadores principales adopten un comportamiento paralelo.
- 101 Sin embargo, procede observar que los movimientos de integración horizontal y vertical que se han producido en el sector británico de los viajes combinados al extranjero desde la publicación del informe de la MMC son menos significativos de lo que afirma la Comisión.
- 102 En efecto, en cuanto a la integración horizontal, resulta de los autos (página 33 *bis* de la notificación de la operación a la Comisión, adjunta a la demanda como anexo 5, punto 4.18 del informe de la MMC de 1997 y considerando 72 de la Decisión) que la evolución de las cuotas de mercado de Thomson, Airtours y First Choice entre 1996 y 1999 no permite concluir que sus cuotas en el mercado de los destinos cercanos se reforzasen considerablemente. Según el gráfico que describe la evolución de las cuotas de mercado de los operadores turísticos teniendo en cuenta todos los destinos (anexo 5 de la demanda, página 33 *bis*), las ventas de viajes combinados al extranjero de Thomson, que representaban el 25 % de las ventas de viajes combinados al extranjero en 1996, sólo suponían el 22 % en 1998, mientras que las de Airtours ascendían al 16 % en 1996 y en 1998 y las de First Choice disminuyeron del 10 % en 1996 al 9 % en 1998. Por tanto, los tres primeros operadores que actuaban en 1997 realizaron el 51 % de las ventas de viajes combinados al extranjero en 1996 y el 47 % en 1998. Esta apreciación se ve corroborada al examinar los datos relativos a los destinos cercanos únicamente. En efecto, del punto 4.18 del informe de la MMC se desprende que, en 1997, la MMC examinó también las cuotas de mercado de los operadores turísticos integrados según la definición restringida del mercado de producto que se tuvo en cuenta en la Decisión, ya que Thomas Cook puso entonces de

manifiesto el interés de examinar también el mercado aplicando dicha definición. Pues bien, del examen comparativo de las cifras de las cuotas de mercado en 1996 (que figuran en el punto 4.18 del informe de la MMC) y en 1998 (incluidas en el considerando 72 de la Decisión), se infiere que Thomson pasó del 33 % al 30 % o al 27 %, según las fuentes, que Airtours pasó del 20 % al 19 % o al 21 %, según las fuentes, y que First Choice pasó del 12 % al 15 % o al 11 %, según las fuentes. Thomas Cook es el único cuya cuota de mercado aumentó sensiblemente, del 6 % al 20 %.

- 103 En consecuencia, lo más importante de la concentración que se produjo en el sector de los viajes combinados al extranjero después de 1997 es que Thomas Cook pasó en pocos años del estatus de operador pequeño al de gran operador turístico como consecuencia de varias operaciones de crecimiento externo (adquisición de Sunworld en junio de 1996, adquisiciones en 1998 de Flying Colours, que representaba el 3 % del sector de los viajes combinados al extranjero, y de Carlson/Inspirations, que representaba entre el 1 % y el 3 % de dicho sector) (informe de la MMC, cuadro 4.1, p. 76; considerandos 131 y 134 de la Decisión). Gracias a este crecimiento, Thomas Cook se presentó en 1998 como el cuarto gran operador turístico, integrado verticalmente y, por tanto, mejor situado para competir con los demás operadores integrados. No se puede interpretar esta circunstancia como un factor que pruebe la falta de competencia en el mercado.
- 104 Con excepción del caso de Thomas Cook, las adquisiciones de operadores turísticos a las que se refiere la Decisión en su considerando 134 consisten fundamentalmente en la compra de operadores de tamaño pequeño que no aumentaron de manera significativa la cuota de mercado de los operadores principales en el sector de los viajes combinados al extranjero. Por consiguiente, la eliminación de los operadores de tamaño mediano, que a juicio de la Comisión supuso un cambio esencial en la estructura de la competencia y aumentó las posibilidades de que los operadores principales adoptasen un comportamiento paralelo, se resume en que apareció un nuevo gran operador, Thomas Cook, cuya cuota de mercado ascendió del 6 % al 20 %.
- 105 En cuanto al aumento de la integración vertical de los grandes operadores que, según la Comisión, se produjo desde 1997 y constituye asimismo un indicio de la tendencia del sector hacia la situación de posición dominante colectiva

(considerando 138 de la Decisión), es necesario señalar que la Decisión es incoherente a este respecto, puesto que se basa al mismo tiempo en la idea de que la política de integración vertical es necesaria para competir con los grandes operadores turísticos. Así pues, en el considerando 132 de la Decisión, la Comisión indica que First Choice adoptó en 1998 una política de integración en la distribución con el fin de protegerse contra las prácticas comerciales desplegadas por los demás grandes operadores, de no tener que pagarles comisiones y de obtener una información mejor sobre las tendencias del mercado. En realidad, esta necesidad de que los operadores turísticos se integren verticalmente constituye uno de los elementos clave de la conclusión de la Comisión, quien consideró que en el caso de autos se crearía una posición dominante colectiva en particular porque la concentración eliminaría a First Choice como competidor en los tres niveles que componen la cadena de distribución (considerando 168 de la Decisión).

106 Se desprende de lo anterior que la propia Comisión admite en la Decisión que el aumento de la integración vertical favorece la competencia, ya que aumenta la eficacia en los distintos niveles y limita la interdependencia de los grandes operadores, que escogen sus propios medios de distribución respecto a los de los demás operadores. Por tanto, la observación de que se produjo este fenómeno de integración vertical después de la publicación del informe de la MMC en 1997 no puede constituir al mismo tiempo un indicio de la tendencia del mercado hacia la situación de posición dominante colectiva. Además, procede señalar que la MMC analizó también en su informe la tendencia creciente hacia la integración vertical y consideró que este fenómeno podía estimular la competencia con la misma probabilidad que podía frenarla (véase el punto 2.193 del informe de la MMC). En particular, la MMC concluyó que en 1997 los efectos de la integración vertical contrarios a la competencia eran escasos teniendo en cuenta el nivel de concentración del sector.

107 Por consiguiente, la Comisión estimó erróneamente que, como consecuencia de los movimientos de integración horizontal y vertical que se produjeron después de la publicación del informe de la MMC en 1997, debía descartar las apreciaciones de ésta sobre el grado de competencia que caracterizaba al mercado de referencia.

108 Resulta de lo anterior que la Comisión actuó erróneamente al concluir en el considerando 138 de la Decisión que los elementos expuestos en los considerandos 128 a 137 de ésta «[indicaban] que ya [existía] en este sector una tendencia a una posición dominante colectiva (sobre todo por lo que se refiere a la fijación de las capacidades)».

ii) Sobre la apreciación de la volatilidad de las cuotas de mercado históricas

109 La demandante invoca a continuación, a modo de prueba de que existe un mercado competitivo, el hecho de que en el pasado las cuotas de mercado de los operadores principales han sido volátiles, dinámicas y variables.

110 Según la Comisión, en el mercado de referencia no se ha observado recientemente ninguna volatilidad de este tipo. Destaca que las modificaciones de las cuotas de mercado de los grandes operadores a las que hace referencia la demandante se derivan de las adquisiciones realizadas y, por tanto, no son consecuencia de sus resultados obtenidos en el mercado. Pues bien, la Comisión afirma que, si se hace abstracción de dichas adquisiciones, las cuotas de mercado de los principales operadores no han variado apenas durante los últimos años, lo que permite pensar que es difícil lograr un crecimiento interno (considerando 128 y nota a pie de página 86 de la Decisión).

111 Procede señalar que, en la caracterización de una posición dominante colectiva, la estabilidad de las cuotas de mercado históricas es un elemento que favorece el desarrollo de una conducta colusoria, puesto que facilita la división del mercado en lugar de la competencia encarnizada porque cada operador hace referencia a la cuota de mercado que ha logrado históricamente para fijar su producción en relación con ella.

112 En el caso de autos, la observación de la Comisión según la cual la evolución de las cuotas de mercado de Thomson, de Airtours, de Thomas Cook y de First

Choice se ha mantenido estable durante los cinco últimos años se basa en la premisa de que no debe tenerse en cuenta el crecimiento externo. La Comisión considera que, cuando los cambios en las cuotas de mercado son consecuencia principalmente de la adquisición de competidores, las cuotas que corresponde atribuir al operador resultante pueden determinarse sumando las cuotas de las empresas adquirente y adquirida y que, por lo tanto, el problema de que los operadores intenten alcanzar una cuota de mercado equivalente al máximo obtenido en el pasado no se plantea.

- 113 Sin embargo, en las circunstancias del caso de autos no está justificado excluir el crecimiento externo al determinar la volatilidad de las cuotas de mercado, ya que el tamaño y el grado de integración vertical de las empresas constituyen factores competitivos importantes en el mercado de referencia (véanse, en particular, los considerandos 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 y 115 de la Decisión). En efecto, en tales circunstancias, las numerosas adquisiciones realizadas en el pasado por los grandes operadores, ya sea antes o después de la publicación del informe de la MMC, pueden interpretarse como un indicio de que existe gran competencia entre dichos operadores, que multiplican las adquisiciones para evitar que sus principales competidores les distancien en los elementos esenciales para beneficiarse plenamente de las economías de escala.
- 114 Además, la premisa de no tener en cuenta el crecimiento externo queda contradicha en el caso de autos por varias afirmaciones de la propia Comisión contenidas en la Decisión, que dan a entender, al contrario de lo que sostiene en sus escritos procesales, que una operación de adquisición realizada por uno de los grandes operadores turísticos no provoca, desde el punto de vista de los demás grandes operadores, la suma aritmética de las cuotas de mercado de las empresas adquirente y adquirida sino una reacción competitiva por su parte.
- 115 De este modo, la Decisión afirma en su considerando 137 que «cuando se supo que Airtours pretendía tomar el control de First Choice en abril de este año, bastó que Thomson anunciara su voluntad de defender su cuota de mercado para que su acción bajara un 9 % el mismo día, por “miedo a que la empresa desencadenara una guerra de precios”, lo que obligó a la dirección de Thomson

a desplegar esfuerzos considerables para convencer a los inversores institucionales de que se había interpretado mal este anuncio y de que no tenía intención de añadir nuevas capacidades en el mercado, sino solamente ocupar las posiciones abandonadas por Airtours/First Choice a raíz de su fusión».

- 116 La Decisión indica asimismo en su considerando 145 que «parece comúnmente admitido en el sector que toda concentración se traduce en una disminución temporal de las cuotas de mercado de los protagonistas, debido a que algunos clientes y proveedores abandonan estos últimos al no existir una duplicación de sus programas». Estas previsiones se confirman con el examen de los documentos relativos a la evolución de las cuotas de mercado históricas presentados por la demandante (anexo 6 del escrito de réplica, p. 2; véase también el cuadro sobre la evolución de las cuotas de mercado de los operadores, p. 8 de la demanda). Así pues, tras la adquisición de Horizon por Thomson en 1989, la cuota de mercado del conjunto resultante debería haber sido el 32 % (el 25 % de Thomson y el 7 % de Horizon) y en cambio disminuyó rápidamente hasta cerca del 25 %.
- 117 Pues bien, procede señalar que del análisis de los datos aportados a los autos resulta, como alega la demandante sin que la Comisión lo niegue, que las cuotas de mercado de los operadores principales en los viajes combinados al extranjero, incluyendo el crecimiento externo, varían considerablemente. El cuadro de las cuotas de mercado de los operadores que presentó la demandante en el impreso de notificación, que figura en la página 8 de la demanda, permite observarlo. Así, en 1990, la cuota de mercado de Thomson era el 21,81 %, la de First Choice el 5,82 %, la de Airtours el 4,27 % y la de Thomas Cook el 2,13 %. En 1994, la cuota de mercado de Thomson era el 23,13 %, la de Airtours el 15,52 %, la de First Choice el 5,88 % y la de Thomas Cook el 2,41 %. Por último, en 1998, la cuota de mercado de Thomson era el 19,28 %, la de Airtours el 14,26 %, la de First Choice el 7,47 % y la de Thomas Cook el 11,38 %.
- 118 En consecuencia, la Comisión erró al considerar que no debían tenerse en cuenta las cuotas de mercado resultantes de las adquisiciones y, por tanto, al estimar que la evolución de las cuotas de mercado de los operadores principales se había mantenido estable durante los últimos años.

119 Por último, por lo que respecta también a la competencia existente en el mercado de referencia, procede añadir que la demandante alega, sin que la Comisión discrepe, que los resultados obtenidos por los operadores principales pueden ser distintos dentro de la misma temporada, existiendo ganadores y perdedores, y pueden además variar de una temporada a otra. Esta circunstancia debe interpretarse como un indicio de que el mercado es competitivo y, por tanto, juega en contra de la existencia de una posición dominante colectiva.

iii) Conclusión sobre la apreciación de la competencia existente entre los operadores turísticos principales

120 Resulta de lo anterior que la Comisión cometió errores de apreciación al analizar la competencia existente en el mercado de referencia antes de la notificación. Por una parte, no demostró de manera suficiente con arreglo a Derecho su apreciación según la cual en este sector ya existía una tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva y, por tanto, a restringir la competencia, sobre todo en la fijación de las capacidades. Por otra parte, no tuvo en cuenta, como debía, el hecho de que las cuotas de mercado de los operadores turísticos principales habían sido volátiles en el pasado y de que esta volatilidad es un indicio de que existe un mercado competitivo.

b) Sobre la apreciación de la evolución anterior y previsible de la demanda, de su volatilidad y del grado de transparencia existente en el mercado

121 En una parte titulada «Características del mercado (oligopolio dominante)» (considerandos 87 a 127), la Decisión expone una serie de características que, según la Comisión, hacen que el mercado de referencia propicie la aparición de un oligopolio dominante. Se trata, en particular, de la homogeneidad del producto, el escaso crecimiento de la demanda, la baja sensibilidad de la demanda al precio, las estructuras de coste similares entre los principales proveedores, la gran transparencia del mercado, la elevada interdependencia y los

amplios vínculos comerciales que existen entre los principales proveedores, los importantes obstáculos de acceso al mercado y el escaso poder de compra de los consumidores. Según la Decisión (considerando 87), estas características existen ya y subsistirían si se llevase a cabo la operación prevista.

- 122 La demandante rechaza las apreciaciones que hicieron a la Comisión considerar que dichas características existen ya en el mercado de referencia y que harían que este mercado propiciase la aparición de un oligopolio dominante si se realizara la operación prevista. Alega en particular que, en el caso de autos, el índice de crecimiento de la demanda y su grado de volatilidad en el mercado de referencia, así como el grado de transparencia que existe en el mercado, constituyen elementos que, al contrario de lo que afirma la Comisión, dificultan la creación de una posición dominante colectiva.

i) Sobre las apreciaciones relativas al escaso crecimiento de la demanda

- 123 La demandante aduce fundamentalmente que la Comisión cometió un error de apreciación al estimar que el crecimiento de la demanda es globalmente escaso, cuando los datos comunicados en el marco del procedimiento administrativo y el hecho de que el crecimiento de la demanda sea más rápido que el del Producto Interior Bruto prueban lo contrario.

- 124 En los considerandos 92 y 93 de la Decisión, la Comisión expone sus apreciaciones respecto al crecimiento de la demanda en el mercado de referencia.

- 125 En el considerando 92, la Comisión afirma que «un estudio recientemente realizado para un operador turístico, mencionado en respuesta a una solicitud de

información de la Comisión [...] destacaba [...] que el índice de crecimiento anual medio es globalmente escaso (entre 3 % y 4 % en diez años)». También se dice que «[el] crecimiento de la demanda durante los dos próximos años debería ser próximo a cero según varias estimaciones del sector, pero posteriormente se espera una cierta recuperación».

126 A continuación, en el considerando 93, la Comisión afirma que «basándose en su investigación en el presente asunto [...] llegó a la conclusión de que el crecimiento global de la demanda en el mercado de los viajes combinados hacia destinos cercanos seguirá siendo moderado, como lo fue en la década de 1990». Por último, en conclusión, la Comisión «considera que el crecimiento del mercado no puede restablecer la competencia en un futuro previsible».

127 No obstante, el Tribunal de Primera Instancia observa que las afirmaciones de la Comisión se basan en una apreciación incompleta y errónea de los datos que se le comunicaron en el marco del procedimiento administrativo.

128 En primer lugar, procede señalar que, en respuesta a una diligencia de ordenación del procedimiento en la cual el Tribunal de Primera Instancia le pidió que presentase el estudio al que hace referencia el considerando 92 de la Decisión, la Comisión precisó que durante el procedimiento administrativo nunca dispuso del estudio completo y que sólo podía aportar a dicho Tribunal un extracto, presentado por un operador turístico como anexo a su respuesta a una solicitud de información. Este extracto consiste en una sola página de un documento titulado *Forecasting Holiday Demand*, elaborado por Ogilvy & Mather en una fecha desconocida.

129 Según dicho extracto, «el mercado británico de los viajes al extranjero ha crecido enormemente durante los últimos veinte años. A juicio del British National Travel Survey, los británicos realizaron alrededor de 30 millones de viajes al extranjero

(de más de cuatro noches), es decir más del triple de las cifras de 1978. En la última década, el mercado ha crecido una media de 3,7 % al año.» Respecto a la volatilidad de la demanda, el extracto precisa además que «si bien el crecimiento subyacente del mercado ha sido sostenido, el índice de crecimiento anual no se ha mantenido ni mucho menos constante. A unos índices de crecimiento anual del 10 % o más siguieron rápidamente contracciones considerables», que «no solamente la demanda de viajes es más volátil que el Producto Interior Bruto y que el gasto a largo plazo de los consumidores, sino que ni siquiera coincide del todo con el ciclo económico (por ejemplo, el mercado creció más del 10 % durante la recesión de 1980 y 1981)» y que «la volatilidad de la demanda hace que sea muy problemático estimar el volumen de demanda».

130 Pues bien, de un simple análisis de este documento resulta que la Comisión hizo una lectura errónea de él. Así, en el considerando 92 de la Decisión, indica que «el estudio destacaba también [it also noted] que el índice de crecimiento anual medio es globalmente escaso», cuando el extracto comunicado al Tribunal de Primera Instancia no contiene ninguna indicación en este sentido. En cambio, la Comisión hizo caso omiso del hincapié que el autor del extracto hizo en el enorme crecimiento de las ventas de viajes al extranjero en los últimos veinte años. De estas circunstancias se desprende que la Comisión interpretó este documento sin respetar su tenor literal ni su alcance teleológico, aun cuando decidió considerarlo un documento esencial en su apreciación según la cual el índice de crecimiento de este mercado fue moderado durante la década de 1990 y seguirá siéndolo (considerando 93 de la Decisión).

131 En segundo lugar, de estos extractos de la Decisión (considerandos 92 y 93) se infiere que la Comisión no tuvo en cuenta los índices de crecimiento de la demanda de los dos años anteriores a la notificación, 1997 y 1998, que sin embargo resultaron ser puntos de referencia importantes, dado que los efectos del episodio de 1995 ya se habían asimilado en el mercado. Pues bien, de los datos incluidos en el volumen 4 del informe de 1998 del British National Travel Survey, fechado en febrero de 1999, que la demandante presentó como anexo 9 de su impreso de notificación, se desprende que el sector de los viajes al extranjero experimentó un fuerte crecimiento durante toda la década y, por tanto, también durante los últimos años. En efecto, del contenido de la página 113 y del cuadro

que figura en la página 112 resulta que el número de salidas al extranjero de vacaciones aumentó de 21 millones en 1989 a 29,25 millones en 1998, lo que representa un crecimiento de más del 39,2 % en la última década. Después de la crisis de 1995, a causa de la cual el número de estancias en el extranjero pasó de 26 millones en 1995 a 23,25 millones en 1996 (lo que supone una disminución del 10,5 % aproximadamente), el número de viajes al extranjero aumentó de 23,25 millones a 27,25 millones en 1997 (lo que significa un crecimiento de más del 17,2 %) y de 27,25 millones a 29,25 millones en 1998 (lo que representa un crecimiento de más del 7,3 %). Respecto a este año, se afirma de manera expresa que se trata de un verdadero crecimiento y no de una diferencia debida a la práctica habitual de redondear las cifras cuando los cambios entre un año y el siguiente son mínimos. El hecho de que estos datos se refieran también a los viajes combinados hacia destinos lejanos no pone en entredicho su valor probatorio de la tendencia al alza sostenida, ya que este tipo de viajes sólo representaba una quinta parte del total en los últimos años (véase el informe del British National Travel Survey, p. 116).

¹³² La Comisión ignoró estos datos al estimar el crecimiento del mercado de referencia. Sin embargo, se refirió a la tendencia para los dos años siguientes, subrayando en el considerando 92 de la Decisión que «[el] crecimiento de la demanda durante los dos próximos años debería ser próximo a cero según varias estimaciones del sector, pero posteriormente se espera una cierta recuperación». Cuando se le preguntó a este respecto en la vista, la Comisión contestó que esta apreciación se basaba en un estudio econométrico presentado durante el procedimiento administrativo en respuesta a una solicitud de información. Debe señalarse que en la Decisión no se mencionaron ni los autores de este estudio econométrico ni su naturaleza ni el contexto en el que fue aportado a la Comisión. Por último, es necesario añadir que esta estimación de un índice de crecimiento cercano a cero queda contradicha en el considerando siguiente de la Decisión, el 93, en el que la propia Comisión «admite que es probable que el mercado de los viajes combinados hacia destinos cercanos siga creciendo» y que «podría ser incluso que creciera un poco más rápidamente que el producto interior bruto (PIB) debido a la mayor duración de las vacaciones y a un aumento del nivel de riqueza general».

¹³³ Se desprende de lo anterior que la Comisión realizó una interpretación incorrecta de los datos de que disponía en relación con el crecimiento de la demanda, al desconocer que este mercado había estado marcado por una clara tendencia a crecer de manera considerable durante la última década en general, a pesar del

carácter volátil de la demanda de un año a otro, y que la demanda había aumentado a un ritmo elevado durante los últimos años en particular. En este contexto de crecimiento, y no habiendo presentado elementos más precisos que acreditasen que la tendencia al crecimiento iba a invertirse en los años siguientes, la Comisión no podía estimar que la evolución del mercado estaba caracterizada por un crecimiento escaso, lo que en el caso de autos constituía un elemento que favorecía la creación de una posición dominante colectiva por los tres grandes operadores subsistentes.

ii) Sobre las apreciaciones relativas a la volatilidad de la demanda

134 La demandante sostiene que la volatilidad de la demanda dificulta la demostración de que existe una posición dominante colectiva, dado que añade «ruido» al mercado e impide distinguir fácilmente las variaciones de la demanda derivadas de la volatilidad del mercado de los aumentos de la capacidad provocados por las conductas que se apartan de la línea de acción común. La demandante afirma que la imposibilidad de distinguir ambos tipos de sucesos implica claramente que cualquier intento de colusión sería inestable.

135 La Comisión admite en la Decisión que en este mercado existe cierta volatilidad de la demanda (considerandos 92 y 95 de la Decisión). Sin embargo, señala (considerando 97 de la Decisión) que en el caso de autos dicha volatilidad no se opone a que se cree una posición dominante colectiva, sino que, al contrario, «hace que el mercado sea más propicio a la aparición de [dicha posición dominante], ya que este fenómeno, asociado al hecho de que es más fácil aumentar la capacidad que reducirla, supone que para los grandes operadores turísticos sea lógico adoptar una actitud conservadora al decidir la capacidad». Añade que «la volatilidad de la demanda conduce, lógicamente, a limitar la capacidad planeada y aumentarla posteriormente si la demanda resulta especialmente importante» y que «de este modo, los proveedores se protegen contra las bruscas caídas de la demanda».

- 136 En cualquier caso, la Comisión discute en los considerandos 94 a 96 de la Decisión los argumentos presentados durante el procedimiento administrativo por la demandante respecto a la volatilidad de la demanda y sus causas, que según la demandante están relacionadas con el Producto Interior Bruto, la evolución de los gustos de la clientela y la variabilidad de los costes (incidencia de las compañías aéreas de bajo coste). Así pues, la Comisión sostiene (considerando 95) que «todos los operadores turísticos están expuestos a los riesgos del ciclo económico y deben integrar la evolución macroeconómica en sus previsiones». Por tanto, la Comisión considera probable que todos los operadores turísticos analicen del mismo modo la evolución del mercado.
- 137 La Comisión admite (considerando 96 y notas a pie de página 73 y 74 de la Decisión) que ciertos choques exógenos, como por ejemplo los ataques terroristas contra turistas en Egipto o Turquía, pueden perturbar la planificación de los operadores turísticos, pero se niega a considerarlos como elementos que puedan dificultar la aparición de una posición dominante colectiva, ya que tales sucesos, que son excepcionales por su propia naturaleza, no son propios del mercado de los viajes combinados hacia destinos cercanos sino que pueden producirse en cualquier mercado.
- 138 Por último, la Comisión reconoce que las afirmaciones de la demandante sobre la dificultad que esta volatilidad implica para la creación de una posición dominante colectiva son conformes a la teoría económica pero afirma que carecen de pertinencia en el caso de autos. En opinión de la Comisión, dado que es más fácil aumentar la capacidad que reducirla, los operadores tendrán tendencia a comportarse con prudencia para protegerse de cualquier posible volatilidad. Además, considera fácil distinguir una disminución de la demanda de un aumento de la capacidad de otro operador, ya que la actuación de éste puede observarse directamente.
- 139 Procede señalar en primer lugar que, como reconoce la Comisión, la teoría económica considera que la volatilidad de la demanda dificulta la creación de una posición dominante colectiva. En cambio, una demanda estable y, por tanto, con escasa volatilidad, constituye un elemento pertinente para caracterizar una

posición dominante colectiva, dado que facilita la detección de las desviaciones respecto a la línea de acción común (es decir, las trampas), al permitir que se distinguan de las adaptaciones de la capacidad destinadas a responder al crecimiento o al decrecimiento del mercado volátil.

140 En el caso de autos, la Comisión admite que el mercado de referencia se caracteriza por cierto grado de volatilidad de la demanda (considerandos 92, 95 y 97 de la Decisión). En realidad, es necesario observar que varios documentos de los autos indican que la volatilidad de este mercado es considerable. Así, el extracto del estudio al que hace mención el considerando 92 de la Decisión expone que «no solamente la demanda de viajes es más volátil que el Producto Interior Bruto y que el gasto a largo plazo de los consumidores, sino que ni siquiera coincide del todo con el ciclo económico (por ejemplo, el mercado creció más del 10 % durante la recesión de 1980 y 1981)» y que «la volatilidad de la demanda hace que sea muy problemático estimar el volumen de demanda». La gran volatilidad del mercado se ve asimismo confirmada por los datos extraídos del informe de 1998 del British National Travel Survey. Según estos datos, después de la crisis de 1995, a causa de la cual el número de estancias en el extranjero pasó de 26 millones en 1995 a 23,25 millones en 1996 (lo que supone una disminución del 10,5 % aproximadamente), el número de viajes al extranjero aumentó de 23,25 millones a 27,25 millones en 1997 (lo que significa un crecimiento de más del 17,2 %) y de 27,25 millones a 29,25 millones en 1998 (lo que representa un crecimiento de más del 7,3 %).

141 Sin embargo, la Comisión afirma que este hecho no es pertinente en el caso de autos, dado que los operadores tienen tendencia a comportarse con prudencia para protegerse de cualquier posible volatilidad.

142 Pues bien, la Comisión no puede ampararse en que los operadores turísticos planifican de manera prudente su capacidad, con el fin de protegerse contra las caídas bruscas de la demanda, y prefieren aumentarla posteriormente si la demanda resulta especialmente elevada (considerando 97 de la Decisión) para negar la pertinencia en el caso de autos de un factor importante para caracterizar una situación de oligopolio dominante, como es el grado de estabilidad y de

previsibilidad del mercado de referencia. En efecto, si bien es cierto que la prudencia inherente al normal funcionamiento del mercado obliga a tener en cuenta la necesidad de anticipar lo mejor posible la evolución de la demanda, el proceso de planificación no deja de ser difícil, ya que todos los operadores deben anticipar con cerca de dieciocho meses de antelación, por las particularidades del mercado, la evolución futura de la demanda, que se caracteriza por su gran volatilidad y por tanto implica realizar una apuesta sobre el futuro. Por lo demás, la Comisión no consideró que la prudencia de los operadores ni la volatilidad de la demanda obstaculizasen el carácter competitivo del mercado antes de la realización de la operación. Por consiguiente, no se puede interpretar que la prudencia sea en sí un elemento propio de una posición dominante colectiva y no de un mercado competitivo del tipo del que existía en el momento de la notificación.

143 Por último, procede señalar que no pueden acogerse los argumentos expuestos por la Comisión (considerandos 94 a 96 de la Decisión) en relación con las críticas de la demandante.

144 Por lo que respecta a la volatilidad derivada del ciclo económico, la Comisión no puede limitarse a considerar, como hizo en el considerando 95 de la Decisión, que es «probable que todos los operadores turísticos hagan el mismo análisis de la evolución del mercado», sin aportar el más mínimo elemento que justifique esta afirmación, cuando las capacidades se fijan inicialmente alrededor de dieciocho meses antes de que empiece la temporada (véase el considerando 63 de la Decisión). En ese momento no se puede prever con precisión la evolución de las principales variables macroeconómicas, como el crecimiento del Producto Interior Bruto, los tipos de cambio o la confianza de los consumidores.

145 En cuanto a la volatilidad derivada de los choques exógenos, el enfoque de la Comisión, a juicio de la cual los operadores turísticos incorporan los datos de la volatilidad del mercado al cálculo de su capacidad (considerando 96 y notas a pie de página 73 y 74 de la Decisión), equivale a hacer lo que ella misma censura, es decir transformar estos choques exógenos en variables endógenas debido a que se

incorporan a la previsión de la demanda. Pues bien, los operadores no parecen actuar de esta manera. Ejemplo de ello son los problemas de Thomson en mayo de 1999, que sufrió cuantiosas pérdidas en sus ventas de viajes combinados al Mediterráneo oriental como consecuencia del impacto de la guerra en Kosovo y de las amenazas terroristas en Turquía, mientras que Airtours no se vio afectada por estos sucesos, como alega la demandante sin que la Comisión lo niegue.

146 Por último, por lo que se refiere al argumento de la Comisión según el cual es fácil en todo caso distinguir una disminución de la demanda de un aumento de la capacidad de otro operador, ya que la actuación de éste puede observarse directamente, procede desestimarlos porque, por los motivos que se exponen más adelante al examinar la transparencia del mercado, un operador turístico integrado tiene dificultades para interpretar correctamente las decisiones adoptadas por los demás operadores respecto a la capacidad.

147 Resulta de lo anterior que la Comisión no ha acreditado que la teoría económica no sea aplicable al caso de autos y que erró al considerar que la volatilidad de la demanda favorecería la creación de un oligopolio dominante por los tres grandes operadores subsistentes.

iii) Sobre la apreciación del grado de transparencia existente en el mercado de referencia

148 En el considerando 102 de la Decisión, la Comisión expone que, por lo que respecta a la transparencia, «procede distinguir entre el período de planificación y la temporada de venta, que comienza con la difusión de los catálogos» y que «sin embargo, el mercado es muy transparente para cada uno de los cuatro grandes operadores integrados durante ambos períodos».

149 En los considerandos 103, 104 y 105, afirma que «las decisiones cruciales en cuanto a capacidad para la temporada siguiente se toman durante el período de planificación» y que «en el caso de los cuatro grandes operadores turísticos, estas decisiones serán transparentes por las razones siguientes»:

- Ninguno de los grandes operadores turísticos ofrece un programa totalmente nuevo de una temporada a otra. Por el contrario, la planificación de una temporada futura se realiza en función de las ventas de la temporada anterior, que se corrigen al alza o a la baja según la previsión de la demanda para la temporada siguiente. En consecuencia, los cambios son progresivos y el programa de un operador turístico está en constante evolución. Así pues, antes de planificar una temporada, los operadores turísticos conocen en gran medida, gracias a su experiencia, cuáles serán las ofertas de los otros cuatro proveedores integrados para la nueva temporada (considerando 104 de la Decisión).

- Cada uno de los cuatro grandes operadores integrados tiene cierto conocimiento de los cambios planeados por los otros tres durante este período, ya que utilizan los mismos hoteles y recurren a las compañías aéreas de los demás grandes operadores para obtener o proporcionar capacidades o para negociar intercambios de plazas o de franjas horarias (considerando 105 de la Decisión).

- No se pueden disimular las decisiones de aumentar sensiblemente la capacidad, ya que de la adquisición o el arrendamiento financiero de aviones adicionales trasciende necesariamente al público (considerando 105 de la Decisión).

150 En el considerando 105 de la Decisión, la Comisión afirma que «por todas estas razones, cada uno de los cuatro grandes operadores turísticos sabría, por ejemplo,

que uno de ellos prevé transportar aún más viajeros y, por consiguiente, ofertar más viajes. Cada operador integrado puede pues conocer el número total de viajes propuestos por cada uno de los otros tres.»

151 En el considerando 113 de la Decisión, la Comisión concluye que, teniendo en cuenta la rigidez de las decisiones relativas a la capacidad, si se lleva a cabo la concentración «el elevado grado de transparencia aumenta incluso la probabilidad de que los principales proveedores mantengan una oferta insuficiente, dejando así insatisfecha más demanda de lo que ocurriría si el sistema fuera menos transparente (en cuyo caso habría temporalmente una oferta excedentaria que requeriría una reducción de los precios para dar salida a los productos), y permitiéndoles incrementar los precios medios por encima del nivel competitivo».

152 La demandante sostiene que el mercado de referencia no es transparente durante el período de planificación. Alega fundamentalmente que las decisiones sobre la capacidad global consisten en realidad en una amplia gama de decisiones individuales relativas a cada uno de los destinos y de los vuelos que se planifican y que las modificaciones de la capacidad planificada respecto a las capacidades del pasado son significativas y muy difíciles de identificar.

153 La demandante estima que el mercado de referencia tampoco es transparente durante el período de venta. Afirma esencialmente que no cabe considerar la transparencia de la capacidad sin tener en cuenta la transparencia de los precios y que la Comisión no ha entendido la naturaleza de la información disponible en los sistemas informáticos de reserva de viajes.

154 La Comisión admite que las decisiones relativas a la capacidad que se toman durante el período de planificación no son totalmente transparentes y recuerda las distintas posibilidades de obtener información respecto a los cuatro grandes operadores que se mencionan en la Decisión (considerandos 104 y 105).

- 155 La Comisión sostiene que la transparencia de los precios durante la temporada de venta carece de importancia, ya que el factor competitivo determinante en el mercado de referencia no es el precio sino la capacidad. No obstante, añade que la transparencia de la capacidad global es casi total en dicha temporada, puesto que cada uno de los operadores puede calcular las capacidades de sus competidores sobre la base de las ofertas que presentan en sus catálogos y de sus programas anteriores.
- 156 Con carácter preliminar, es necesario recordar que el hecho de que un mercado sea suficientemente transparente para permitir a cada miembro del oligopolio conocer el comportamiento de los demás facilita la creación de una posición dominante colectiva.
- 157 En primer lugar, procede observar que, en el caso de autos, la tesis de la Comisión consiste en sostener que el objeto de la coordinación tácita que caracteriza a la posición dominante colectiva no son los precios sino las capacidades ofertadas en el mercado y que, como pone de manifiesto en el considerando 103 de la Decisión, las decisiones cruciales respecto a la capacidad para la temporada siguiente se toman durante el período de planificación. La propia Comisión reconoce en el considerando 63 de la Decisión que «una vez que la temporada de reservas ha comenzado (es decir, hacia el verano de 1999 para las salidas en el verano de 2000), las posibilidades de cambios son muy limitadas, debido a la rigidez de algunos compromisos con los proveedores y a los problemas derivados de los cambios de fechas, vuelos, hoteles, etc., de los clientes que ya han reservado». En el considerando 62 de la Decisión, expone que Airtours admite la posibilidad de que la capacidad aumente durante este período hasta un máximo del 10 %.
- 158 Este enfoque se ve corroborado por los argumentos de la Comisión, que, respondiendo (considerando 108 de la Decisión) a la alegación de la demandante según la cual, como cada uno de los grandes operadores integrados debe gestionar varios miles de precios distintos debido a las numerosas fórmulas

propuestas, una concertación tácita sobre todos esos precios sería imposible, señala que, en el caso de autos, no considera que sea necesaria una concertación sobre los precios para crear una posición dominante colectiva. Añade lo siguiente:

«[...] durante la temporada de venta, ninguno de los operadores turísticos integrados se vería incitado a reducir los precios con el fin de aumentar su cuota de mercado, que se determina en función de la capacidad ofertada. Por consiguiente, los operadores turísticos no necesitan llegar tácitamente a un acuerdo sobre miles de precios. Así lo confirmaron los expertos económicos de Airtours: “el comportamiento de las empresas en cuanto a precios una vez determinadas las capacidades no afecta directamente a la posición dominante colectiva, es decir al ejercicio en común del poder de mercado”.»

159 Por consiguiente, en el caso de autos es necesario determinar en primer lugar si cada uno de los grandes operadores, al tomar sus decisiones fundamentales respecto a la capacidad durante el período de planificación, podrá o no conocer con suficiente certidumbre las decisiones de sus principales competidores. Únicamente si hay suficiente transparencia podrá dicho operador estimar la capacidad total decidida por los demás miembros del supuesto oligopolio y podrá saber que, si planifica de determinada manera su capacidad, estará adoptando la misma línea de acción que ellos y sólo en ese caso se verá incitado a hacerlo. El grado de transparencia es asimismo importante para permitir posteriormente a cada miembro del oligopolio detectar las variaciones en la capacidad de los demás operadores, distinguir las desviaciones respecto a la línea de acción común de las meras adaptaciones lógicas a la evolución volátil de la demanda y, por último, determinar si es necesario reaccionar en consecuencia sancionando las posibles desviaciones.

160 Pues bien, de las respuestas de la demandante (punto B.1 y anexos 5 a 8) a una diligencia de ordenación del procedimiento acordada por el Tribunal de Primera Instancia se desprende que la determinación de la capacidad para cada temporada no es un ejercicio automático de simple prórroga de la capacidad de un año al siguiente, fácil de prever para los demás operadores, sino que, por el contrario, supone para cada gran operador una tarea muy compleja, que sólo tiene en cuenta hasta cierto punto los datos históricos y que se realiza principalmente partiendo de un juicio subjetivo realizado por cada operador en función de múltiples variables y factores.

- 161 En particular, el examen de estos datos muestra que el ciclo de planificación no se sucede simplemente de un año a otro. A modo de ejemplo, para la temporada de verano de 1999 («año N»), que dura de mayo a octubre de 1999, la planificación de la capacidad empieza alrededor de dieciocho meses antes, en octubre o noviembre de 1997 («año N-2»). Por tanto, durante la fase principal de planificación, que termina con la primera publicación del catálogo en abril o mayo de 1998 («año N-1») los operadores turísticos tienen a su disposición los datos de los resultados de la temporada de verano de 1997 («año N-2») y algunos datos sobre la temporada futura de verano de 1998 («año N-1»). En este marco cronológico, la planificación de la capacidad global depende de diversas consideraciones generales y específicas depuradas con el paso del tiempo. Las consideraciones generales («top-down considerations») tienen en cuenta los principales factores que influyen en la demanda de viajes, tales como la actividad económica, los tipos de cambio y la confianza de los consumidores. Las consideraciones específicas («bottom-up considerations») se basan en el análisis detallado de las ofertas de productos existentes, partiendo, por ejemplo, del examen de los márgenes brutos y netos por vuelo o por unidad de alojamiento para uno u otro destino. A este respecto, se examina cada vuelo, en función de los aeropuertos de salida y de destino y de las franjas horarias, el destino y el producto disponible y la demanda de los consumidores para determinados tipos de viaje, con el fin de preparar la oferta global de viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos. Además, esta oferta se completa con las ofertas de productos nuevos creados por la demandante.
- 162 La demandante precisa que, teniendo en cuenta el carácter perecedero de los productos de que se trata, tiende a otorgar mayor importancia en la planificación al análisis de los factores macroeconómicos o de las consideraciones específicas relativas al coste y al margen que al examen del volumen de la demanda anterior, ya que esos elementos tienen más posibilidades de afectar a la renta disponible y a la demanda futura que los resultados pasados (las ventas realizadas y planificadas en los años N-2 y N-1), que aun así se toman en cuenta al planificar la temporada de verano del año N, dado que indican los puntos fuertes y débiles de la oferta existente y los elementos de dicha oferta que pueden mejorarse.
- 163 En términos estadísticos, el cuadro comunicado por la demandante (anexo 7 de su respuesta), relativo a la comparación entre las ventas previstas y las ventas

reales de su principal filial del Reino Unido, Airtours Holidays Ltd, durante el período 1996-2000, permite observar las diferencias entre la capacidad prevista para el año que está siendo planificado (año N), la capacidad estimada para el año N-1, cuya temporada de venta ya ha empezado, y la capacidad vendida en el año N-2, ya que la temporada ya ha terminado. Este cuadro muestra que la capacidad planificada por Airtours Holidays Ltd para el año N presenta grandes diferencias en relación con la capacidad estimada para el año N-1 (de + 7,5 % a + 11,2 % según el año N de que se trate) y con la capacidad vendida durante el año N-2 (de + 7,5 % a + 18,6 % según el año N de que se trate). En comparación, estas diferencias suponen un aumento de la capacidad entre dos y tres veces mayor que el crecimiento anual medio de la demanda total en el mercado (entre el 3 % y el 4 %) que la Comisión tuvo en cuenta en el considerando 92 de la Decisión.

164 Resulta de lo anterior que lo esencial del proceso de planificación no consiste en prorrogar simplemente la capacidad estimada o vendida en el pasado sino que intenta anticipar la evolución de la demanda a nivel tanto macroeconómico como microeconómico.

165 Procede añadir a las anteriores consideraciones las dificultades prácticas destacadas por la demandante, que hacen muy complicado conocer la capacidad prevista por cada uno de los demás grandes operadores durante el período de planificación, ya que sus decisiones respecto a la capacidad global para una temporada determinada son el resultado de agregar numerosas decisiones individuales adoptadas para cada uno de los destinos y cada uno de los vuelos y que varían de una temporada a otra.

166 En efecto, la demandante alega, sin que la Comisión lo niegue, que opera en aproximadamente cincuenta destinos a partir de veintiún aeropuertos situados en el Reino Unido, lo que supone más de mil combinaciones, y que las modifica considerablemente de una temporada a otra. Así pues, para el verano de 1999, Airtours aumentó un 19 % su capacidad hacia Fuerteventura, al mismo tiempo que redujo, para ese destino, su capacidad desde Manchester un 13 % y aumentó un 42 % su capacidad desde Cardiff. Del mismo modo, la capacidad de Airtours

hacia Menorca disminuyó un 9 %, con una reducción del 33 % de la capacidad para este destino desde Manchester y un aumento del 25 % de la capacidad desde los aeropuertos escoceses. A modo de ejemplo, la categoría «tres estrellas sin comidas», a la que según la Decisión (considerando 90) corresponde la gran mayoría de los viajes combinados hacia destinos cercanos, incluye diferencias según el aeropuerto y la fecha de salida, la duración de las vacaciones y el lugar de destino. A este respecto, es necesario señalar que la alegación según la cual el viaje en avión es un elemento en el que existen pocas diferencias (considerando 90 de la Decisión) no pone en entredicho el hecho de que las decisiones relativas a la capacidad aérea se tomen aeropuerto por aeropuerto y vuelo por vuelo.

167 Así pues, al contrario de lo que sugiere la Comisión, las decisiones respecto a la capacidad no consisten simplemente en aumentar o reducir la oferta global de capacidad sin tener en cuenta las diferencias entre las distintas categorías de viajes combinados, que se distinguen por el lugar de destino, la fecha de salida, el aeropuerto de salida, el tipo de avión, el tipo y la calidad del alojamiento, la duración y, por último, el precio. Para poder desarrollar dichos viajes combinados, los operadores turísticos deben tomar en consideración un conjunto de variables, como la disponibilidad del alojamiento en los diversos destinos y la disponibilidad de plazas de avión en las distintas fechas y temporadas del año. Por consiguiente, como alega la demandante, las decisiones relativas a la capacidad deben necesariamente tomarse a un nivel muy detallado.

168 Por tanto, el enfoque global adoptado por la Comisión (considerandos 88 a 91 de la Decisión), que consiste en afirmar que lo importante es el número total de viajes combinados que oferta cada operador, se enfrenta a graves dificultades en la práctica, ya que, para conocer la capacidad total, que representa un conjunto heterogéneo de decisiones específicas, hace falta poder identificar estas decisiones.

169 De lo anterior se desprende que, *prima facie*, la complejidad del proceso de planificación de la capacidad, del desarrollo del producto y de su comercialización constituye un gran obstáculo para cualquier intento de coordinación tácita.

En efecto, como se trata de un mercado cuya demanda es globalmente creciente pero volátil de un año a otro, al operador turístico integrado le será difícil interpretar correctamente las decisiones sobre capacidad que toman los demás operadores respecto a los viajes que se realizarán un año y medio más tarde.

170 No obstante, procede todavía examinar si, a pesar de que cada operador toma la decisión relativa a la capacidad sobre la base de un conjunto heterogéneo de consideraciones, en la práctica, en el momento de determinar su capacidad global, cada uno de los miembros del oligopolio puede conocer la «capacidad global (número de viajes combinados) ofertada por cada operador turístico integrado».

171 La Comisión afirma en el considerando 105 de la Decisión que «cada operador integrado puede [...] conocer el número total de viajes propuestos por cada uno de los otros tres [durante el período de planificación]» y que las modificaciones que introduce cada operador en esta fase son identificables por los demás grandes operadores por medio de sus contactos con los hoteles o de sus conversaciones sobre las necesidades y las disponibilidades de plazas de avión para obtener o proporcionar capacidades o para negociar intercambios de plazas o de franjas horarias.

172 Sin embargo, la Comisión no ha probado estas afirmaciones.

173 En primer lugar, la Decisión no permite medir la cantidad de informaciones que un operador turístico integrado puede obtener por el hecho de que varios de ellos se relacionen con los mismos hoteles para negociar y reservar sus existencias de camas. Aun suponiendo que los grandes operadores británicos puedan efectivamente ofertar los mismos hoteles en sus viajes combinados, no es menos cierto que el sector del hospedaje de vacaciones reúne numerosos agentes, tanto desde el punto de vista de la oferta como del de la demanda. Por tanto, la probabilidad de que uno de los grandes operadores esté presente en un hotel en el que no tenga el

riesgo de coincidir con uno de sus competidores es grande. Esta probabilidad aumenta por el hecho de que los hoteleros prefieren alquilar sus habitaciones a dos operadores turísticos por lo menos, en general de países distintos. Esta política, a la que hace referencia la notificación, se explica por el deseo del hotelero de protegerse contra el riesgo de que disminuya la demanda de los viajes ofertados por uno de sus clientes o la demanda de uno de estos países.

174 Resulta de lo anterior que la posibilidad de que varios operadores turísticos integrados negocien con el mismo hotel no contribuye de manera significativa a una mayor transparencia del mercado en el momento de la toma de decisiones respecto a la capacidad.

175 En segundo lugar, la Decisión ofrece escasos detalles sobre el tipo y la importancia de la información que se puede obtener a través de las conversaciones entre los grandes operadores sobre las necesidades y las disponibilidades de plazas de avión para obtener o proporcionar capacidades o para negociar intercambios de plazas o de franjas horarias. En efecto, al no contener la Decisión precisiones a este respecto, no es posible conseguir información útil en relación con el aumento o el mantenimiento de la capacidad por la vía del intercambio de plazas de avión o de franjas horarias, ya que estos intercambios se efectúan en principio sobre la base de una plaza por otra o de una franja horaria por otra.

176 A este respecto, es necesario precisar que, en el supuesto previsto por la Comisión, es decir, en el caso de que se restrinja la capacidad sensiblemente por debajo de las estimaciones de la evolución de la demanda, los operadores integrados contratarán menos plazas de avión y menos noches de hotel. Pues bien, suele ser sin duda mucho más difícil detectar e interpretar las decisiones que reducen la actividad que las que la aumentan y en un contexto de crecimiento de la demanda sería particularmente difícil descubrir tales políticas restrictivas. Además, la demandante destaca, sin que la Comisión la contradiga, que las decisiones de aumento sensible de la capacidad y las inversiones correspondientes no se hacen públicas hasta que se haya determinado la capacidad inicial, de modo

que no permiten la identificación precisa de las decisiones adoptadas durante el período de planificación. En consecuencia, no puede tomarse en consideración el argumento de la Comisión expuesto en el considerando 105 de la Decisión, según el cual no se puede disimular la adquisición o el arrendamiento financiero de aviones adicionales ya que tales decisiones deben necesariamente darse a conocer al público, para probar la existencia de transparencia en el mercado entre los cuatro grandes operadores en la fase de planificación de la capacidad.

177 Procede asimismo señalar que las decisiones sobre el empleo de las flotas aéreas se adoptan tarde dentro del período de planificación. En efecto, según los datos comunicados por Airtours en su respuesta al pliego de cargos, no toma las primeras decisiones relativas a la utilización de su capacidad de plazas de avión hasta doce meses antes del lanzamiento de la temporada, es decir al mismo tiempo que la publicación del catálogo. Las decisiones sobre la capacidad adquirida a las demás compañías aéreas no se toman hasta los meses siguientes. Por consiguiente, las informaciones que se obtienen por medio de las conversaciones entre los grandes operadores son posteriores a lo que sugiere la Decisión.

178 Además, es preciso destacar que, según los datos comunicados en la notificación, Airtours no depende de manera significativa de los demás operadores turísticos para adquirir plazas de avión. En efecto, resulta que Airtours recurre muy poco a las compañías de chárter de sus competidores principales. Así pues, por una parte, los principales proveedores de plazas de avión de Airtours Holidays en el verano de 1998 fueron Spanair (27,2 % de las compras), Monarch (22 %), Air Europa (21 %), Air 2000, compañía aérea de First Choice (9,4 %), Airworld, compañía aérea de Thomas Cook (8,7 %), Air Malta (3,8 %) y doce compañías aéreas más (7,9 %). Por tanto, Airtours Holidays no utiliza apenas Britannia, la compañía aérea de Thomson, que según se sabe vuela fundamentalmente para su matriz, y sólo acude de manera marginal a las principales compañías aéreas de First Choice y de Thomas Cook, ya que Air 2000 y Airworld representan el 18,1 % del total (anexo 5 de la demanda, puntos 6.94, 6.119 y 6.122, e informe de la MMC, cuadro 3.6, p. 66). Por otra parte, los principales adquirentes de plazas de avión de la demandante en el verano de 1998 fueron First Choice

(Unijet), aproximadamente 68.000 plazas, Monarch (Cosmos), aproximadamente 45.000 plazas, Jet Direct, aproximadamente 11.500 plazas, Air Travel Group, aproximadamente 10.500 plazas, y Manos, aproximadamente 10.500 plazas, mientras que el resto de las plazas se vendieron a otros veinte operadores. A este respecto, puede también señalarse que Airtours no tiene apenas relación con las compañías aéreas de Thomson (Britannia) y de Thomas Cook (Caledonian, Airworld, Flying Colours, Peach) (anexo 5 de la demanda, punto 6.94, e informe de la MMC, cuadro 3.6, p. 66).

- 179 En consecuencia, al contrario de lo que afirma la Comisión, la circunstancia de que los grandes operadores conversen entre sí para obtener o proporcionar capacidades o para negociar intercambios de plazas o de franjas horarias no garantiza un grado de transparencia suficiente en el momento de tomar las decisiones relativas a la capacidad.
- 180 Se desprende de todo lo anterior que la Comisión erró al considerar en el considerando 102 de la Decisión que el mercado es muy transparente para cada uno de los cuatro grandes operadores integrados durante el período de planificación. Por tanto, resulta que erró al concluir que el grado de transparencia existente en el mercado es una característica que hace que éste propicie la aparición de una posición dominante colectiva (considerando 87 de la Decisión), sin que proceda examinar la fundamentación de sus apreciaciones sobre el grado de transparencia existente durante la temporada de venta, ya que las decisiones fundamentales respecto a la capacidad de la temporada siguiente se adoptan durante el período de planificación y las posibilidades de aumento son posteriormente muy reducidas.

iv) Conclusiones sobre la apreciación de la evolución anterior y previsible de la demanda, su volatilidad y el grado de transparencia existente en el mercado

- 181 De lo anterior se deriva que la Comisión no examinó de manera adecuada la competencia que existía entre los principales operadores turísticos en el momento de la notificación, que cometió errores de apreciación respecto a la evolución y la

previsibilidad de la demanda, su volatilidad y el grado de transparencia existente en el mercado y que erró al considerar que, en el caso de autos, estas características favorecerían la creación de una posición dominante colectiva.

c) Conclusión

182 Resulta de todo lo anterior que la Comisión incurrió en errores de apreciación al concluir que la realización de la operación de concentración incitaría a los tres grandes operadores turísticos subsistentes después de la operación a dejar de competir entre sí.

3. Sobre el carácter insuficiente de los factores de disuasión identificados por la Comisión para garantizar la cohesión interna del supuesto oligopolio dominante

183 La demandante censura que la Comisión ignorase el hecho de que, aun suponiendo que los tres grandes operadores subsistentes pudieran verse incitados a coordinar de manera tácita sus políticas respecto a la capacidad después de la concentración, por las características del mercado de referencia y la incidencia de la operación en éste, no existirían suficientes mecanismos de represalia ni de disuasión para garantizar la cohesión interna del supuesto oligopolio dominante. Así pues, la demandante afirma que la falta de mecanismos efectivos de represalia en el mercado de referencia pone en entredicho la viabilidad de una supuesta situación de oligopolio dominante, ya que no existirían factores que incitasen a los operadores a largo plazo a no apartarse de la línea de conducta común. Sostiene que el mecanismo de castigo debe ser creíble y, por tanto, rechaza que la simple amenaza de tomar represalias pueda constituir un medio de disuasión suficiente, como parece sugerir la Comisión en el considerando 151 de la Decisión.

- 184 La demandante considera que los medios supuestamente disponibles para tomar represalias durante la misma temporada carecen de credibilidad. En cuanto a la posibilidad de añadir una determinada capacidad durante el período que termina en febrero, antes de la temporada de verano sólo puede aumentarse la capacidad un 10 % y posteriormente ya no puede aumentarse más. Pues bien, la demandante afirma que, en un sector que se caracteriza por la volatilidad de la demanda, un aumento de capacidad del 10 % no es suficiente para constituir un castigo relevante. Además, el coste adicional que supondría poner en práctica una capacidad adicional con fines punitivos no se compensaría con las ventajas que obtendrían las víctimas de la trampa al imponer un castigo. En cualquier caso, sería extremadamente difícil aumentar la capacidad porque podría ser contrario a los intereses de los que infligirían el castigo, ya que la capacidad añadida a última hora sería probablemente de inferior calidad (horarios de vuelo poco prácticos, alojamientos de mala calidad) y sería difícil venderla. La demandante niega también que se puedan utilizar la venta a precios rebajados o la venta «direccional» como arma disciplinaria contra un competidor.
- 185 Por último, a juicio de la demandante, los medios supuestamente disponibles para ejercer represalias durante la temporada siguiente no son eficaces. En efecto, habida cuenta del período de dieciocho meses que hace falta para poner en práctica grandes capacidades, una trampa detectada durante una temporada de venta no podrá castigarse mediante aumentos considerables de capacidad hasta dos temporadas más tarde. En consecuencia, la relación entre el incumplimiento del acuerdo y la sanción sería imprecisa.
- 186 La Comisión señala en primer lugar, respecto a los mecanismos de represalia contemplados en la Decisión, que al no asimilar el oligopolio dominante a un cártel nunca imaginó que un operador se limitase a amenazar con represalias.
- 187 A continuación, la Comisión alega que la perspectiva de que se adopten medidas de represalia durante la misma temporada puede entenderse como una amenaza real y eficaz, dado que los operadores pueden evaluar las capacidades comercializadas por sus competidores desde que se publica la primera edición

de los catálogos, es decir entre doce y quince meses antes de la temporada de los viajes (véanse los considerandos 105 a 107 de la Decisión). Un aumento del 10 % de las capacidades debería ejercer una fuerte presión a la baja sobre los precios y anular en gran parte las ganancias previstas por el operador «incumplidor».

- 188 Respecto a los medios de ejercer represalias durante la temporada siguiente, la Comisión estima, al contrario que la demandante, que es posible aumentar considerablemente las capacidades en este momento y que es falso que sólo sea posible dos temporadas después.
- 189 En cuanto al argumento de la demandante según el cual sería irracional que los demás operadores corriesen el riesgo de que hubiera un exceso de capacidad general y, por tanto, un operador podría «hacer trampa» con total impunidad, la Comisión aduce que este razonamiento no es aplicable en el caso de autos ya que sobrentiende que la única reacción posible por parte de los demás operadores consistiría en ceder cuotas de mercado al «tramposo».
- 190 Por último, la Comisión rechaza el argumento según el cual la táctica de apartar los catálogos de un competidor «incumplidor» y la práctica de las ventas selectivas destinadas a perjudicar a sus productos son ineficaces porque, aunque sólo se tengan en cuenta las cifras de venta recíproca presentadas por la demandante (el 16 % de sus productos se vende por medio de Thomson y Thomas Cook), una pérdida potencial que puede alcanzar tal porcentaje de las ventas supondría una grave amenaza en una industria caracterizada por unos volúmenes grandes y unos márgenes estrechos.
- 191 El Tribunal de Primera Instancia observa que la Comisión adoptó una postura algo ambigua en la Decisión, ya que destaca en primer lugar que la existencia de un «mecanismo estricto de represalia», basado en la coerción, no constituye una

condición necesaria para que haya una posición dominante colectiva en el presente asunto (considerando 55; véase también el considerando 150 de la Decisión), al mismo tiempo que precisa que «no coincide con Airtours en que no existe ninguna posibilidad de adoptar represalias en este mercado» y que, «al contrario, estas posibilidades son considerables, lo que no hace sino alentar los comportamientos paralelos contrarios a la competencia» (considerando 55; véase también el considerando 151 de la Decisión).

192 Con carácter preliminar, procede señalar que, como ya se ha indicado (véanse los apartados 61 y 62 *supra*), en el análisis prospectivo del mercado que corresponde realizar para apreciar una supuesta posición dominante colectiva, no se puede considerar dicha posición únicamente desde un punto de vista estático, en un momento preciso, el momento en el que se lleva a cabo la operación y se modifica la estructura de la competencia, sino que debe analizarse también de manera dinámica, en particular por lo que se refiere a su coherencia interna, a su estabilidad y a la cuestión de si el comportamiento paralelo contrario a la competencia que podría provocar puede mantenerse en el tiempo.

193 Así pues, es necesario determinar si el interés propio de cada uno de los operadores principales (maximizar su beneficio compitiendo con todos los operadores) no puede prevalecer sobre el interés común de los miembros del supuesto oligopolio dominante (restringir la capacidad para provocar un aumento de los precios y obtener beneficios superiores a los que se derivarían de la competencia), lo que sucedería si la falta de factores de disuasión llevase a cada uno de los operadores a desviarse de la línea de acción común para, aprovechando la falta de competencia que caracteriza a dicha línea de acción, tomar la iniciativa de adoptar conductas competitivas y de beneficiarse de las ventajas inherentes a estas conductas (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/ Comisión, antes citada, apartado 227 en relación con la transparencia del mercado y apartados 276 y 281 respecto a los vínculos estructurales).

194 La posibilidad de adoptar represalias garantiza en cierto modo la cohesión de los miembros del oligopolio en el tiempo, disuadiendo a cada uno de ellos de desviarse del comportamiento común.

195 En este contexto, la Comisión no tiene que acreditar necesariamente la existencia de un «mecanismo de represalias» determinado y más o menos estricto, pero debe en todo caso probar que existen suficientes factores de disuasión para que a ninguno de los miembros del oligopolio dominante le interese apartarse del comportamiento común a expensas de los demás miembros.

196 Los factores de disuasión que identifica la Decisión en el caso de autos son los siguientes:

- El efecto disuasorio de la simple amenaza de volver a una situación de exceso de oferta, dado que la experiencia de 1995 muestra lo que podría ocurrir si se desencadenara una guerra de capacidades (considerando 151 de la Decisión; véase, también, el considerando 170).

- La posibilidad de aumentar la capacidad hasta un 10 % durante la temporada de venta, al menos hasta febrero (considerando 152 de la Decisión).

- La posibilidad de que un operador turístico añada capacidades adicionales entre dos temporadas e indique que su comportamiento constituye una represalia contra una acción determinada para poner de manifiesto la relación entre el incumplimiento y la sanción (considerando 152 de la Decisión).

- La posibilidad de descatalogar o de practicar ventas selectivas para penalizar durante la temporada de venta al operador que ha incumplido el acuerdo, con el fin de forzarle a conceder descuentos sobre una parte mayor de sus viajes (considerando 152 de la Decisión; véase, también, el considerando 170).

197 Procede observar en primer lugar que las características del mercado de referencia y su modo de funcionamiento hacen difícil adoptar medidas de represalia con rapidez y eficacia tales que parezcan suficientemente disuasorias.

198 Así pues, en caso de que alguien se desviase de la línea de acción común o, en otras palabras, de que hiciese trampa, es decir, por ejemplo, en el supuesto de que uno de los operadores principales intentase durante el período de planificación beneficiarse de la limitación global de la capacidad derivada del comportamiento paralelo contrario a la competencia, los demás miembros del oligopolio tendrían dificultades para detectar la desviación a causa de la falta de transparencia suficiente, sobre la cual el Tribunal de Primera Instancia ya se ha pronunciado. En efecto, en la fase de planificación es difícil descubrir una posible desviación, habida cuenta de los problemas que tiene un gran operador para anticipar con precisión las decisiones de sus principales competidores respecto a la capacidad.

199 En este contexto, no parece que puedan aplicarse los factores de disuasión identificados por la Comisión.

200 En primer lugar, por lo que se refiere a la simple amenaza de volver a una situación de exceso de oferta, procede señalar que la Comisión erró al considerarla disuasoria. La Comisión menciona la crisis de 1995 para ilustrar las consecuencias de un exceso de oferta en el mercado. Pues bien, es necesario precisar que los hechos de 1995 ocurrieron en un contexto opuesto al que se examina en el caso de autos, en el que todos los operadores turísticos, sin distinción según que fueran grandes o pequeños, reforzaron sus capacidades durante el período de planificación de 1994 para anticipar el aumento de la demanda global que sugerían los indicadores del sector y los dos años de crecimiento anteriores. En cambio, en el caso de autos la Comisión analiza una situación en la cual los tres grandes operadores, sobrepasando sensiblemente su prudencia habitual, habrían reducido sus capacidades por debajo de la demanda prevista y uno de los operadores habría hecho trampa. El carácter disuasorio de una posible vuelta a un exceso de oferta debe examinarse en esta situación, que es

muy distinta de la situación de exceso de capacidad de 1995. Pues bien, dicha vuelta sólo podría darse una temporada más tarde y únicamente si los demás miembros del oligopolio decidiesen aumentar su capacidad por encima de las estimaciones de la evolución de la demanda, es decir, en una cuantía muy elevada respecto a la escasa capacidad que existiría en el contexto de coordinación tácita contemplado por la Comisión.

201 En segundo lugar, la posibilidad de aumentar la capacidad durante la temporada de venta no puede ser un factor de disuasión por los motivos que se exponen a continuación.

202 Por una parte, como pone de manifiesto la propia Decisión, este mercado se distingue por su tendencia natural a la prudencia en las decisiones relativas a la capacidad (véanse los considerandos 60 a 66, 97 y 136 de la Decisión), teniendo en cuenta que la adaptación de la capacidad a la demanda constituye uno de los criterios cruciales de rentabilidad, ya que los viajes combinados son bienes perecederos (considerando 60 de la Decisión).

203 Por otra parte, en este mercado la decisión de apartarse de la posición común y de aumentar la capacidad durante la temporada de venta se tomaría en una fase que haría difícil detectarla a tiempo. Además, aunque los demás miembros del oligopolio lograsen descubrir el comportamiento desviado, su posible reacción consistente en aumentar su capacidad en represalia no podría manifestarse de manera suficientemente rápida y eficaz, ya que, como reconoce de manera implícita la Decisión, la capacidad sólo puede aumentarse durante la misma temporada en cantidad limitada y los límites van siendo más estrictos a medida que se desarrolla la temporada de venta (en el mejor de los casos, la capacidad sólo puede aumentarse un máximo de un 10 % hasta el mes de febrero para la temporada de verano siguiente) (véanse los considerandos 152 y 62 de la Decisión).

204 Por último, cabe considerar que los miembros del oligopolio dominante, sabiendo que si toman represalias podrían tener problemas para vender los viajes

combinados añadidos a última hora por la calidad inferior de estos productos (horarios de vuelo poco prácticos, alojamientos de mala calidad), dudarían en practicar tales aumentos de capacidad en represalia. No parece que la capacidad creada de esta manera pueda competir eficazmente con la añadida por el operador incumplidor en el período de planificación, puesto que sería posterior y de inferior calidad. Así pues, el operador que se desvía de la línea de acción común gozaría de las ventajas derivadas de haber actuado antes.

205 En tercer lugar, por lo que respecta a la posibilidad de aumentar la capacidad durante la temporada siguiente o entre dos temporadas (considerando 152 *in fine* de la Decisión), es necesario señalar que podría ser ineficaz en cuanto medida de represalia, habida cuenta de la imprevisible evolución de la demanda de un año a otro y del tiempo necesario para poner en práctica esta medida.

206 En cuarto lugar, en el supuesto de que una acción de represalia de los demás miembros del oligopolio en la distribución, consistente en descatalogar viajes o en practicar ventas selectivas, se realizase contra Airtours, sólo afectaría al 16 % de sus ventas aproximadamente, de las cuales menos del 10 % se realizan por medio de Lunn Poly (Thomson) y sólo el 6 % por medio de Thomas Cook. Como alega la demandante, tales reacciones por parte de las fuentes de oferta secundarias no representarían un contrapeso suficientemente fuerte. Además, estas represalias provocarían pérdidas económicas a sus autores, que tendrían que renunciar a las comisiones pagadas por Airtours por las ventas realizadas en las redes de agencias de viajes de sus competidores principales. En consecuencia, el carácter disuasorio de tal acción de represalia no es tan efectivo como da a entender la Decisión.

207 Resulta de lo anterior que la Comisión erró al considerar que los elementos citados en los considerandos 151 y 152 de la Decisión constituirían en las circunstancias del caso de autos factores de disuasión suficientes para incitar a un miembro del oligopolio dominante a no apartarse de la línea de acción común.

4. Sobre la subestimación de la reacción previsible de los operadores pequeños, de los competidores potenciales y de los consumidores como contrapeso suficiente para impedir la estabilidad del supuesto oligopolio dominante

208 La demandante alega que la Comisión subestimó la reacción previsible de los operadores turísticos pequeños (también denominados «operadores turísticos independientes» u «operadores secundarios»), de los competidores potenciales (en particular los que ofertan viajes combinados al extranjero hacia destinos lejanos) y de los consumidores como un contrapeso que pudiera contrarrestar la creación de una posición dominante colectiva, que no sería factible si los grandes operadores no disponen conjuntamente de la facultad de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores actuales y potenciales y de los consumidores.

209 La Comisión replica que, para poder hacer frente a una restricción concertada de las capacidades decidida por los miembros del oligopolio, sería necesario que un gran número de operadores muy pequeños aumentasen sus capacidades en proporciones considerables, lo que no sería posible teniendo en cuenta su tamaño actual. Destaca también que los obstáculos de acceso al mercado y los que dificultan el crecimiento por encima de cierto tamaño impiden a los operadores más pequeños y a los recién llegados desafiar con éxito al poder de los operadores turísticos integrados y a su posibilidad de fijar la capacidad en un volumen inferior al que resultaría del equilibrio competitivo. Así pues, por los grandes obstáculos con que se tropezarían al intentar desarrollarse, los operadores secundarios no podrían proporcionar suficientes capacidades para satisfacer una posible demanda adicional.

210 Con carácter preliminar, es necesario recordar que, para acreditar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva en el presente asunto, la Comisión debía probar también que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no pondría en entredicho los resultados esperados de la línea de acción común de los

grandes operadores. En el caso de autos, esto significa que la reducción por parte de los grandes operadores turísticos de la capacidad comercializada con fines contrarios a la competencia, es decir la reducción por debajo de lo necesario para adaptarse a la evolución anticipada de la demanda, no debe quedar compensada por la reacción de sus competidores actuales, los operadores turísticos pequeños, de sus competidores potenciales, los operadores turísticos que realizan su actividad en otros países o en el mercado de los destinos lejanos, y de sus clientes, los consumidores británicos, de modo que se impida la viabilidad del oligopolio dominante.

a) Sobre la posible reacción de los competidores actuales: los operadores turísticos pequeños

i) Observaciones preliminares sobre la cuestión del tamaño de los operadores turísticos pequeños

211 En los considerandos 77 y 78 de la Decisión, la Comisión expone que la posibilidad de que la «franja» de los pequeños proveedores oponga una competencia efectiva a los cuatro grandes operadores es todavía escasa por su falta de integración vertical y por su tamaño pequeño, que tiene por efecto especialmente que no puedan obtener las mismas economías de escala y de gama que los grandes operadores.

212 A este respecto, procede observar en primer lugar que la Comisión admite (escrito de contestación a la demanda, punto 103) que, como expuso en el marco del procedimiento administrativo el experto de la demandante, el profesor Neven, el sector de los viajes combinados es un sector en el que estrategias comerciales alternativas pueden producir resultados positivos y en el que hay poco sitio para operadores turísticos de tamaño mediano. En efecto, a juicio de este experto, las empresas pueden por un lado funcionar a pequeña escala y comprar en el mercado libre la capacidad (plazas de avión y camas de hotel) que necesitan para poder ofertar los viajes combinados. Por otro lado, las empresas pueden decidir alternativamente vender un gran volumen de viajes combinados. No obstante, para estas empresas será arriesgado comprar en el mercado libre grandes

volúmenes de capacidad, en particular plazas de avión, motivo por el cual necesitan integrarse verticalmente, al menos por lo que se refiere a los servicios de transporte aéreo. Esta estrategia comercial alternativa no da lugar necesariamente a costes inferiores y a una ventaja competitiva permanente en relación con las empresas pequeñas. Además es intrínsecamente más arriesgada que la estrategia que consiste en mantenerse en un tamaño pequeño y comprar capacidad en el mercado libre.

213 Pues bien, es necesario precisar que la cuestión en este caso no es si un operador turístico pequeño puede alcanzar el tamaño necesario para ser capaz de competir de manera efectiva con los operadores integrados y disputarles su puesto de operadores principales. Se trata de determinar si, en el contexto anticompetitivo contemplado por la Comisión, los centenares de operadores pequeños que ya existen en el mercado, considerados globalmente, podrían reaccionar de forma eficaz contra una reducción de la capacidad comercializada por los grandes operadores por debajo de las estimaciones de la evolución de la demanda, aumentando su capacidad para aprovechar las oportunidades que esta situación de escasa capacidad global les ofrecería y si podrían así contrarrestar la creación de una posición dominante colectiva.

214 En tales circunstancias, para probar que los operadores pequeños no serían capaces de oponerse eficazmente a la creación de una posición dominante colectiva, la Comisión no puede limitarse a señalar el hecho, no discutido por las partes, de que en el contexto actual del mercado de referencia, para competir de manera efectiva con los operadores integrados, un operador turístico secundario necesita alcanzar un tamaño mínimo que le permita operar a escala suficiente y, por tanto, debe lograr un cierto grado de integración vertical. En consecuencia, los argumentos que expone la Comisión con objeto de poner de manifiesto las dificultades que sufren los operadores pequeños al intentar alcanzar el tamaño mínimo necesario para poder competir efectivamente con los cuatro grandes operadores son irrelevantes en relación con la evaluación de las posibilidades de los operadores pequeños y de los nuevos operadores de incrementar su capacidad con el fin de aprovechar la oportunidad de la escasez de productos que, a juicio de la Comisión, existiría si se autorizase la operación.

215 Además, como subraya la demandante, a pesar de las numerosas adquisiciones de operadores pequeños por los grandes operadores que tuvieron lugar en la última

década, los operadores turísticos pequeños siguen siendo muy numerosos (varios centenares), se regeneran continuamente con la entrada de nuevos operadores en el mercado y todavía constituyen una parte significativa del mercado.

- 216 Por tanto, procede determinar a la luz de estas consideraciones si en el caso de autos los operadores turísticos pequeños podrían aportar capacidades adicionales suficientes para compensar la posible limitación de la capacidad comercializada por los grandes operadores.

ii) Sobre la posibilidad de que los operadores pequeños aporten capacidades adicionales

- 217 Con carácter preliminar, procede observar que en el caso de autos los miembros del supuesto oligopolio dominante no controlan individual o colectivamente los mercados de las materias primas o de los servicios necesarios para la preparación y la distribución del producto de que se trata. A este respecto, se desprende de la Decisión (considerandos 5 a 42) que, además del mercado de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos, la Comisión examinó los efectos de la concentración en el mercado de los productos necesarios para la venta de viajes combinados, el de las plazas de avión en vuelos chárter hacia destinos cercanos, y en el mercado sobre el que tiene repercusión el mercado de referencia, el de las agencias de viajes, pero no concluyó que la realización de la operación provocaría que los tres competidores subsistentes creasen una posición dominante colectiva en estos dos mercados ni que la empresa resultante (Airtours/First Choice) tendría una posición dominante individual.

- 218 En primer lugar, es necesario señalar que la demandante presentó, sin que la Comisión los rechazase, varios ejemplos de operadores turísticos pequeños que aportaron capacidades adicionales en respuesta a las oportunidades derivadas de

las evoluciones inesperadas del mercado. De este modo, en 1996, como consecuencia de los problemas resultantes de la crisis de 1995, los tres operadores más grandes de la época redujeron o congelaron su capacidad, mientras que varios operadores pequeños llevaron a cabo una expansión significativa, como por ejemplo Virgin Holidays (+ 28 %), Kuoni Travel (+ 20 %), Direct Holidays (+ 68 %) y Sun Express (+ 109 %).

219 En segundo lugar, la demandante afirma y la Comisión no ha negado que los operadores pequeños suelen fijar su capacidad después de que los grandes operadores tomen sus principales decisiones al respecto y que, como cualquier operador, pueden aumentar después su capacidad en cierta medida.

220 En tercer lugar, resulta asimismo de los autos que varios operadores pequeños manifestaron su intención de mejorar su cuota de mercado, lo que permite deducir que son en cualquier caso muy propensos a aprovechar con rapidez las oportunidades que crearían las restricciones de la capacidad de los principales operadores ajenas a la evolución previsible de la demanda.

221 En el considerando 85 de la Decisión, la Comisión responde al argumento que expuso la demandante durante el procedimiento administrativo según el cual algunos operadores secundarios como Cosmos y Virgin Sun debían ser considerados como probables grandes competidores en el futuro porque tienen intención de ampliar sus actividades. La Comisión respondió que «ninguna de [estas sociedades] puede amenazar a los grandes operadores [en un futuro previsible]», ya que, por una parte, Cosmos (Monarch) depende mucho de los grandes operadores como compradores de billetes de avión y no está integrada verticalmente con agencias de viajes y, por otra parte, Virgin Sun realiza unas actividades actualmente muy reducidas y tampoco dispone de sus propias agencias de viajes. Por último, destaca que Virgin Sun tuvo grandes dificultades para celebrar contratos de alojamiento en los destinos cercanos más importantes.

- 222 Pues bien, estas consideraciones de la Comisión no refuerzan su tesis en la medida en que lo importante es saber cómo podrían reaccionar en el futuro los operadores turísticos pequeños si los tres grandes operadores subsistentes redujeran la capacidad que comercializan por debajo de la que ofertarían en una situación competitiva. Al contrario, manifiestan la voluntad clara de estos dos operadores secundarios de aprovechar cualquier oportunidad que les ofrezca el mercado.
- 223 Así pues, por una parte, el hecho de que Cosmos (Monarch) tienda a favorecer actualmente a los grandes operadores respecto a los pequeños en sus ventas de plazas de avión no permite a la Comisión acreditar que, si se limitase la capacidad a un nivel inferior al que resultaría del equilibrio competitivo, este operador no privilegiaría su interés propio a costa del de los miembros del supuesto oligopolio dominante. Además, el nuevo directivo del operador turístico Cosmos declaró que tenía intención de aumentar la cuota de mercado de esta empresa del 3,5 % al 5 % en dos años. Para ello, Cosmos dispone de licencias ATOL (Air Travel Organisers' License, licencia expedida por la Civil Aviation Authority) para 1,1 millones de pasajeros.
- 224 Por otra parte, las dificultades que tuvo Virgin Sun para celebrar contratos de alojamiento en algunos destinos cercanos se solucionarían fácilmente, por los mismos motivos, si los grandes operadores redujeran su demanda de habitaciones. De un escrito remitido por Virgin Sun a la Comisión el 16 de agosto 1999, aportado a los autos en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, resulta que es fácil obtener camas en cantidad y con calidad suficientes en la mayoría de los destinos mediterráneos excepto en los más solicitados, como las Islas Baleares, en los que los grandes operadores turísticos negocian cada vez más contratos de larga duración con los hoteleros, lo que dificulta que los operadores pequeños encuentren las plazas que desean. Sin embargo, se desprende también de este escrito que los operadores como Virgin Sun están atentos para intentar aprovechar todas las oportunidades que puedan presentarse en estos mercados más demandados. Por tanto, si los grandes operadores no utilizasen las camas contratadas en su intento de restringir la capacidad, los operadores pequeños serían capaces de contratarlas rápidamente con el fin de aumentar la cantidad de viajes combinados comercializados. Por

último, es necesario recordar que Virgin Sun es el operador turístico dedicado a los viajes hacia destinos cercanos lanzado recientemente por Virgin Travel Group, que desde mayo de 1999 oferta viajes organizados a los destinos más solicitados, a saber Corfú, la Costa Blanca, la Costa del Sol, Mallorca, Menorca, Ibiza, Portugal, Rodas, Gran Canaria, Tenerife y Turquía, con vuelos que salen de los aeropuertos de Londres Gatwick y de Manchester y que, según el presidente de Virgin Travel Group, el objetivo de Virgin Sun es alcanzar la cuota de mercado de Thomson de aquí a diez años. Ha de señalarse que Virgin Travel Group dispone de licencias ATOL para 400.000 pasajeros.

225 Por último, British Airways Holidays (375.000 licencias ATOL en 1999) y Kuoni (230.000 viajes organizados vendidos en el Reino Unido en 1998), dos competidores presentes en el mercado de los viajes organizados hacia destinos cercanos que disponen de recursos financieros cuantiosos, podrían también aumentar rápidamente su capacidad si los grandes operadores intentasen poner en práctica una posición dominante colectiva.

226 En cuarto lugar, es preciso indicar que un estudio sobre la presencia de una selección de cincuenta y nueve operadores turísticos pequeños en diversos destinos cercanos ofertados por los grandes operadores, entre los cuales doce de los destinos más solicitados, que se aportó durante el procedimiento administrativo y la Comisión no discute, muestra que en todos estos destinos operan al menos cuatro operadores pequeños, que un gran número de operadores pequeños (entre veinte y treinta) ofertan los destinos más populares, como Corfú, Rodas, Mallorca o España peninsular, y que varios operadores pequeños (como Cosmos, Manos o Virgin Holidays) operan en casi todos los destinos (véase el cuadro 1 del anexo 8 de la demanda, el informe del profesor D. Neven, presentado por la demandante como experto, titulado *La competencia en el mercado de los viajes combinados al extranjero en el Reino Unido, un análisis económico*, julio de 1999). Este estudio muestra también que los operadores pequeños ofertan productos similares (en términos de noches de hotel y servicios) y precios comparables o incluso mejores que los de los grandes operadores.

227 En quinto lugar, y al contrario de lo que sostiene la Comisión en el considerando 83 de la Decisión, se desprende de este estudio, que la Comisión no rechaza, que

los operadores turísticos pequeños consiguen normalmente obtener condiciones similares a las de los grandes operadores en cuanto al alojamiento en los destinos cercanos. Este estudio examina veinte hoteles situados en destinos cercanos y populares y compara los precios que obtuvo Airtours con los que lograron Panorama y Direct, dos operadores pequeños e independientes que fueron adquiridos posteriormente por Airtours. Muestra que estos precios son similares y que en algunos casos los operadores más pequeños obtuvieron condiciones mejores que Airtours, cuando ésta reservaba muchas más noches que ellos.

- 228 Por consiguiente, si se produjera el supuesto considerado, los operadores turísticos pequeños intentarían aportar capacidades adicionales. Sin embargo, el análisis de su posibilidad de hacerlo requiere examinar de manera más precisa si tendrían un acceso satisfactorio a los mercados de las plazas de avión y de las agencias de viajes.

iii) Sobre el acceso de los operadores turísticos pequeños a las plazas de avión

- 229 La Decisión expone que los operadores pequeños no disponen de un acceso satisfactorio a las plazas de avión y que la realización de la operación propuesta agravaría esta situación (considerandos 78, 79 y 83 *in fine* de la Decisión). La Decisión afirma que su pequeño tamaño supone que no pueden obtener las mismas economías de escala y de gama que los grandes operadores. Así pues, no pueden ofrecer a una compañía chárter una ocupación total de un avión (excepto, quizá, durante algunos días de temporada alta), lo que aumenta el riesgo, para la compañía aérea, de tener que efectuar el vuelo con un porcentaje de ocupación menos interesante. Por tanto, la compañía aérea facturará probablemente a los pequeños operadores un precio por billete superior al que aplica a los grandes, con el fin de reflejar este mayor riesgo (considerando 78 de la Decisión). Sostiene también que algunos operadores pequeños indicaron que ya tenían dificultades para obtener billetes en las fechas deseadas (en particular los fines de semana) y en los grandes aeropuertos turísticos (Gatwick y Manchester). Ciertos operadores

turísticos (y compañías aéreas) manifestaron que debían ofertar salidas desde estos dos aeropuertos para poder acceder a las principales zonas de localización de la clientela y ofrecer así una cobertura «nacional» creíble, ya que de lo contrario sus perspectivas de expansión más allá del nivel de los pequeños competidores eran escasas (considerando 79 de la Decisión).

230 En el considerando 80 de la Decisión, la Comisión añade lo siguiente:

«los grandes operadores turísticos ya tienen un poder de mercado considerable por lo que se refiere a la venta de billetes de avión a los operadores independientes. En este sentido, un operador turístico señaló que Monarch, el único gran proveedor independiente del sector que subsistiría después de la operación, tendría ya a cubrir en primer lugar las necesidades de los grandes operadores turísticos (que representan juntos más de la mitad de sus ventas a terceros) antes de plantearse la oferta disponible para los independientes, y que este transportista se negaba incluso a examinar el programa del año siguiente con el operador interesado antes de haber tenido conocimiento de las necesidades de los grandes operadores turísticos.»

231 El Tribunal de Primera Instancia observa en primer lugar que del cuadro 2 de la Decisión (considerando 159), que expone las cuotas de mercado de los principales proveedores a terceros de plazas de avión (datos que comprenden todas las ventas a terceros, incluyendo las ventas a y entre grandes operadores y las ventas a los operadores pequeños), resulta que, una vez que se realice la operación, Airtours/First Choice será capaz de controlar menos de un cuarto de la oferta de plazas de avión a terceros y que los tres grandes operadores ofertarán conjuntamente menos de la mitad y se precisa que la presencia de Thomson en este mercado es escasa. En consecuencia, la mayor parte de las necesidades de plazas de avión de los terceros seguirán siendo satisfechas por agentes independientes de los grandes operadores turísticos. Esta situación ofrece ciertas garantías a los operadores pequeños, ya que sólo dos de los tres grandes operadores tendrán una presencia significativa en este mercado y los terceros independientes representarán una fuente importante de plazas de avión.

232 Ningún elemento permite concluir que esta situación se vería sustancialmente alterada como consecuencia de la concentración, al contrario de lo que afirma la Comisión, que teme que la probable racionalización aún mayor de las plazas de avión por parte de la entidad resultante de la fusión, compuesta por la demandante y First Choice, agrave los problemas de los operadores pequeños, al reducir el número de plazas disponibles. Como alega la demandante, la fusión no tendría efectos negativos en la disponibilidad de plazas de avión para los terceros: si Airtours y First Choice ocuparan más plazas de avión dentro del grupo resultante de la concentración (lo que expulsaría a los terceros operadores que vuelan actualmente en Airtours International y Air 2000), se liberarían las plazas de las líneas aéreas terceras previamente reservadas por Airtours y First Choice. Por lo demás, la propia Comisión aplicó este razonamiento en su Decisión Westdeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook, de 8 de marzo de 1999 (Asunto n° IV/M.1341) (DO C 102, p. 9, considerando 36), en la que afirmó que «en la medida en que la entidad combinada Thomas Cook podría reorientar su estrategia para utilizar la capacidad de líneas chárter dentro del grupo (por ejemplo la capacidad disponible en Caledonian) en lugar de comprar capacidad a terceros, esto liberaría esta capacidad de los terceros y quedaría disponible para los clientes que hasta entonces compraban a Flying Colours o a Caledonian». Pues bien, la Comisión no ha expuesto argumentos convincentes que demuestren que la lógica subyacente de este razonamiento no es aplicable en el caso de autos.

233 Además, por lo que respecta a las consideraciones expuestas en el considerando 80 de la Decisión, basta con señalar que la demandante alega, sin que la Comisión lo haya negado durante el procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia, que Monarch declaró que no favorece a los grandes operadores a costa de los pequeños y que de hecho reconoció que la fusión entre Thomas Cook y Carlson aumentó su dependencia respecto a los operadores turísticos terceros que no tienen líneas de chárter propias, como haría la fusión entre Airtours y First Choice.

234 En segundo lugar, el Tribunal de Primera Instancia señala que, como alega la demandante, el testimonio de uno de los principales intermediarios de billetes de avión, Hunt & Palmer, cuya actividad consiste en hacer que la oferta y la demanda cuadren, vendiendo a los operadores turísticos la capacidad «restante» que los transportistas aéreos desean comercializar (anexo 39 de la demanda),

demuestra que los operadores pequeños pueden obtener de cuatro fuentes plazas de avión para una temporada (o para un período inferior) con salida el fin de semana: los transportistas aéreos extranjeros, las compañías aéreas regulares, los transportistas de bajo coste y las compañías de chárter independientes establecidas en el Reino Unido. Es necesario precisar que en el Reino Unido existen al menos quince intermediarios independientes y que la Comisión no ha rechazado este testimonio.

235 Los argumentos que formula la Comisión para negar que estas fuentes de aprovisionamiento sean viables no son convincentes.

236 La primera fuente son los transportistas aéreos extranjeros establecidos en el aeropuerto de destino (como Spanair, Air Europa o Futura).

237 La Comisión estima que estos transportistas no ofrecen una solución viable, ya que les resulta difícil obtener suficientes franjas horarias a las horas adecuadas en los principales aeropuertos británicos, especialmente en Gatwick. Además, como su flota no tiene su base en los aeropuertos británicos, los aviones deben realizar su vuelo de ida hacia el Reino Unido por la mañana y su vuelo de vuelta por la tarde, lo que implica que los clientes tengan su vuelo de ida a última hora de la tarde y su vuelo de vuelta a primera hora de la mañana. Pues bien, la Comisión afirma que estos horarios reducen considerablemente la duración efectiva de las vacaciones, cosa que molesta a los consumidores. Sin embargo, este argumento queda contradicho con el testimonio de Hunt & Palmer según el cual los aviones pueden realizar rotaciones en Gatwick.

238 En cualquier caso, lo que importa aquí es determinar si, en un contexto de escasez de oferta de viajes combinados, los operadores pequeños podrían obtener plazas de avión adicionales en condiciones razonables y no si pueden disponer de los mejores aeropuertos de salida y los mejores horarios. A este respecto, es necesario recordar que la Comisión no estimó conveniente proceder a subdivisiones más

restringidas de los mercados británicos de viajes organizados hacia destinos cercanos y de suministro de plazas en vuelos chárter a los operadores turísticos, por ejemplo en función de la región o del aeropuerto de origen. Al contrario, debe observarse que la Comisión consideró en la Decisión (considerando 45) que existe una relativa uniformidad de precios y costes, lo que permite pensar que hay un solapamiento suficiente entre los mercados regionales o locales posibles para poder considerar, a efectos del presente asunto, que constituyen un mercado nacional único desde el punto de vista de la demanda (si se razona en términos de «sustitución en cadena»). La Comisión llegó a esta conclusión después de haber evocado el hecho de que los consumidores prefieren salir de un aeropuerto más cercano a su domicilio, de haber destacado que los precios desde algunos pequeños aeropuertos regionales son a menudo más elevados que los precios desde los grandes aeropuertos de vacaciones (Londres-Gatwick y Manchester) a causa de las tasas de aterrizaje y de otros factores conexos y después de haber estimado, no obstante, que el suplemento facturado (o el descuento ofrecido) suele ser relativamente pequeño respecto al precio total del viaje, en particular si se tiene en cuenta el coste adicional del viaje por carretera hacia un aeropuerto más barato pero más alejado. Lo mismo sucede desde el punto de vista de la oferta, ya que la Comisión estima (considerando 45 de la Decisión) que los operadores turísticos comercializan sus productos a escala nacional, sin establecer diferencias ni desde el punto de vista del precio ni desde ningún otro para los clientes que viven en las distintas regiones. Además, los operadores y las compañías aéreas pueden, en general, desplazar fácilmente los aviones y los vuelos entre los distintos aeropuertos, con la excepción de Gatwick, cuya disponibilidad es limitada (considerando 46 de la Decisión).

- 239 Respecto al argumento de la Comisión según el cual los aviones utilizados por los transportistas aéreos extranjeros deben generalmente realizar su vuelo de ida hacia el Reino Unido por la mañana y su vuelo de vuelta por la tarde, lo que constituye un handicap para el consumidor, procede señalar que carece de fundamento fáctico, puesto que la duración media de vuelo hacia un destino europeo es aproximadamente de dos horas. Por tanto, los transportistas establecidos en los aeropuertos de destino pueden realizar varias rotaciones en el mismo día y, por ejemplo, efectuar por la mañana un primer vuelo de España al Reino Unido y un segundo vuelo del Reino Unido a España y por la tarde un primer vuelo de España al Reino Unido y un segundo vuelo del Reino Unido a España.

- 240 Por último, es necesario destacar que, durante el procedimiento administrativo, la demandante alegó, sin que la Comisión lo negara, que los transportistas establecidos en los aeropuertos de destino suministraron más de un millón de plazas en 1998 (el último año cuyos datos estaban disponibles en la época de la Decisión) para viajeros que compraron viajes combinados y viajeros que compraron sólo vuelos «secos» y que el número de plazas proporcionadas por los transportistas establecidos en destino ha crecido rápidamente durante los últimos años.
- 241 De lo anterior se desprende que, al contrario de lo que sostiene la Comisión, estos transportistas podrían desempeñar un papel importante si los operadores turísticos pequeños intentasen aumentar el número de viajes combinados en el caso de que se presentase la ocasión.
- 242 La segunda fuente es la de las compañías aéreas regulares (como Debonair, Flightline y CityFlyer), cuyo porcentaje de ocupación es bajo los fines de semana al no haber viajeros de negocios.
- 243 La Comisión considera que en el Reino Unido las plazas suministradas por las compañías regulares todavía son una fuente marginal, ya que British Airways sólo dedica a este tipo de vuelos una pequeña proporción de sus capacidades. La Comisión afirma que los motivos son los precios mayores, el hecho de que las compañías regulares no explotan vuelos directos hacia los destinos de vacaciones, la falta de plazas disponibles y la rigidez de los horarios.
- 244 Sin embargo, estos elementos no tienen suficiente entidad para constituir obstáculos significativos para los operadores pequeños que quieran aumentar su capacidad. Por lo que respecta a las diferencias de precio, es necesario señalar que la proporción que representan los gastos de transporte aéreo en los viajes combinados es marginal. Por ejemplo, el precio de un vuelo de Liverpool a Málaga con Easyjet en agosto ascendía a 108 GBP y el de un vuelo de Stansted a

Málaga con Go a 140 GBP, mientras que el precio de un viaje combinado de catorce días en agosto a Marbella era de 1.598 GBP con Virgin Holidays, 1.698 GBP con Bath Travel y 1.738 GBP con Airtours (demanda, anexo 8, cuadro 2, y anexo 40). Por tanto, el transporte supone en cualquier supuesto menos del 10 % del precio del viaje combinado. A este respecto, la demandante aportó durante el procedimiento administrativo un cuadro (cuadro 5 del informe pericial, anexo 8 de la demanda) en el que se comparaban el precio de un vuelo regular y el de un vuelo chárter para distintos destinos y en distintas fechas. Este cuadro se preparó sobre la base de los datos obtenidos de Panorama, un operador turístico pequeño adquirido recientemente por Airtours. Cabe pensar que se pueden obtener datos similares de otros operadores pequeños. Se desprende del informe pericial que la diferencia de precio oscila entre 20 GBP y 30 GBP, lo que, en definitiva, tiene una repercusión muy escasa en el precio de los viajes combinados y, por consiguiente, en la competitividad de los operadores pequeños que utilizan vuelos regulares. En relación con esto, es necesario señalar que la diferencia de precio se explica fundamentalmente por la obligación de pagar las tasas de aeropuerto en el caso de los vuelos regulares.

- 245 Por lo que se refiere a las condiciones que las compañías regulares pueden ofrecer, es preciso destacar que dos de los cinco ejemplos que cita la demandante sobre la base de los datos recibidos de Panorama respecto al período anterior a su adquisición indican que es posible obtener salidas en sábado o en domingo. Además, la declaración de Hunt & Palmer pone de manifiesto que el interés del trabajo del intermediario de plazas de avión consiste precisamente en su capacidad de encontrar vuelos que salgan el fin de semana. La propia Decisión (nota a pie de página 38) observa que British Airways ofrece algunos vuelos chárter completos con salida en diversos aeropuertos regionales británicos los fines de semana, utilizando los aviones que no necesita en ese momento para sus vuelos regulares. A continuación, por lo que respecta a los aeropuertos de salida, es necesario hacer referencia a lo que se ha declarado antes en relación con los transportistas aéreos extranjeros. Por último, por lo que atañe a si el hecho de comprar sólo una parte de las plazas de un avión y no todas constituye un handicap significativo, procede observar que los ejemplos aportados por la demandante de precios practicados por los intermediarios prueban que la diferencia de precio es mínima (menos del 10 %) y que el precio de una plaza al comprar sólo algunas de las plazas de un avión puede resultar más barato que el precio por plaza al comprar todas las plazas de un avión (véase el informe del profesor Neven adjunto a la demanda como anexo 8).

246 En relación con el número limitado de los destinos en los que operan las compañías regulares, es necesario señalar que las compañías regulares citadas por la demandante viajan no sólo a los principales destinos turísticos situados en España sino también al sur de Francia y a Italia. En cualquier caso, los transportistas aéreos extranjeros parecen capaces de compensar, si fuera necesario, el hecho de que las compañías regulares no operen en los demás destinos.

247 Resulta de lo anterior que, al contrario de lo que afirma la Comisión, los operadores turísticos pequeños pueden utilizar a las compañías regulares para aumentar eficazmente su capacidad y contrarrestar las posibles restricciones impuestas por los operadores principales.

248 La tercera fuente son los transportistas de bajo coste (como Ryanair y Go), cuyas capacidades han aumentado mucho en los últimos años y que pueden ofertar servicios a medida. Pues bien, es necesario observar que la demandante presentó un mapa en el que figuraban los principales destinos ofertados por los transportistas de bajo coste (anexo 40 de la demanda), del que se desprende que en los principales destinos de la costa mediterránea española opera al menos una compañía y a menudo dos o incluso tres: Barcelona (desde el aeropuerto de Luton por Debonair, desde el aeropuerto de Liverpool por EasyJet y desde el aeropuerto de Gatwick por AB Airlines), Palma (desde el aeropuerto de Luton por EasyJet y desde el aeropuerto de Stansted por Go), Ibiza (desde el aeropuerto de Stansted por Go), Alicante (desde el aeropuerto de Stansted por Go) y Málaga (desde el aeropuerto de Liverpool por EasyJet y desde el aeropuerto de Stansted por Go).

249 La cuarta fuente son las compañías de chárter independientes establecidas en el Reino Unido (como Monarch y también European Air Charter, British World y Tital), que utilizan asimismo aviones pequeños con un coste de explotación bajo. Pues bien, teniendo en cuenta que estas compañías representan más del 50 % de la oferta disponible en el mercado de suministro de plazas a terceros en vuelos

chárter (véase el cuadro 2 del considerando 159 de la Decisión), procede concluir que, al contrario de lo que afirma la Comisión, dichas compañías disponen de capacidad suficiente para constituir una fuente de aprovisionamiento creíble para los operadores turísticos pequeños.

- 250 Por último, la Comisión no tomó en consideración que, para los operadores turísticos integrados, es esencial llenar al máximo sus aviones si quieren garantizar la viabilidad de su actividad. Dado que sus flotas suponen una parte muy importante de sus costes fijos, las compañías aéreas de los grandes operadores tendrán la tentación de ofrecer a los operadores pequeños las plazas que quedarán vacías en el supuesto contemplado por la Comisión, es decir, si los grandes operadores redujeran sensiblemente su capacidad.
- 251 Resulta de lo anterior que la Comisión erró al estimar que los operadores pequeños no tendrían acceso a las plazas de avión en condiciones satisfactorias para incrementar su capacidad con el fin de aprovechar las oportunidades creadas por la escasez de productos existente en el contexto anticompetitivo al que daría lugar, a su juicio, la autorización de la operación.

iv) Sobre el acceso de los operadores turísticos pequeños a la distribución

- 252 La Comisión evoca en los considerandos 81 y 82 de la Decisión ciertas dificultades que sufren los operadores pequeños, como las condiciones discriminatorias que les aplican las agencias de viajes de los grandes operadores integrados en relación con el porcentaje de comisión, las ventas preferentes de los productos de éstos, la presentación de los folletos y las promociones, lo que a juicio de la Comisión les impide competir de manera efectiva con los grandes operadores.

- 253 La demandante critica la tesis de la Comisión según la cual la integración vertical de los operadores principales ha reducido el acceso a la distribución porque, en su opinión, la integración vertical sólo produce un efecto de eliminación inaceptable si existe un poder horizontal en el mercado de la distribución, supuesto que no se da en el caso de autos.
- 254 La Comisión alega que los grandes operadores turísticos controlan todas las grandes cadenas nacionales de agencias de viajes y la mayoría de los puntos de venta. Afirma que en dichas agencias los demás operadores sufren la venta preferente, es decir, que se dé un trato de favor a los productos de la matriz, lo que supone un gran obstáculo para que los operadores pequeños accedan al mercado y crezcan. En cuanto a los demás canales de distribución, como la venta en centros telefónicos e Internet, la Comisión sostiene que todavía no constituyen sustitutos viables de las agencias de viajes, como atestiguan los esfuerzos de los principales operadores turísticos, incluida First Choice, para crear o adquirir cadenas de agencias de viajes.
- 255 Procede recordar que en este caso no se trata de la cuestión del tamaño necesario para disputar a los grandes operadores las plazas principales, sino de determinar si, en el contexto anticompetitivo contemplado por la Comisión, los operadores pequeños que ya existen en el mercado podrían acceder en condiciones satisfactorias al mercado de la distribución y vender a los consumidores cantidades mayores de viajes combinados. Pues bien, se desprende de un simple análisis de la Decisión que, como sostiene la demandante, tal es el caso.
- 256 En primer lugar, es necesario señalar que, como indicó la Comisión en el considerando 32 de la Decisión, la concentración no debería dar lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en el sector de los servicios de agencia de viajes en su conjunto, independientemente de que se incluyan o no las ventas directas de viajes combinados por los operadores turísticos o las ventas a distancia (es decir, por teléfono), ya que la cuota acumulada de las partes en el

mercado de los servicios de agencia de viajes, en términos de número de puntos de venta, es pequeña (alrededor del 15 %).

257 En segundo lugar, se desprende de la Decisión (considerando 81) que alrededor del 40 % de todos los viajes combinados al extranjero vendidos por medio de las agencias de viajes se venden a través de agencias independientes. Además, la propia Comisión reconoce (considerando 31) que existen y están desarrollándose fuertemente otros métodos de distribución, como la venta directa por teléfono o por Internet, que representan ya alrededor del 20 % de las ventas totales de viajes combinados, lo que aumenta las posibilidades de que los operadores pequeños distribuyan eficazmente sus productos en el contexto de una situación de oferta restringida. A este respecto, es significativo que Direct Holidays, un operador independiente adquirido por Airtours que vende todos sus viajes por medios directos, creciera de manera considerable durante el período 1995/1996, durante el cual los grandes operadores sufrieron dificultades financieras (punto 9.18 de la demanda). En relación con la venta directa, es preciso añadir que la demandante destaca (punto 9.19 de la demanda), sin que la Comisión lo haya negado, que durante el procedimiento administrativo ésta recibió los siguientes testimonios de terceros en relación con la venta directa como acceso viable al mercado (citados en el punto 3.57 de la respuesta al pliego de cargos, adjunta a la demanda como anexo 7):

- Thomas Cook indicó lo siguiente: «La tendencia actual se aleja de las formas tradicionales de reservar las vacaciones por medio de una agencia de viajes en persona. El British National Travel Survey Report muestra que las reservas indirectas han aumentado desde finales de los años ochenta, pasando del 29 % de las reservas totales en 1992 [...] al 34 % en 1998.»

- Thomson expresó una opinión según la cual «El número de consumidores que reservan vacaciones con métodos de compra directa no tradicionales va aumentando, al igual que la proporción de los consumidores que consideran la compra directa una alternativa a la reserva a través de una agencia de viajes situada en una calle comercial.»

- Virgin Holidays declaró lo siguiente: «Como operador turístico, no tenemos cadena de distribución. Mediante nuestras propias ventas, hemos observado un aumento notable del número de viajes comprados a través de “call centres”. También hemos percibido que se ha incrementado el número de viajes comprados por medio de agencias de teletexto.»
- 258 Por lo que respecta a las dificultades que sufren los operadores pequeños (citadas en los considerandos 81 y 82 de la Decisión), aun suponiendo que se acreditasen la realidad y la legalidad de las prácticas en cuestión, no limitarían sensiblemente la posibilidad de que los operadores pequeños aprovechen las oportunidades creadas por la situación de escasa capacidad que se produciría a juicio de la Comisión si se realizase la concentración. En tal situación, es posible considerar que, habida cuenta de las expectativas de los consumidores y de la necesidad de maximizar sus rendimientos, las agencias de viajes no podrían abstenerse de ofrecer en condiciones razonables los productos de los operadores pequeños, aunque las agencias de los operadores turísticos integrados verticalmente propusieran en primer lugar los productos del grupo y no los productos de la competencia.
- 259 En cualquier caso, dado que alrededor del 40 % del total de los viajes combinados no se venden en las agencias controladas por los grandes operadores, los operadores pequeños deberían tener acceso a la distribución en condiciones satisfactorias para vender la capacidad que añadirían en el supuesto de que los operadores principales decidieran limitar la capacidad por debajo del volumen que ofertarían en una situación de competencia.
- 260 Se desprende de lo anterior que la Comisión erró al considerar que los operadores turísticos pequeños no tendrían acceso a la distribución de sus productos a los

consumidores en condiciones satisfactorias para incrementar su capacidad sensiblemente con el fin de aprovechar las oportunidades creadas por la escasez de productos que se produciría a juicio de la Comisión si se autorizase la operación.

261 Resulta de todo lo que precede que la Comisión subestimó las posibilidades de que los operadores turísticos pequeños aumentasen su capacidad para aprovechar las oportunidades que ofrecería la situación de escasa capacidad global provocada por los grandes operadores y, por tanto, de que contrarrestasen la creación de una posición dominante colectiva como consecuencia de la concentración notificada.

b) Sobre la reacción posible de los competidores potenciales: los demás operadores turísticos

262 Procede examinar asimismo si, en el supuesto de que los grandes operadores limitasen la capacidad que comercializan por debajo del volumen que ofertarían en una situación de competencia, los operadores turísticos que realizan su actividad en otros países de la Comunidad o en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos lejanos podrían entrar en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos.

263 Hay que recordar los términos utilizados por la MMC en su informe de 1997:

«Los operadores van y vienen. No existen obstáculos significativos de acceso al mercado de los operadores turísticos ni al mercado de las agencias de viajes» (punto 1.6) y «[...] si los precios de un tipo de viaje o de los viajes con salida en un aeropuerto determinado o en unas fechas específicas del año fueran excesivos, los operadores turísticos situarían su negocio en cada uno de estos campos y ofertarían precios inferiores» (punto 4.15).

264 Pues bien, es necesario señalar que, en el considerando 114 de la Decisión, la Comisión admite, por una parte, que una posición dominante colectiva no puede mantenerse en el tiempo si los obstáculos de acceso al mercado de la organización de viajes, de la explotación de compañías aéreas de vuelos chárter y de las agencias de viajes no son significativos y, por otra parte, que el informe de la MMC de 1997 corrobora en general el punto de vista de la demandante sobre la falta de obstáculos de acceso al mercado de referencia.

265 No obstante, la Comisión indica en el considerando 115 de la Decisión que desde la redacción del informe de la MMC de 1997 el sector se ha concentrado sensiblemente y estima que los obstáculos de acceso al mercado ahora son mayores (tienen «un mayor efecto») y que aumentarían aún más si se llevase a cabo la operación propuesta. La Comisión sostiene después lo siguiente:

«Está claro que para ver desaparecer la amenaza de una posición dominante, no basta con que el acceso al mercado sea simplemente posible. Toda implantación en el mercado debe también, entre otras cosas, ser viable, lo que supone, en un mercado como el presente en el que el tamaño es un factor importante, que la empresa debe poder tener o adquirir rápidamente un tamaño suficiente para ejercer una competencia efectiva frente a los proveedores dominantes. La Comisión considera que esta evolución es improbable en el presente caso.»

266 Sin embargo, es necesario recordar que, al igual que en el caso de los competidores actuales, lo importante aquí no es saber si los competidores potenciales pueden alcanzar un tamaño suficiente para competir con los grandes operadores en situación de igualdad sino simplemente determinar si dichos competidores tienen la posibilidad de aprovechar las oportunidades que crearía la restricción de la capacidad que comercializan los grandes operadores en el mercado de referencia por debajo del volumen resultante de una situación de competencia. En este contexto, la Comisión no puede afirmar que, por el mero hecho de que les sería difícil crecer por encima de un tamaño determinado, los operadores turísticos que ofertan otros productos (como los viajes combinados al extranjero hacia destinos lejanos) o realizan su actividad en otros países (como

Alemania o los Países Bajos) no podrían entrar eficaz y rápidamente en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos en el supuesto de que los grandes operadores decidieran restringir la competencia de manera significativa. En relación con esto, hay que señalar que otros operadores turísticos relevantes en Europa, como Neckermann y TUI, aparecen mencionados por la demandante como competidores potenciales que podrían entrar rápidamente en el Reino Unido en caso de restricción de la capacidad o de aumento de los precios.

267 Por otra parte, es necesario señalar a este respecto que la Decisión no examina la situación de la competencia en el alojamiento de vacaciones, pese a que el suministro de la capacidad de alojamiento es muy importante para entender la dinámica del mercado de referencia, en particular por lo que se refiere, por un lado, a la posibilidad de los miembros del supuesto oligopolio dominante de actuar con independencia de los hoteleros de los destinos cercanos y, por otra parte y en consecuencia, a la posibilidad de que los competidores actuales y potenciales reaccionen ante una posible disminución de la capacidad ofertada por los grandes operadores. Pues bien, es improbable que las camas de hotel que se liberarían como consecuencia de las limitaciones de capacidad decididas por los grandes operadores no se reservasen inmediatamente por otros operadores, cuya voluntad de obtener tales capacidades de alojamiento quedó demostrada por varios documentos y testimonios presentados en el marco del procedimiento administrativo (véase por ejemplo el escrito de Virgin Sun citado en el apartado 224 *supra*).

268 Por tanto, cada uno de los grandes operadores turísticos debería tener en cuenta los riesgos derivados de la reacción que tendrían los hoteleros ante una reducción sensible de las reservas de camas que no respondiera realmente a una disminución de la demanda sino a una decisión restrictiva con fines anticompetitivos. La disponibilidad de camas para cada gran operador en condiciones y en cantidades satisfactorias para las temporadas siguientes podría verse comprometida.

269 Resulta de lo anterior que, si bien la Comisión examinó los obstáculos para crecer en el mercado por encima de un tamaño determinado, no tuvo en cuenta como debía que la falta de obstáculos de acceso al mercado debería permitir a los competidores potenciales acceder al mercado de referencia y, por tanto, intervenir

de manera eficaz y rápida en el supuesto de que se produjera una situación de escasa capacidad como consecuencia de que las políticas de los grandes operadores en materia de capacidad se alineasen.

c) Sobre la reacción posible de los consumidores

270 La prueba de si el oligopolio resultante de la operación tendría la posibilidad de actuar con independencia de los consumidores exige responder a la cuestión de cuál sería la reacción de los consumidores británicos y determinar si no estarían dispuestos a buscar otras alternativas si los precios de los viajes combinados hacia destinos cercanos aumentasen sensiblemente o si existiera escasez de viajes combinados hacia dichos destinos.

271 En el considerando 124 de la Decisión, la Comisión expone que los consumidores carecen de poder de compra y que, por este y otros elementos del mercado, tienen dificultades para comparar los productos en competencia a partir de la información limitada disponible en los folletos de los operadores turísticos, lo que limita la posibilidad de que el consumidor corrija cualquier aspecto de la oferta contrario a la competencia.

272 Según la demandante, varios estudios de mercado prueban que la mayoría de los viajeros acuden a más de una agencia de viajes antes de elegir sus vacaciones y que para el 85 % de ellos el precio es el factor más importante en su decisión de compra. Por tanto, la demandante afirma que los consumidores individuales son capaces de «votar con los pies» y buscar los viajes más baratos, lo que incita al operador turístico a fijar sus precios de manera competitiva.

- 273 A juicio de la Comisión, es falso afirmar que, en un mercado de bienes de consumo como el de los viajes combinados, los consumidores disponen de algún poder de compra equilibrante y significativo.
- 274 Sin embargo, es necesario subrayar que el hecho de que los consumidores no tengan un poder de compra significativo como consecuencia de su dispersión no debe confundirse con la cuestión de si pueden reaccionar ante el aumento de precios que provocaría la limitación de la capacidad comercializada por los grandes operadores por debajo del volumen resultante de una situación de competencia. Pues bien, como alega la demandante, ha quedado acreditado que los consumidores comparan antes de adquirir un viaje. Por lo demás, la propia Comisión admite en el considerando 98 de la Decisión que «los consumidores son sensibles a diferencias de precio relativamente reducidas entre viajes similares».
- 275 En este contexto, la Comisión subestimó el papel que podrían desempeñar los consumidores británicos, que pueden intentar obtener mejores precios de los operadores turísticos pequeños.
- 276 Además, ha de señalarse que en el marco del primer motivo se ha declarado que, si bien la Comisión adoptó una definición restringida del mercado de productos de referencia dentro de los límites de su facultad de apreciación, no por ello puso en duda el hecho de que los consumidores aprecien cada vez más los viajes combinados al extranjero hacia destinos lejanos ni que los estudios de mercado que la demandante invoca en su respuesta al pliego de cargos (anexo 7 de la demanda: informe del British National Travel Survey y Mintel: *Holidays: the booking procedure*, 1997) destacan la tendencia de los británicos a ampliar el ámbito geográfico de sus destinos de vacaciones, en particular, hacia la otra costa del Océano Atlántico. Esta circunstancia refuerza la tesis de la demandante según la cual es posible que la demanda se trasladara en parte a otros tipos de viajes si los precios se acercaran suficientemente, ya que dichos estudios muestran claramente una tendencia evolutiva de los gustos de los consumidores, que no parecen en modo alguno encerrados en la idea de que sus únicos destinos sean los situados en la zona mediterránea.

d) Conclusión

277 Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, procede concluir que la Comisión no evaluó correctamente la reacción previsible de los operadores turísticos pequeños, de los competidores potenciales, de los consumidores y de los hoteleros y que subestimó dichas reacciones como contrapeso capaz de contrarrestar la creación de una posición dominante colectiva.

5. Sobre la apreciación de la incidencia de la operación en la competencia

278 La Comisión presenta sus apreciaciones sobre la incidencia de la operación notificada en los considerandos 139 a 147 de la Decisión.

279 En primer lugar (considerando 139), afirma que el resultado de la operación sería un aumento de la concentración, ya que la cuota de mercado acumulada de los tres principales operadores turísticos aumentaría sensiblemente: 83 % según los cálculos de la Comisión (85 % según Nielsen), por un 70 % actualmente (Airtours, Thomson y Thomas Cook). Además, el cuarto operador (Cosmos) tendría menos del 5 %, mientras que el operador que ocupa actualmente este puesto (First Choice) tiene el 11 %. No obstante, de los considerandos 139 a 147 de la Decisión se desprende que la Comisión no consideró suficiente para acreditar la existencia de una posición dominante colectiva el hecho de que la suma de las cuotas de mercado alcance un porcentaje elevado (por encima del 80 %).

280 De este modo, la Comisión declara en segundo lugar (considerandos 140 y 141 de la Decisión) que la concentración provocaría la desaparición de First Choice como proveedor y distribuidor para los operadores secundarios, lo que marginaría aún más a los operadores pequeños independientes y no integrados. No obstante, es necesario precisar que, como se trata de examinar la probabilidad

de que se cree una posición dominante colectiva, la evaluación del impacto previsible de la operación en los demás competidores del mercado equivale a determinar si éstos podrían o no oponerse a la estabilidad del supuesto oligopolio dominante. Pues bien, se ha declarado que la Comisión no ha acreditado que no pudieran hacerlo.

281 En tercer lugar, la Comisión sostiene (considerandos 142 a 147 de la Decisión) que la operación aumentaría la transparencia y la interdependencia entre los grandes operadores. En el considerando 143 de la Decisión, considera que el hecho de que la concentración reduzca a la mitad el número de relaciones competitivas posibles entre los grandes operadores, haciéndolas pasar de seis a tres, reforzaría sensiblemente la interdependencia entre los miembros del oligopolio, lo que les incitaría todavía más a restringir las capacidades, ya que les resultaría mucho más claro que competir entre sí para conquistar cuotas de mercado supondría para cada uno de ellos una reducción de los beneficios. La mayor marginación de los operadores secundarios refuerza la probabilidad de que tal situación se produzca. En el considerando 144, señala que esta disminución del número de relaciones bilaterales de competencia y cooperación aumentaría también la transparencia del mercado, porque sería en efecto mucho más fácil para uno de los grandes operadores detectar cualquier intento de desestabilización del mercado destinado, por ejemplo, a conquistar cuotas de mercado. Como consecuencia de esta mayor transparencia, existiría un riesgo mayor de que las actuaciones comerciales agresivas creasen un exceso de oferta en el mercado, lo que reduciría los beneficios y por tanto sería contraproducente.

282 Por consiguiente, la Comisión llegó a la conclusión (considerando 147 de la Decisión) de que la estructura de mercado resultante de la operación incitaría lógicamente a los miembros del oligopolio a limitar la oferta.

283 Sin embargo, procede recordar, por lo que respecta al grado de transparencia previsible en el mercado después de la operación, que se ha declarado que la Comisión erró al estimar que el grado de transparencia existente en el mercado era suficiente para permitir a cada uno de los grandes operadores conocer el

comportamiento de los demás, detectar las posibles desviaciones respecto a la línea de acción común e interpretar las reacciones de represalia como tales. Pues bien, la Comisión no ha acreditado que el paso de cuatro grandes operadores turísticos a tres provocaría una situación distinta. En efecto, si bien es cierto que la transparencia del mercado aumentaría en cierta medida como consecuencia de la disminución del número de relaciones bilaterales de competencia entre los grandes operadores de seis a tres, no es menos cierto que los tres grandes operadores subsistentes seguirían teniendo las mismas dificultades para prever con suficiente antelación las intenciones respectivas de cada uno de los otros dos y para interpretar sus comportamientos desviados como tales.

284 Por lo que respecta a la apreciación según la cual la operación reforzaría sensiblemente la interdependencia de los grandes operadores, hay que señalar que la Comisión incurrió en una incoherencia al alegar al mismo tiempo, por una parte, que en este mercado es necesario integrarse verticalmente para poder ser realmente competitivo y, por otra parte, que el hecho de que cada uno de los operadores integrado venda plazas de chárter a los demás en el mercado de las plazas de avión y venda los viajes combinados de los demás en el mercado de las agencias de viajes tiene efectos contrarios a la competencia porque aumenta su interdependencia. Pues bien, en la lógica del funcionamiento de este mercado debe presumirse, salvo prueba en contrario, que la integración vertical aumenta la independencia de cada uno de los operadores respecto a los demás y, por tanto, disminuye su interdependencia.

285 Además, la Comisión no ha explicado los motivos por los cuales lo que considera vínculos comerciales (comprar a los demás plazas de avión y vender sus propios productos también en las agencias de los demás) sólo puede justificarse por los fuertes vínculos económicos existentes entre los grandes operadores (considerando 142 de la Decisión) y no puede explicarse simplemente por el hecho de que sea rentable mantener estos vínculos en un contexto competitivo, dado que los grandes operadores constituyen grupos económicos muy implantados en varios mercados de este sector y tienen interés en ser rentables y obtener los máximos beneficios posibles en todos estos mercados.

286 En efecto, la Decisión no describe explícitamente los fuertes vínculos económicos que unen a los grandes operadores ni la forma en que refuerzan la interdependencia de los operadores integrados. En el considerando 57 de la Decisión, la Comisión afirma que «[el] alcance y la naturaleza de la integración vertical de los principales proveedores [y] los amplios vínculos comerciales y de otro tipo que existen entre ellos» forman parte de las características distintivas del mercado de productos de referencia en cuanto a las condiciones de competencia. Posteriormente, en el considerando 71, la Decisión precisa un poco más la naturaleza de dichos vínculos. Destaca la existencia de una serie de vínculos comerciales entre las empresas integradas, que se derivan en parte de su integración vertical, en sentido descendente a través de la utilización de sus respectivas cadenas de agencias de viajes y en sentido ascendente por el hecho de que las empresas integradas comparten en cierta medida capacidades de plazas de avión, tanto por medio de las compras directas entre ellas como por intercambios y acuerdos de agrupación que les permiten maximizar la utilización de sus respectivas flotas. Después, en los considerandos 102 a 113, la Comisión formula diversas consideraciones bajo el título «Transparencia, interdependencia y vínculos comerciales». Estos considerandos se dedican a exponer el grado de transparencia existente en el mercado a juicio de la Comisión, quien afirma a este respecto que la integración vertical y los vínculos comerciales que los principales proveedores mantienen entre sí les ayudan a obtener estimaciones precisas y actualizadas de su cuota de mercado y de las cuotas de los competidores. Sin embargo, esta parte de la Decisión no explica los motivos por los cuales los operadores integrados son interdependientes ni cuál es la incidencia de los vínculos comerciales resultantes de la integración vertical y del modo de funcionamiento del mercado al respecto, con independencia del aumento de la transparencia.

287 A continuación, en el considerando 142 y al evaluar el impacto de la operación, la Comisión afirma que actualmente ya existe un cierto grado de interdependencia entre los operadores turísticos, que se debe a la incidencia que tiene la cantidad total de las capacidades comercializadas durante una temporada sobre las condiciones del mercado. La Comisión añade que «se crean así fuertes vínculos económicos entre los grandes operadores». Sin embargo, este considerando no especifica a qué tipo de vínculos económicos se refiere y la Decisión no precisa qué son los vínculos económicos fuertes. En cualquier caso, no parece que los vínculos contemplados en este extracto sean los vínculos comerciales derivados

de la integración vertical (es decir, el hecho de comprar plazas de avión a los demás y de vender los viajes de los demás).

288 Se desprende de lo anterior que la Comisión no examinó, en la situación anterior a la concentración, en qué medida los vínculos comerciales resultantes de la integración vertical y del modo de funcionamiento del mercado refuerzan la interdependencia de los operadores turísticos integrados, salvo para señalar que aumentan el grado de transparencia existente en este mercado.

289 Pues bien, al no haber un análisis de la Comisión que pruebe lo contrario, debe presumirse que, en las circunstancias del mercado de referencia antes de la concentración, el hecho de que los operadores integrados compren plazas de avión y vendan sus productos en las empresas de sus competidores no constituye más un indicio de interdependencia que de independencia. Esta circunstancia parece ser mera consecuencia del funcionamiento normal de la economía, en la cual el negocio es primordial y los operadores integrados deben intentar aprovechar al máximo sus capacidades y las oportunidades de negocio, en un sector con elevados costes fijos y estrechos márgenes de beneficio. Como indica la Decisión, los operadores turísticos integrados están presentes en tres mercados y, por tanto, en tres negocios distintos: el de los vuelos chárter hacia destinos cercanos, el de la organización de viajes combinados hacia destinos cercanos y el de la venta de viajes en las agencias de viajes. En realidad, First Choice realiza una cuarta actividad, la de agente intermediario de billetes de avión (véase el considerando 1 de la Decisión). La lógica económica del grupo de empresas exige que cada una de las empresas que componen un operador turístico integrado intente ser lo más rentable posible.

290 A este respecto, es necesario señalar que, al evaluar el impacto de la operación, la Comisión no parece haber considerado la incidencia de la lógica económica, a saber, maximizar los rendimientos intentando maximizar los beneficios globalmente, a la escala de todo el grupo. Aun así, la Decisión reconoce (considerando

59) que los márgenes de los operadores son más bien bajos, alrededor del 7 % en los últimos años y que, no obstante, los operadores turísticos integrados verticalmente en general percibirán además ingresos por las actividades de sus compañías aéreas y de sus agencias de viajes, ámbitos en los que los márgenes pueden ser más elevados, especialmente por lo que se refiere a las compañías aéreas. Admite asimismo que por este motivo «los márgenes brutos sobre las operaciones totales de los operadores integrados serán seguramente más importantes que los realizados sólo en concepto de sus actividades como operadores turísticos».

291 Pues bien, como la lógica económica normalmente favorece la obtención de las mayores sinergias posibles, los porcentajes de rentabilidad de las distintas actividades del grupo (chárters, organización de viajes combinados y agencias de viajes) serán tanto más elevados cuanto que se optimicen plenamente las ventajas de la integración vertical.

292 Por último, aunque las sinergias a las que daría lugar la concentración no superasen el 1 % de los costes totales de la entidad combinada (considerando 146 de la Decisión), no existe ningún indicio de que Airtours decidiera pagar el precio de las acciones de First Choice, normalmente más caro en una OPA hostil, contando con rentabilizar esta gran inversión con los beneficios de una situación de posición dominante colectiva duradera.

293 Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y al no disponer de una evaluación más precisa del alcance del aumento de la transparencia del mercado y de la interdependencia de los grandes operadores turísticos que provocaría la operación, procede concluir que la Comisión no ha acreditado suficientemente que, como consecuencia de la operación, se modificaría la estructura del mercado de referencia de modo que los operadores principales no se comportasen como en el pasado y se crease una situación de posición dominante colectiva.

D. *Conclusión general*

294 A la luz de todo lo anterior, es necesario concluir que la Decisión no basó su análisis prospectivo en pruebas sólidas sino que incurrió en varios errores de apreciación respecto a elementos importantes para evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva. En consecuencia, la Comisión prohibió la operación sin haber demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que la operación de concentración crearía una posición dominante colectiva de los tres grandes operadores turísticos, que podría suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado de referencia.

295 En tales circunstancias, el tercer motivo debe declararse fundado y, por tanto, debe anularse la Decisión, sin que sea necesario examinar los demás motivos y alegaciones invocados por la demandante.

Costas

296 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de la parte demandada y dado que la demandante ha solicitado que se condene en costas a la parte demandada, procede condenar a ésta a abonar sus propias costas, así como las de la demandante.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada)

decide:

- 1) Anular la Decisión C(1999) 3022 def. de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (asunto n° IV/M.1524 — Airtours/First Choice).

- 2) La Comisión cargará con sus propias costas y con las costas de la demandante.

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Vilaras

Forwood

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de junio de 2002.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

P. Lindh

II - 2694

Índice

Hechos y procedimiento	II-2593
Procedimiento y pretensiones de las partes	II-2595
Sobre el fondo	II-2597
Sobre el primer motivo, basado en la definición errónea del mercado de productos de referencia y en la infracción del artículo 253 CE	II-2597
A. La Decisión	II-2597
B. Sobre la definición del mercado de productos de referencia	II-2600
Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, en la violación del principio de seguridad jurídica y en la infracción del artículo 253 CE por el hecho de que la Comisión examinase el caso de autos haciendo referencia a un concepto erróneo de posición dominante colectiva	II-2609
Sobre el tercer motivo, basado, por una parte, en la infracción del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 por el hecho de que la Comisión declarase que la operación de concentración notificada crearía una posición dominante colectiva y, por otra parte, en la infracción del artículo 253 CE	II-2611
A. Consideraciones generales	II-2611
B. La Decisión	II-2615
C. Sobre los supuestos errores de apreciación cometidos por la Comisión	II-2618
1. Observaciones preliminares	II-2619
2. Sobre la conclusión según la cual la realización de la operación de concentración incitaría a los tres grandes operadores subsistentes a dejar de competir entre sí	II-2620
a) Sobre la apreciación de la competencia existente entre los operadores turísticos principales	II-2620
i) Sobre la supuesta tendencia hacia la situación de posición dominante colectiva antes de la realización de la operación propuesta	II-2622
— Sobre el hecho de que los grandes operadores adoptan un enfoque prudente al planificar su capacidad y tienen en cuenta especialmente las estimaciones de los principales competidores	II-2622
	II - 2695

— Sobre la apreciación respecto a los movimientos de integración horizontal y vertical que caracterizaron al mercado desde que se publicó el informe de la Monopolies and Mergers Commission ...	II-2625
ii) Sobre la apreciación de la volatilidad de las cuotas de mercado históricas	II-2631
iii) Conclusión sobre la apreciación de la competencia existente entre los operadores turísticos principales	II-2634
b) Sobre la apreciación de la evolución anterior y previsible de la demanda, de su volatilidad y del grado de transparencia existente en el mercado	II-2634
i) Sobre las apreciaciones relativas al escaso crecimiento de la demanda .	II-2635
ii) Sobre las apreciaciones relativas a la volatilidad de la demanda	II-2639
iii) Sobre la apreciación del grado de transparencia existente en el mercado de referencia	II-2643
iv) Conclusiones sobre la apreciación de la evolución anterior y previsible de la demanda, su volatilidad y el grado de transparencia existente en el mercado	II-2654
c) Conclusión	II-2655
3. Sobre el carácter insuficiente de los factores de disuasión identificados por la Comisión para garantizar la cohesión interna del supuesto oligopolio dominante	II-2655
4. Sobre la subestimación de la reacción previsible de los operadores pequeños, de los competidores potenciales y de los consumidores como contrapeso suficiente para impedir la estabilidad del supuesto oligopolio dominante ...	II-2663
a) Sobre la posible reacción de los competidores actuales: los operadores turísticos pequeños	II-2664
i) Observaciones preliminares sobre la cuestión del tamaño de los operadores turísticos pequeños	II-2664
ii) Sobre la posibilidad de que los operadores pequeños aporten capacidades adicionales	II-2666
iii) Sobre el acceso de los operadores turísticos pequeños a las plazas de avión	II-2670
iv) Sobre el acceso de los operadores turísticos pequeños a la distribución	II-2678
b) Sobre la reacción posible de los competidores potenciales: los demás operadores turísticos	II-2682
c) Sobre la reacción posible de los consumidores	II-2685
d) Conclusión	II-2687
5. Sobre la apreciación de la incidencia de la operación en la competencia	II-2687
D. Conclusión general	II-2693
Costas	II-2693