Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

16 de maio de 2018 *

«Concorrência — Concentrações — Mercado do transporte aéreo — Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno sem prejuízo do respeito de certos compromissos — Pedido de dispensa de uma parte das obrigações que são objeto dos compromissos — Proporcionalidade — Confiança legítima — Princípio da boa administração — Desvio de poder»

No processo T-712/16,

Deutsche Lufthansa AG, com sede em Colónia (Alemanha), representada por S. Völcker, advogado,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por A. Biolan, H. Leupold e I. Zaloguin, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objeto um pedido baseado no artigo 263.º TFUE e destinado a obter a anulação da Decisão C(2016) 4964 final da Comissão, de 25 de julho de 2016, que indefere o pedido apresentado pela recorrente relativo à dispensa de certos compromissos tornados obrigatórios pela Decisão da Comissão de 4 de julho de 2005 que aprova a concentração no processo COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: G. Berardis, presidente, S. Papasavvas (relator) e O. Spineanu-Matei, juízes,

secretário: C. Heeren, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 14 de setembro de 2017,

profere o presente

* Língua do processo: inglês.

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 A recorrente, Deutsche Lufthansa AG (a seguir «Lufthansa» ou «recorrente»), é a mais importante companhia aérea alemã. É membro cofundador da Star Alliance, a aliança de companhias aéreas mais importante do mundo.

2 Além do acordo Star Alliance, a Lufthansa celebrou com a Scandinavian Airlines System (a seguir «SAS»), em 11 de maio de 1995, um acordo bilateral de aliança (a seguir «acordo bilateral de aliança») e, em 1 de julho de 1995, um acordo de partilha de código, um acordo de comercialização e de venda e um acordo bilateral de empresa conjunta (a seguir «acordo de empresa conjunta»).

3 Do mesmo modo, além do acordo Star Alliance, a Lufthansa celebrou com a Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (a seguir «LOT»), em 1 de junho de 2002, um acordo recíproco de partilha de código, em 25 de agosto de 2003, um acordo tarifário especial de repartição, em 26 de setembro de 2003, um acordo estratégico de cooperação, em 15 de junho de 2004, um acordo-quadro relativo ao programa de encorajamento e, em 1 de outubro de 2003, o acordo de cooperação Miles and More.

Decisão que autoriza a operação de concentração entre a Lufthansa e a Swiss International Air Lines Ltd

4 Por Decisão de 4 de julho de 2005 (processo COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss, a seguir «Decisão de 2005»), adotada em aplicação do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento CE sobre as concentrações») (JO 2004, L 24, p. 1), a Comissão das Comunidades Europeias declarou que a operação de concentração (a seguir «operação») através da qual a Lufthansa adquiria o controlo da companhia aérea Swiss International Air Lines Ltd (a seguir «Swiss») era compatível com o mercado interno, o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) e o Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça sobre o transporte aéreo, sob reserva do respeito de certas condições e encargos.

5 No quadro do exame da operação, a Comissão, por um lado, analisou as justaposições entre os serviços assegurados pelas duas companhias aéreas. Examinou, por outro lado, em que medida a aquisição da Swiss pela Lufthansa eliminaria igualmente a concorrência efetiva entre a Swiss e outras companhias aéreas que não faziam parte do grupo Lufthansa, mas que eram parceiras da Star Alliance e estavam, além disso, ligadas por uma série de acordos bilaterais ou multilaterais, a saber, a SAS, a LOT, a Austrian Airlines, a British Midland Limited (a seguir «bmi»), a United Airlines e a Air Canada.

6 Atendendo aos diversos acordos de cooperação mencionados nos n.ºs 2 e 3 *supra* e tendo em conta a provável futura adesão da Swiss à Star Alliance, a Comissão concluiu que a SAS e a LOT tinham pouco interesse em entrar em concorrência com a Swiss depois da operação.

7 Por conseguinte, as quotas de mercado da SAS e da LOT foram adicionadas às da Lufthansa na apreciação para efeitos de concorrência da operação pela Comissão, o que deu lugar a duas justaposições sobre as linhas Zurique-Estocolmo (a seguir «ZRH-STO») e Zurique-Varsóvia (a seguir «ZRH-WAW»). Dado que apenas a Swiss e os parceiros da Star Alliance, a SAS na linha ZRH-STO e a LOT na linha ZRH-WAW, que exploram estas linhas e os aeroportos de Zurique (Suíça) e de Estocolmo (Suécia), estavam congestionados, a Comissão concluiu que havia dúvidas sérias quanto à compatibilidade da operação com o mercado interno para estas duas linhas.

8 A fim de dissipar estas dúvidas sérias, a Lufthansa e a Swiss (a seguir, consideradas conjuntamente, «partes») propuseram, em 13 de junho de 2005, compromissos em matéria de faixas horárias designadamente para as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW.

9 Na sequência das observações dos terceiros interessados, as partes completaram os compromissos sobre as faixas horárias, em 27 de junho de 2005, mediante compromissos tarifários, contidos na cláusula 11.1 dos compromissos apresentados pelas partes, que preveem que a entidade resultante da fusão aplicará, cada vez que reduzirá uma tarifa publicada numa linha de referência comparável, uma redução equivalente (em percentagem) sobre as tarifas correspondentes sobre as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW. A referida cláusula precisa que esta obrigação será objeto de derrogação quando um novo prestador de serviços aéreos tiver iniciado atividades nas referidas linhas.

10 Os compromissos apresentados pelas partes (a seguir «compromissos») preveem a designação de um mandatário encarregado de fiscalizar o respeito dos compromissos pelas partes sob vigilância da Comissão (a seguir «mandatário»).

11 Os compromissos contêm, por outro lado, as cláusulas de revisão 15.1 e 15.2 (a seguir, respetivamente, «cláusula de revisão 15.1» e «cláusula de revisão 15.2»), redigidas nos seguintes termos:

> «15.1 A Comissão pode, em resposta a um pedido da entidade resultante da fusão, justificado por circunstâncias excecionais ou por uma alteração radical nas condições do mercado, como a exploração de um serviço aéreo concorrencial sobre uma combinação de cidades europeias ou longo curso específico e identificado, derrogar, modificar ou substituir um ou vários dos presentes compromissos.
>
> 15.2 A pedido da entidade resultante da fusão, a Comissão pode reexaminar, derrogar ou modificar todos os compromissos propostos no presente documento baseando-se na evolução do mercado a longo prazo. Em especial, a Comissão derrogará a obrigação de disponibilizar faixas horárias se constatar que as relações contratuais, nas quais baseou a sua conclusão de reduzir as incitações à concorrência entre entidade resultante da fusão através da Decisão de 2005 e os transportadores da aliança da Lufthansa em questão, mudaram sobre um aspeto substancial de modo a suprimir as preocupações indicadas pela Comissão.»

Decisão impugnada

12 Em 4 de novembro de 2013, as partes apresentaram à Comissão um pedido de dispensa dos compromissos tarifários e, se possível, compromissos sobre as faixas horárias e outras medidas de correção acessórias em matéria de acesso, aplicáveis às linhas ZRH-STO e ZRH-WAW. O presente recurso diz respeito unicamente ao pedido de dispensa dos compromissos tarifários aplicáveis às linhas ZRH-STO e ZRH-WAW (a seguir «pedido de dispensa»).

13 O pedido de dispensa baseava-se em três motivos, a saber, em primeiro lugar, a rescisão do acordo de empresa conjunta, em segundo lugar, a modificação da política da Comissão em matéria de tratamento dos parceiros da aliança no exame das operações de concentração bem como a apreciação feita pela Comissão, a este respeito, na sua Decisão C(2009) 4608 final, de 22 de junho de 2009, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e com o Acordo EEE (processo COMP/M.5335, Lufthansa/SN Airholding, a seguir «Decisão Lufthansa/Brussels Airlines»), e, em terceiro lugar, a existência de concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro.

14 A Lufthansa respondeu em 14 de fevereiro de 2014 às perguntas da Comissão de 22 de novembro de 2013 e em 27 de abril de 2014 às perguntas suplementares de 26 de fevereiro de 2014.

15 Numa reunião que se realizou em 12 de setembro de 2014, a Lufthansa propôs que fosse rescindido o acordo bilateral de aliança se essa rescisão permitisse à Comissão aceder ao pedido de dispensa relativo à linha ZRH-STO. Em 16 de outubro de 2014, a Lufthansa completou o seu pedido de dispensa formulando novos pedidos. Em 26 de janeiro de 2015, respondeu a uma pergunta da Comissão através de correio eletrónico e, em 18 de maio de 2015, informou esta última de um projeto de modificação da sua estrutura tarifária.

16 Em 5 de março de 2015, a Comissão informou a Lufthansa de que a dispensa pedida lhe poderia ser concedida se introduzisse algumas modificações nos acordos de partilha de código celebrados com a SAS e a LOT. A Lufthansa respondeu através de correio eletrónico de 28 de abril de 2015, que não equacionava essas modificações.

17 A Lufthansa respondeu em 29 de junho de 2015 às perguntas da Comissão de 22 de maio de 2015.

18 Em 22 de outubro de 2015, a Comissão comunicou às partes a sua intenção de indeferir o pedido de dispensa. As partes apresentaram observações em 20 e 24 de novembro de 2015.

19 O mandatário comunicou observações sobre o pedido de dispensa da Lufthansa em 27 de junho de 2014 e em 3 de maio de 2016.

20 Por Decisão C(2016) 4964 final, de 25 de julho de 2016, a Comissão indeferiu o pedido da Lufthansa relativo à dispensa de certos compromissos tornados obrigatórios pela Decisão de 2005 (a seguir «decisão impugnada»).

21 Quanto ao pedido de dispensa das partes ao abrigo da segunda frase da cláusula de revisão 15.2, assente numa alteração nos acordos de cooperação celebrados pela Lufthansa, a Comissão considerou que a rescisão do acordo de empresa conjunta celebrado entre a Lufthansa e a SAS a propósito do tráfego entre a Alemanha e a Escandinávia era insuficiente para eliminar os problemas expostos na Decisão de 2005 no que respeita à linha ZRH-STO e que o facto de não ter entrado nenhum novo transportador poderia, além disso, ser, em si, considerado como um motivo para justificar a manutenção dos compromissos sobre as tarifas (considerando 68 da decisão impugnada). É, além disso, indicado, que, se as partes rescindissem efetivamente o acordo bilateral de aliança, a cláusula de revisão 15.2 poderia, em princípio e sob reserva de uma decisão distinta da Comissão, desencadear um exame dos compromissos relativos à linha ZRH-STO, precisando-se que a rescisão do acordo bilateral de aliança desencadearia unicamente a aplicação da cláusula de revisão 15.2, o que não seria suficiente para em si, para concluir que a dispensa pedida pelas partes deveria ser efetivamente concedida (considerando 69 da decisão impugnada).

22 Quanto ao pedido de dispensa des partes ao abrigo da primeira da cláusula de revisão 15.2, baseado numa modificação da política da Comissão em matéria de apreciação do papel dos parceiros de aliança no exame das concentrações desde a Decisão de 2005, é exposto que cada operação é avaliada com base nas suas próprias qualidades (considerando 77 da decisão impugnada), que a Comissão não excluiu da sua competência, por princípio, as relações entre os parceiros de aliança, nem o impacto dessas relações na incitação dos seus parceiros a concorrerem entre eles depois da concentração (considerando 79 da decisão impugnada), e que os compromissos apresentados no caso vertente exigem uma evolução do mercado a longo prazo que as partes não comprovaram (considerandos 82 e 83 da decisão impugnada).

23 Por outro lado, a Comissão sublinhou que, mesmo que as condições que permitem pedir a derrogação dos compromissos sobre as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW fossem consideradas preenchidas, haveria que ter em conta, na apreciação do pedido de dispensa, os acordos de partilha de código celebrados pela Swiss com os parceiros da Lufthansa, SAS, em 2006, e LOT, em 2007 (considerandos 95 e 96 da decisão impugnada). Em razão do impacto eventual desses acordos de partilha de código na concorrência sobre cada uma das duas linhas, a Comissão considerou que eram pertinentes para

avaliar a concentração e concluiu que a existência desses acordos revelava que o grau de cooperação entre a Lufthansa e a SAS e a LOT não tinha baixado (considerandos 99 e 100 da decisão impugnada). A Comissão concluiu assim que não havia motivos suficientes para conceder a dispensa pedida. Precisou que, por um lado, dado que nenhuma nova companhia aérea concorrente tinha entrado no mercado e que nenhuma outra circunstância excecional nem nenhuma alteração radical nas condições do mercado se tinham produzido, as condições de uma derrogação dos compromissos previstas pela cláusula de revisão 15.1 não estavam preenchidas (considerando 108 da decisão impugnada). Precisou que, por outro lado, as partes não tinham demonstrado que as condições exigidas para reexaminar, renunciar ou modificar os compromissos por força da cláusula de revisão 15.2 estavam preenchidas (considerando 109 da decisão impugnada).

24 A Comissão baseou essa celebrado são em cinco motivos redigidos do seguinte modo:

«111. Em primeiro lugar, a rescisão do acordo de empresa conjunta celebrado com a SAS não [afeta a base contratual para uma maior cooperação] que foi examinada na Decisão de 2005, e é, portanto, insuficiente para ocasionar um reexame baseado na cláusula de revisão 15.2.

112. Em segundo lugar, mesmo que a rescisão do acordo de empresa conjunta fosse teoricamente considerado pertinente no caso presente, a situação concorrencial existente nas duas linhas suscitaria sempre dúvidas sérias a propósito da compatibilidade da concentração com o mercado interno […] pelo que as condições da cláusula de revisão 15.2 não estão preenchidas. Com efeito, apenas dois transportadores asseguram respetivamente as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW, e celebraram acordos de partilha de código paralelos de plataforma a plataforma.

113. Em terceiro lugar, nenhuma alteração contratual se produziu na linha ZRH-WAW desde a Decisão de 2005.

114. Em quarto lugar, a aceitação pela Comissão de compromissos estruturais, por oposição a compromissos de natureza comportamental, sobre as tarifas em certos casos recentes de concentração de companhias aéreas, que respeitavam a linhas e a mercados que não são objeto da presente decisão, não pode ser considerada uma alteração substancial do mercado nem de outro modo justificar a dispensa pedida. De igual modo, o simples facto de que em certos casos recentes de concentração de companhias aéreas não tenham sido previstos compromissos sobre as tarifas não pode constituir um motivo que justifique a derrogação dos compromissos sobre as tarifas no caso vertente.

115. Em quinto lugar, a alteração alegada no modo como a Comissão trata os parceiros da Alliance não constitui uma evolução do mercado a longo prazo na aceção da cláusula de revisão 15.2.

116. A Comissão conclui, portanto, que, globalmente, a derrogação pedida dos compromissos não preenche as condições enunciadas nas cláusulas de revisão 15.1 e 15.2 (primeira e segunda frases). Também não melhora a eficácia geral dos compromissos. A Comissão decidiu, em consequência, indeferir o pedido da Lufthansa de derrogação parcial dos compromissos […]».

Tramitação processual e pedidos das partes

25 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 5 de outubro de 2016, a recorrente interpôs o presente recurso.

26 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

– anular a decisão impugnada;

– condenar a Comissão nas despesas,

27 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

– negar provimento ao recurso;

– condenar a recorrente nas despesas.

28 Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral (Sexta Secção) decidiu dar início à fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, formulou perguntas escritas à Lufthansa e à Comissão. Estas responderam às perguntas nos prazos fixados.

29 Foram ouvidas as alegações da Lufthansa e da Comissão e as suas respostas às perguntas orais formuladas pelo Tribunal Geral na audiência de 14 de setembro de 2017.

Questão de direito

30 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca três fundamentos. O primeiro é relativo à aplicação de um critério jurídico errado na apreciação do pedido de dispensa, erros manifestos de apreciação e violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima. O segundo fundamento é relativo a uma violação do princípio da boa administração. O terceiro fundamento é relativo a um desvio de poder.

Observações preliminares

31 Os compromissos assumidos pelas partes a fim de dissipar as dúvidas sérias suscitadas por uma operação de concentração e de a tornar compatível com o mercado interno contêm uma cláusula de revisão que prevê as condições nas quais a Comissão, a pedido da entidade resultante da fusão, poderá conceder uma prorrogação dos prazos ou derrogar, modificar ou substituir os referidos compromissos. Como resulta do n.º 74 da Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (JO 2008, C 267, p. 1, a seguir «Comunicação sobre as medidas de correção»), a derrogação ou a modificação dos compromissos apresenta especial interesse nos casos de compromissos comportamentais que possam ter sido contraídos desde há vários anos e para os quais algumas circunstâncias não podem ser previstas no momento da adoção da decisão sobre a concentração que os tenham tornado obrigatórios. Na sua tréplica, a Comissão, fazendo referência à sua Decisão C(2011) 2981 final, de 3 de maio de 2011 (processo n.º IV/M.950 — Hoffmann — La Roche/Boehringer Mannheim), alegou, por outro lado, que pode haver uma modificação ou uma derrogação dos compromissos na falta de cláusula de revisão, quando os compromissos se tornem obsoletos ou desproporcionados em razão de evoluções excecionais posteriores. Os compromissos visam, com efeito, resolver os problemas de concorrência apontados na decisão que autoriza a concentração, pelo que o seu conteúdo deveria poder ser modificado ou a sua necessidade desaparecer em função da evolução da situação do mercado. No âmbito do presente recurso, a recorrente invoca unicamente que lhe deveria ter sido concedida a dispensa em aplicação das cláusulas de revisão 15.1 e 15.2 contidas nos compromissos.

32 Previamente ao exame dos diferentes fundamentos e argumentos suscitados pela recorrente contra a decisão impugnada, importa determinar a margem de apreciação de que dispõe a Comissão ao examinar um pedido de dispensa de compromissos, bem como a fiscalização que deva ser feita pelo Tribunal sobre as decisões tomadas pela Comissão a esse respeito e precisar certos aspetos do processo de exame desse pedido.

33 Segundo jurisprudência constante, as regras de fundo do Regulamento n.º 139/2004 conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica (v., por analogia, Acórdãos de 31 de março de 1998, França e o./Comissão, C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, n.º 223; de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 38; e de 18 de dezembro de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, C-202/06 P, EU:C:2007:814, n.º 53).

34 Assim é no que respeita à apreciação não só da compatibilidade de uma operação de concentração mas igualmente da necessidade de obter compromissos com vista a dissipar as dúvidas sérias suscitadas por essa operação (v., neste sentido, Acórdãos de 30 de setembro de 2003, ARD/Comissão, T-158/00, EU:T:2003:246, n.º 328, e de 4 de julho de 2006, easyJet/Comissão, T-177/04, EU:T:2006:187, n.º 128) e da execução de tais compromissos (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 3 de abril de 2003, Petrolessence e SG 2R/Comissão, T-342/00, EU:T:2003:97, n.ºs 102 e 103).

35 No que diz respeito, mais especialmente, a um pedido de dispensa de compromissos que se tornaram obrigatórios através de uma decisão que declara uma operação de concentração compatível com o mercado interno, antes de mais, saliente-se que, ainda que o exame de uma concentração exija prognósticos sobre evoluções futuras que se tornam mais difíceis e incertos à medida que o seu horizonte temporal se afasta, o exame de um pedido de dispensa de compromissos não suscita necessariamente as mesmas dificuldades de análise prospetiva. Segundo as hipóteses, o exame desse pedido antes necessitará, com efeito, que se verifique se estão preenchidas as condições previstas na cláusula de revisão que acompanha, em geral, os compromissos ou que se avalie, retrospetivamente, se os prognósticos feitos no momento da aprovação da concentração se revelaram exatos ou se as dúvidas sérias suscitadas por esta ainda se mantêm atuais.

36 Seguidamente, observe-se que, como a recorrente alega, o exame de um pedido de dispensa de compromissos não está sujeito aos prazos estritos fixados no âmbito do exame de uma operação de concentração. Nenhuma disposição prevê, com efeito, prazos nos quais o processo de exame desse pedido ou certas fases desse processo deveriam ser cumpridas, nem de uma maneira mais geral, regulamenta ou organiza o referido processo.

37 Não é menos certo que a apreciação de um pedido de dispensa de compromissos pressupõe, tal como as restantes decisões em matéria de concentração, avaliações económicas por vezes complexas a fim, em especial, de verificar se a situação do mercado, na aceção lata, mudou de forma significativa e duradoura, pelo que os compromissos deixaram de ser necessários para resolver os problemas de concorrência apontados na decisão de concentração que tornou os compromissos obrigatórios.

38 Deve, portanto, considerar-se que a Comissão dispõe igualmente de um certo poder discricionário para a apreciação de um pedido de dispensa de compromissos que impliquem avaliações económicas complexas.

39 Por consequência, a fiscalização pelo Tribunal Geral do exercício desse poder deve ser efetuada tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de caráter económico que fazem parte do regime das concentrações (Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 38). Todavia, isso não implica que o Tribunal deve deixar de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o Tribunal deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39).

40 Contrariamente ao que a Comissão sustenta, esta jurisprudência enunciada no Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), não é desprovida de pertinência para o caso vertente pelo facto de o processo no qual o Tribunal de Justiça a estabeleceu não ter por objeto o reexame dos compromissos tornados obrigatórios por uma decisão de concentração. A referida jurisprudência é, com efeito, absolutamente geral e foi, de resto, aplicada especialmente em diferentes tipos de contencioso resultante da aplicação do Regulamento n.º 139/2004. Além disso, segundo jurisprudência constante, nos casos em que as instituições dispõem de poder de apreciação, o respeito das garantias conferidas pela ordem jurídica da União nos processos administrativos reveste importância ainda mais fundamental. Entre essas garantias figuram, designadamente, a obrigação da Comissão de examinar com diligência e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso vertente, o direito do interessado de dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o de que a decisão impugnada seja fundamentada de modo suficiente (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de novembro de 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, n.º 14, e de 20 de março de 2002, ABB Asea Brown Boveri/Comissão, T-31/99, EU:T:2002:77, n.º 99).

41 Resulta do exposto que a Comissão, embora disponha de um certo poder discricionário para a apreciação de um pedido de dispensa de compromissos, é, porém, obrigada a efetuar um exame diligente desse pedido, a conduzir, se necessário, um inquérito, a tomar as medidas de instrução adequadas e a basear as suas conclusões em todos os dados pertinentes.

42 Quanto ao critério jurídico adequado para a apreciação de um pedido de dispensa, a Comissão, recordando que a revogação retroativa de um ato administrativo legal que tenha conferido direitos subjetivos ou benefícios similares é contrária aos princípios gerais de direito (Acórdão de 20 de novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão, T-251/00, EU:T:2002:278, n.º 139), alega que as decisões de concentrações legais que conferem direitos ou vantagens semelhantes, como a Decisão de 2005, só podem ser modificadas ou revogadas em determinadas circunstâncias excecionais estritamente definidas. Esta argumentação não pode ser seguida. A decisão relativa a um pedido de dispensa de compromissos não pressupõe uma revogação da decisão que autoriza a concentração que os tornou obrigatórios e não consiste nessa revogação. Tem por objeto verificar se as condições previstas na cláusula de revisão que faz parte dos compromissos estão preenchidas ou, sendo caso disso, se deixaram de se colocar os problemas de concorrência assinalados na decisão que autoriza a concentração na condição de se cumprirem os compromissos.

43 Importa no entanto precisar que, tendo-se tornada definitiva a Decisão de 2005, a recorrente não pode, no âmbito do presente processo, contestar indiretamente a legalidade desta, incluindo na parte em que a mesma se refere aos compromissos.

44 Por outro lado, o argumento da recorrente segundo o qual a Comissão continua a ser obrigada a reexaminar com regularidade, inclusive por sua própria iniciativa, se as medidas de correção continuam a justificar-se não reveste pertinência no caso vertente, uma vez que a recorrente apresentou um pedido de derrogação dos compromissos.

45 Por último, deve precisar-se que é às partes vinculadas pelos compromissos que incumbe apresentar elementos de prova suficientes com vista a demonstrar que as condições exigidas para a derrogação dos compromissos estão preenchidas. Todavia, quando as referidas partes forneçam elementos de prova suscetíveis de demonstrar que as condições previstas nas cláusulas de revisão dos compromissos estão preenchidas, cabe à Comissão expor por que motivo esses elementos não são suficientes ou fiáveis e, se necessário, fazer um inquérito para verificar, completar ou contradizer os elementos apresentados por essas partes.

46 É à luz destas considerações que devem ser apreciados os fundamentos e os argumentos aduzidos pela recorrente.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à aplicação de um critério jurídico errado, a erros manifestos de apreciação e a uma violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima

47 O primeiro fundamento está subdividido em cinco partes. A primeira é relativa à aplicação de um critério jurídico errado na apreciação do pedido de dispensa, a uma violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima. A segunda é relativa a erros manifestos na apreciação dos acordos de aliança da Lufthansa. A terceira é relativa ao facto de a Comissão não ter tido em conta que a concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, constitui uma «evolução do mercado a longo prazo». A quarta é relativa ao facto de a Comissão não ter tido em conta a modificação da sua política em relação ao tratamento dos parceiros de aliança. A quinta é relativa ao não respeito pela Comissão da sua política geral em matéria de concentrações no que respeita às medidas de correção sobre as tarifas.

48 Importa examinar, antes de mais, a primeira parte, seguida da segunda e quarta partes conjuntamente, seguidamente, a terceira parte e, por último, a quinta parte. A conclusão sobre a apreciação de conjunto do fundamento será formulada ao concluir o exame das diferentes partes.

Quanto à primeira parte, relativa à aplicação de um critério jurídico errado na apreciação do pedido de dispensa e à violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima

49 A recorrente sustenta, em substância, que a decisão impugnada assenta num critério jurídico errado na medida em que a Comissão não dispõe de um poder discricionário ilimitado na apreciação dos pedidos de dispensa de compromissos e considera que, à luz da jurisprudência enunciada no Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), e dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima, a Comissão tem uma obrigação acrescida de examinar escrupulosamente os compromissos a longo prazo e de efetuar um inquérito.

50 Em primeiro lugar, na medida em que, conforme a recorrente confirmou na audiência, no âmbito da primeira parte, acusa a Comissão de ter violado a obrigação que lhe incumbe de efetuar um exame diligente do pedido de dispensa, de proceder, se necessário, a um inquérito e de basear as suas conclusões num conjunto de dados pertinentes que devem ser tidos em consideração, a argumentação desenvolvida em apoio da referida parte não tem alcance autónomo. Importa, portanto, examiná-la em conjugação com as restantes acusações de fundo desenvolvidas nas restantes partes do primeiro fundamento.

51 Em segundo lugar, a recorrente alega que os compromissos que impõem restrições perpétuas sobre a fixação dos preços são incompatíveis com o princípio da proporcionalidade e com um regime no qual a concorrência não é falseada e que exigem, por essa razão, um reexame com regularidade pela Comissão.

52 Esta argumentação deve ser afastada. Para além do facto de que as obrigações em causa não são perpétuas, mas simplesmente de duração indeterminada, importa salientar que, uma vez que a Decisão de 2005 se tornou definitiva, a recorrente não pode, como foi sublinhado no n.º 43 *supra*, contestar a legalidade dos referidos compromissos no âmbito do presente recurso.

53 Por outro lado, como a Comissão sublinha, as cláusulas de revisão 15.1 e 15.2 exprimem o princípio da proporcionalidade na medida em que permitem, em circunstâncias excecionais, derrogar, modificar ou substituir os compromissos caso seja provado que deixaram de ser necessários ou proporcionados, entendendo-se que a simples circunstância de estarem em vigor desde há vários anos não demonstra em si que sejam dissipadas as dúvidas sérias a que dão resposta e que os compromissos já não sejam justificados.

54 Por último, como resulta do n.º 44 *supra*, não incumbe à Comissão realizar oficiosamente um exame com regularidade dos compromissos de longa duração, mas às partes vinculadas pelos referidos compromissos apresentar um pedido de derrogação ou de modificação destes e demonstrar que as condições exigidas para este efeito estão preenchidas.

55 Em terceiro lugar, quanto ao princípio da proteção da confiança legítima, a recorrente alega que a Comissão exigiu os compromissos tarifários, que só com reserva os aceitou através da inserção da cláusula de revisão 15.2 e que confiava legitimamente em que a Comissão extinguisse efetivamente os compromissos e examinasse de boa-fé se as exigências da cláusula de revisão estavam preenchidas.

56 Essa argumentação não pode vingar. Por um lado, assenta numa premissa errada. Com efeito, como resulta designadamente do considerando 30 e do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, quem pode propor compromissos são as empresas às quais diga respeito uma operação de concentração a fim de a tornar compatível com o mercado interno e a Comissão não pode impor compromissos às referidas empresas. Por outro lado, trata-se de uma alegação desprovida de pertinência na medida em que a legalidade dos compromissos tornados obrigatórios através da Decisão de 2005 já não pode ser contestada. Por outro lado, não resulta dos autos que a Comissão tenha dado garantias precisas quanto à derrogação dos compromissos. Por último, saliente-se que a cláusula de revisão não pode, em si, garantir à recorrente que o seu pedido de dispensa de compromissos fosse automaticamente aceite, uma vez que a derrogação dos compromissos só pode ser concedida se as condições previstas para esse efeito estiverem efetivamente preenchidas.

57 Daqui decorre que a primeira parte deve ser afastada, exceto no diz respeito à acusação relativa à violação pela Comissão da sua obrigação de proceder a um exame diligente do pedido de dispensa, de conduzir, se necessário, um inquérito e de basear as suas conclusões no conjunto dos dados pertinentes que devam ser tidos em consideração, a qual será examinada no âmbito das restantes partes do primeiro fundamento.

Quanto à segunda e quarta partes, relativas a um erro manifesto de apreciação dos acordos de aliança da Lufthansa tendo em conta a segunda frase da cláusula de revisão 15.2 e ao facto de a Comissão não ter tido em conta a modificação da sua política no que respeita ao tratamento dos parceiros de aliança

58 A recorrente sustenta, em substância, que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação, que não teve em conta elementos pertinentes, que se baseou em hipóteses não provadas e que não examinou de boa-fé o pedido de dispensa, ao concluir que as modificações nos acordos de aliança concluídos entre a Lufthansa e a SAS não eram suficientes para derrogar o compromisso tarifário relativo à linha ZRH-STO. Alega, a este respeito, em primeiro lugar, que a decisão impugnada não tem de modo nenhum em conta a apreciação, feita pela própria Comissão, dos mesmos acordos celebrados pela Lufthansa com a SAS (e outros parceiros da Star Alliance) na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines, em segundo lugar, que a Comissão não teve em conta a sua alteração de política a respeito do tratamento dos parceiros de aliança, em terceiro lugar, que o acordo de partilha de código examinado na Decisão C(2012) 2320 da Comissão, de 30 de março de 2012 (processo COMP/M.6447 — IAG/bmi, a seguir «Decisão IAG/bmi»), não é pertinente no caso vertente e, em quarto lugar, que o acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS não inclui as formas de cooperação nas quais assenta o tratamento dos parceiros da Lufthansa na Decisão de 2005.

– *Observações preliminares*

59 A título preliminar, constate-se, antes de mais, que a segunda frase da cláusula de revisão 15.2 apenas se refere explicitamente à derrogação da obrigação de disponibilizar faixas horárias e não à que diz respeito às tarifas. No entanto, esta situação resulta do facto de que, como decorre do n.º 9 *supra*, os compromissos tarifários só no final da negociação das medidas de correção é que foram introduzidos, num momento em que a segunda frase da cláusula de revisão 15.2 já tinha sido redigida. Como a

recorrente alega sem que a Comissão desminta, foi, portanto, por inadvertência, e não deliberadamente, que a cláusula de revisão não foi modificada de maneira a refletir essa junção dos compromissos tarifários. Daqui resulta que a segunda frase da cláusula de revisão 15.2 deve ser interpretada no sentido de que se aplica não só aos compromissos relativos às faixas horárias mas igualmente aos compromissos tarifários. Esta interpretação impõe-se *a fortiori* visto que os compromissos tarifários constituem uma obrigação inabitual particularmente restritiva da liberdade de ação das partes, pelo que se afigura ainda mais importante e justificado prever a possibilidade de lhes pôr fim. De resto, na audiência, a Comissão confirmou expressamente que não contestava esta interpretação da segunda frase da cláusula de revisão 15.2.

60 Importa referir, por outro lado, que, embora a primeira frase da cláusula de revisão 15.2, que corresponde a uma cláusula de revisão *standard*, preveja que a Comissão pode derrogar ou modificar os compromissos em caso de evolução do mercado a longo prazo, a segunda frase da referida cláusula indica que a Comissão derrogará os compromissos em caso de alteração das relações contratuais. O teor desta frase, certamente mais imperativo, não significa, no entanto, como a recorrente sustenta, que toda e qualquer modificação das relações contratuais obrigará automaticamente a Comissão a derrogar os compromissos. Com efeito, a derrogação dos compromissos, ao abrigo da segunda frase da cláusula de revisão 15.2, exige que as relações contratuais, nas quais a Comissão baseou a sua conclusão de uma redução das incitações à concorrência, se tenham alterado a ponto de eliminar os problemas assinalados na Decisão de 2005.

61 Recorde-se, a este propósito, que o compromisso tarifário em causa foi emitido em resposta às dúvidas sérias resultantes da sobreposição de atividades não entre as partes na concentração, mas entre a Swiss e a SAS, que não fazia parte do grupo Lufthansa, mas era parceira da Star Alliance e estava, além disso, ligada à Lufthansa por uma série de acordos bilaterais (v. n.º 2 e n.os 5 a 8 *supra*). A Comissão, com efeito, concluiu, no considerando 22 da Decisão de 2005, que, vista a cooperação intensa resultante dos acordos bilaterais celebrados com a Lufthansa, os parceiros da Star Alliance «Austrian, bmi, SAS e United Airlines não p[odiam] ser considerados concorrentes da Lufthansa» e «[tinham] pouco ou nenhum estímulo para fazer concorrência à Swiss depois da concentração».

62 Constate-se que a fundamentação a este propósito é extremamente sucinta, uma vez que a Decisão de 2005 se limita a indicar, sem nenhuma análise dos diferentes acordos, que os acordos bilaterais celebrados pela Lufthansa com as companhias aéreas mencionadas no n.º 61 *supra* preveem «uma política de preços comum a nível mundial, a planificação comum da rede e dos voos, a organização de um sistema de plataforma comum e uma estratégia de comercialização única» e «constituem, portanto, a base jurídica de uma integração mundial das redes das companhias e das suas políticas comerciais» dado que «o âmbito de aplicação e a finalidade destes acordos excedem a rede das linhas que ligam a Alemanha e os seus países de origem respetivos». O considerando 22, última frase, da Decisão de 2005 indica que o «mesmo raciocínio se aplica à LOT e à Air Canada cujos acordos celebrados com a Lufthansa preveem pelo menos uma planificação comum da rede e uma política de preços comum que vai além dos seus países respetivos».

63 A Decisão de 2005 não contém portanto qualquer análise ou apreciação individual dos diferentes acordos bilaterais celebrados pela Lufthansa com a SAS, nem qualquer exposição sobre os motivos pelos quais esses acordos têm impacto na concorrência entre a SAS e a Swiss para linhas diferentes daquelas a que se referem os referidos acordos, pelo que a incidência da denúncia de um ou outro desses acordos não decorre claramente Decisão de 2005. Não é menos certo que a apreciação segundo a qual os parceiros da Star Alliance, como a SAS e a LOT, não podem ser considerados concorrentes da Lufthansa e têm pouco ou nenhum estímulo para fazer concorrência à Swiss depois da concentração é baseada num conjunto de acordos que conduzem a uma cooperação muito vasta. Por consequência, uma modificação ou a supressão dos acordos que realize essa integração a esse nível afiguram-se adequadas para suprimir os problemas de concorrência assinalados na Decisão de 2005 e, por isso, suscetíveis de justificar a derrogação dos compromissos.

64 É à luz destas observações que as acusações e os argumentos relativos às modificações das relações contratuais entre Lufthansa e a SAS devem ser examinados.

– Modificações contratuais entre a Lufthansa e a SAS

65 Em apoio do seu pedido de dispensa, as partes alegaram, designadamente, que a supressão, em 1 de junho de 2013, do acordo de empresa conjunta bem como de qualquer outra cooperação entre a Lufthansa e a SAS que fosse além de uma partilha de código *standard* constituía uma modificação das relações contratuais na aceção da cláusula de revisão 15.2, que justificava a derrogação do compromisso tarifário na linha ZRH-STO. A Comissão reconhece, nos considerandos 39 e 40 da decisão impugnada, que a rescisão do acordo de empresa conjunta constituía efetivamente uma modificação da relação contratual entre a Lufthansa e a SAS em vigor no momento da adoção da Decisão de 2005. No seu relatório de 27 de junho de 2014, o mandatário concluiu que a rescisão do acordo de empresa conjunta constituía «uma alteração substancial de mercado», na aceção da cláusula de revisão 15.2, uma vez que punha termo à política operacional comum das duas companhias, que incluía a fixação dos preços e a planificação da rede entre a Lufthansa e a SAS.

66 Refira-se, a este propósito, que, se é certo que a Comissão não está vinculada pelo parecer do mandatário, é obrigada, em princípio, a tomá-lo em consideração, tanto mais que ela própria solicitou esse parecer, uma primeira vez em 16 de junho de 2014 e uma segunda vez em 5 de abril de 2016. Ora, nos considerandos 30 a 46 da decisão impugnada, que expõem a avaliação da Comissão da rescisão do acordo de empresa conjunta, a Comissão não só não analisou de modo nenhum a apreciação contida nos referidos pareceres como nem sequer os menciona. Além disso, a exposição, nos considerandos 27 e 29 da decisão impugnada, não reflete fielmente os pareceres do mandatário tal como depositados pela Comissão em anexo à contestação. Com efeito, por um lado, contrariamente ao que é indicado no considerando 27 da decisão impugnada, o mandatário, no seu parecer de 27 de junho de 2014, não considerou que excedia o seu mandato a questão de saber se a alteração substancial do mercado resultante da rescisão do acordo de empresa conjunta entre a Lufthansa e a SAS relativo à linha ZRH-STO justificava a derrogação dos compromissos, mas considerou que o que excedia o referido mandato era a questão de saber se, na Decisão de 2005, no que diz respeito à linha ZRH-WAW, a Comissão tinha baseado a sua apreciação relativa às relações entre a Lufthansa e a LOT na sua política legal da época ou numa suposição. Por outro lado, ao passo que, segundo o considerando 29 da decisão impugnada, em 3 de maio de 2016, o mandatário modificou o seu parecer inicial e declarou que não tinha tomado conhecimento de nenhuma circunstância excecional na aceção da cláusula de revisão 15.1 sobre as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW, importa referir que o documento de 3 de maio de 2016 não constituía o segundo parecer do mandatário, antes sendo respostas a uma série de perguntas respeitantes à cláusula de revisão 15.1 e não à cláusula de revisão 15.2. Pelo contrário, no segundo parecer, que data de 13 de abril de 2016, o mandatário, como, de resto, a Comissão indicou expressamente na sua contestação, reiterou em substância as conclusões anteriores de 27 de junho de 2014 e clarificou que as tarifas da classe de negócios processos nas duas linhas tinham sido igualmente reduzidas de maneira significativa depois da introdução de novas tarifas. Por outro lado, a Comissão também não examina, na decisão impugnada, o alcance da incidência da rescisão do acordo de empresa conjunta, apesar de que este constituía um instrumento essencial da cooperação entre a Swiss e a SAS.

67 É exposto, a este propósito, no considerando 43 da decisão impugnada, que a avaliação efetuada na Decisão de 2005, ao se basear não só no acordo de empresa conjunta mas também numa avaliação global da cooperação entre a Lufthansa e a SAS, e continuando em vigor o acordo bilateral de aliança de 1995 que permite essa cooperação, a simples rescisão do acordo de empresa conjunta relativo ao tráfego entre a Alemanha e a Escandinávia não permite concluir que as relações contratuais atuais entre as duas empresas mudaram sobre um ponto substancial que suprime as preocupações expostas na Decisão de 2005 a propósito da linha ZRH-STO. A manutenção do acordo bilateral de aliança de 1995 afigura-se, assim, constituir o motivo da recusa do pedido de dispensa.

68 O considerando 48 da decisão impugnada expõe, de resto, a este propósito que, constituindo o acordo bilateral de aliança de 1995 a base de todos os outros acordos bilaterais celebrados entre as duas sociedades, a sua rescisão, considerada conjuntamente com a rescisão do acordo de empresa conjunta, poderia constituir, em princípio, uma alteração substancial na relação contratual avaliada na Decisão de 2005.

69 Ora, como foi expressamente indicado nos considerandos 4, 32 e 47 da decisão impugnada, a Lufthansa propôs, no decurso do processo administrativo, rescindir o acordo bilateral de aliança, se essa rescisão permitisse à Comissão deferir o seu pedido de dispensa relativo à linha ZRH-STO.

70 A Comissão não podia, portanto, sustentar, no considerando 43 da decisão impugnada, que a rescisão do acordo de empresa conjunta não permitia concluir pela modificação substancial das relações contratuais pelo facto de o acordo bilateral de aliança continuar em vigor.

71 A Comissão alega a este propósito que o acordo bilateral de aliança nunca foi denunciado e que a proposta da Lufthansa de rescindir esse acordo nunca representou um compromisso formal. Considera, por conseguinte, que a decisão impugnada não podia basear-se numa sugestão oral não vinculativa da Lufthansa relativa à eventual denúncia do acordo bilateral de aliança.

72 Esta argumentação não pode ser acolhida. Como a recorrente alega e como resulta dos considerandos 4, 32 e 47 da decisão impugnada, baseia-se na hipótese de que a Lufthansa rescindiria esse acordo se essa rescisão se revelasse suficiente para que a Comissão derrogasse os compromissos sobre as tarifas. Além disso, cabe à Comissão, na hipótese de esta o considerar necessário, pedir, no âmbito do processo administrativo, que a Lufthansa materialize esse compromisso segundo as modalidades que lhe pareciam adequadas.

73 Daqui resulta que, ao não examinar a incidência da rescisão do acordo de empresa conjunta, nem isoladamente nem em conjunto com o compromisso de rescindir igualmente o acordo bilateral de aliança, a Comissão não teve em consideração o conjunto dos elementos pertinentes para apreciar o pedido de dispensa baseado numa modificação das relações contratuais entre a Lufthansa e a SAS.

74 Importa, no entanto, referir que, segundo outros considerandos da decisão impugnada, o indeferimento do pedido assenta em fundamentos diferentes da inexistência de rescisão efetiva do acordo bilateral de aliança.

75 Assim, na conclusão da parte da decisão impugnada consagrada às modificações contratuais (considerandos 68 a 70), a Comissão, depois de ter indicado que a rescisão do acordo de empresa conjunta era insuficiente, realçou que «não [tinha havido] nenhuma alteração nas condições concorrências na linha ZRH-WAW, na qual a cooperação entre a Lufthansa e a LOT parec[ia] ter sido menos estreita do que na linha ZRH-STO», para daí inferir sucessivamente que os compromissos tarifários relativos à linha ZRH-WAW deveriam ser mantidos e, consequentemente, os relativos à linha ZRH-STO igualmente. Esta justificação deve ser afastada, uma vez que é formulada com base em simples considerações hipotéticas, que carece do mais elementar exame concreto dos elementos pertinentes relativos a cada uma das linhas e que assenta numa argumentação que é de certo modo um círculo vicioso, na medida em que a comparação entre as duas linhas justifica o indeferimento do pedido em relação à primeira, o qual por sua vez justifica o indeferimento do pedido em relação à segunda. Por outro lado, a Comissão sublinhou, no considerando 68 da decisão impugnada, que o facto de não ter entrado nenhum novo transportador poderia, além disso, ser, em si, considerado um motivo que justifica a manutenção dos compromissos tarifários nas duas linhas ZRH-STO e ZRH-WAW. Esta última justificação é errada. A entrada de um novo transportador na linha ZRH-STO ou na linha ZRH-WAW não constitui uma condição exigida para a derrogação dos compromissos em conformidade com as cláusulas de revisão, mas um fundamento distinto, suplementar, que acarreta automaticamente o fim dos compromissos tarifários em conformidade com a cláusula 11.1 dos compromissos.

76 Resulta, todavia, dos considerandos 49, 70, 95 e 112 da decisão impugnada que a Comissão considerou que a rescisão do acordo de empresa conjunta e a proposta de rescindir igualmente o acordo bilateral de aliança não eram suficientes em razão, designadamente, da celebração, em 2006, do acordo de partilha de código entre a Swiss e a SAS. Mais ainda, segundo o considerando 95 da decisão impugnada, «mesmo que se considerasse que estavam preenchidas as condições que permitam pedir a derrogação dos compromissos», deveria ter-se ainda em conta, na apreciação do pedido de dispensa, a introdução deste acordo de partilha de código. A importância que a Comissão atribui ao referido acordo resulta, por último, dos considerandos 5 e 104 da decisão impugnada, em que está exposto que, em 5 de março de 2015, a Comissão informou a recorrente de que a dispensa lhe podia ser concedida se introduzisse algumas modificações no acordo de partilha de código entre a Swiss e a SAS — a saber, limitar o seu alcance aos passageiros em trânsito —, sem que essa proposta seja subordinada à mais pequena reserva ou condição de rescindir o acordo bilateral de aliança ou de realizar um inquérito.

77 Ainda que a fundamentação da decisão impugnada seja, no mínimo, confusa, importa, no entanto, examinar igualmente se a Comissão podia concluir que a rescisão do acordo de empresa conjunta em conjugação com a proposta de rescindir o acordo bilateral de aliança não era suficiente para deferir o pedido de dispensa em razão do acordo de partilha de código que a Swiss tinha celebrado com a SAS em 2006.

78 A recorrente apresenta duas séries de argumentos a este propósito, relativas, a primeira, à apreciação pela Comissão dos mesmos acordos na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e uma pretensa alteração de política no que respeita ao tratamento dos parceiros de aliança e, a segunda, ao acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS.

– Quanto à Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e à pretensa alteração de política da Comissão em matéria de tratamento dos parceiros de aliança

79 A recorrente acusa a Comissão de não ter tido em conta a apreciação dos mesmos acordos celebrados pela Lufthansa com a SAS, e com os outros parceiros da Star Alliance, que tinha feito na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines. A recorrente sustenta, de modo mais geral, que, desde a Decisão Lufthansa/Brussels Airlines, a Comissão mudou a sua política em matéria de tratamento dos parceiros de aliança, pelo que, se a concentração Lufthansa/Swiss fosse notificada hoje, as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW não seriam consideradas mercados afetados e os compromissos não teriam sido necessários para obter a autorização da operação.

80 Importa sublinhar que a recorrente formulou as acusações desenvolvidas no n.º 79 *supra*, diversamente das acusações relativas às modificações contratuais propriamente ditas e ao acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS, para contestar a apreciação da Comissão quer no que respeita à linha ZRH-STO quer no que respeita à linha ZRH-WAW.

81 A Comissão recorda, antes de mais, que toda e qualquer concentração é apreciada individualmente à luz das circunstâncias factuais e jurídicas próprias desta operação. A recorrente não podia, portanto, basear-se em pretensas diferenças de apreciação da Comissão a respeito de outros processos.

82 A Comissão considera, por outro lado, que a decisão impugnada não está em contradição com a apreciação feita na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e que a sua abordagem sobre a avaliação das relações entre as partes numa concentração e os terceiros no setor da aviação não mudou sensivelmente desde a adoção da Decisão de 2005. De qualquer modo, não se trata se uma evolução do mercado a longo prazo ou, *a fortiori*, de uma alteração dos acordos subjacentes entre a Lufthansa e os seus parceiros de aliança.

83 A este propósito, recorde-se, antes de mais, que, segundo jurisprudência constante, quando a Comissão decide sobre a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum com base numa notificação e num processo específicos desta operação, um recorrente não pode pôr em causa as suas afirmações pelo facto de diferirem das feitas anteriormente noutro processo, com base numa notificação e num processo diferentes, mesmo supondo que os mercados em questão nos dois processos são similares ou mesmo idênticos (Acórdãos de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 118, e de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 142). Em conformidade com esta jurisprudência, nem a Comissão nem, *a fortiori*, o Tribunal estão vinculados pelas constatações de facto e as apreciações económicas efetuadas nas decisões anteriores.

84 No entanto, no caso vertente, a argumentação da recorrente não pode ser afastada em aplicação da jurisprudência referida no n.º 83 *supra*.

85 Por um lado, a recorrente não invoca uma simples diferença de apreciação entre a decisão impugnada e uma qualquer outra decisão, mas uma alteração de política, na medida em que a Comissão deixou de tomar em consideração os parceiros de aliança na definição dos mercados afetados.

86 Por outro lado, a recorrente invoca a análise dos mesmos acordos entre as mesmas partes, no mesmo contexto e relativa a uma mesma problemática, que a Comissão efetuou na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines de que a recorrente era igualmente destinatária.

87 Embora uma possível diferença de análise entre a Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e a decisão impugnada ou uma pretensa alteração de política da Comissão não permitam, é certo, em si, concluir pela ilegalidade da decisão impugnada, exigem, em contrapartida, que se verifique se, no mínimo, a Comissão procedeu a um exame aprofundado da argumentação da recorrente segundo a qual os parceiros de aliança deixaram de ser considerados na definição dos mercados afetados.

88 Além disso, como foi exposto no n.º 13 *supra*, a apreciação feita na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines assim como a modificação de política da Comissão em matéria de tratamento dos parceiros de aliança constituíam precisamente um dos três fundamentos, juntamente com a rescisão do acordo de empresa conjunta e a existência de concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, nos quais assentava o pedido de dispensa. Resulta dos autos que a questão se encontrou, de resto, no centro do debate durante todo o processo administrativo.

89 Por outro lado, refira-se que a modificação alegada da política da Comissão em relação aos parceiros de aliança foi examinada em toda uma parte da decisão impugnada (considerandos 71 a 83) e que a fundamentação da referida decisão assenta, designadamente, nessa apreciação, que, por conseguinte, pode ser impugnada pela recorrente.

90 Resulta do exposto que a argumentação da recorrente baseada na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e na modificação subsequente da política da Comissão em relação aos parceiros de aliança não pode ser afastada pelo facto de as decisões anteriores não constituírem o quadro jurídico pertinente e, consequentemente, deve ser analisada.

91 Em primeiro lugar, refira-se, a este propósito, que a Comissão omite, na decisão impugnada, a mínima resposta ao argumento baseado na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines, apesar de este argumento ser exposto nos considerandos 73 e 74 da decisão impugnada. Esta omissão é ainda mais significativa atendendo a que se refere a um elemento que constitui um dos fundamentos do pedido de dispensa e que, na sua carta de 20 de novembro de 2015, a recorrente sublinhou a importância evidente de uma (re)avaliação pela Comissão dos acordos celebrados pela Lufthansa com a SAS e a LOT examinados na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines.

92 Do mesmo modo, os elementos aduzidos pela Comissão, nos seus articulados perante Tribunal, não são suscetíveis de justificar a diferença de análise entre a decisão impugnada e a Decisão Lufthansa/Brussels Airlines, na medida em que, na realidade, se encontram presentes nos dois processos.

93 A Comissão limita-se, com efeito, a alegar que, na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines, concluiu que não era de esperar que a concentração produzisse efeitos próprios uma vez que os acordos de cooperação da Lufthansa com, nomeadamente, a SAS e a LOT não seriam provavelmente alargados à outra parte na concentração. Ora, como a recorrente alega, o mesmo sucede no presente processo, uma vez que diz respeito aos mesmos acordos de cooperação com as mesmas partes e que é pacífico que os referidos acordos não contêm nenhuma cláusula de extensão automática sem renegociação e que os acordos de cooperação entre a Lufthansa, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, não foram efetivamente alargados à Swiss. A Comissão alega de novo que considerou que a Swiss se tornaria numa filial da Lufthansa e que integraria a Star Alliance. Também sobre este ponto não há praticamente qualquer diferença, uma vez que a Brussels Airlines se converteu igualmente numa filial da Lufthansa e integrou a Star Alliance.

94 Em segundo lugar, relativamente à alteração de política no que respeita ao tratamento dos parceiros de aliança, a Comissão refere-se, na decisão impugnada, à Decisão IAG/bmi para demonstrar que não excluiu, por princípio, da sua competência as relações entre os parceiros da aliança, nem o impacto dessas relações na incitação desses parceiros a competirem entre eles depois da concentração.

95 No entanto, como salienta a recorrente, no considerando 160 da Decisão IAG/bmi, a Comissão tinha declarado expressamente que, «em conformidade com as decisões anteriores da Comissão, os parceiros da aliança da IAG não [tinham] sido tidos em conta para determinar os mercados afetados».

96 Além disso, embora, na decisão impugnada e nos articulados perante o Tribunal, a Comissão alegue que, na Decisão IAG/bmi, as relações existentes de partilha de código entre uma das partes e terceiros foram tidas em consideração na apreciação da situação concorrencial, refira-se, como a recorrente sublinhou e a Comissão admitiu nos seus articulados perante o Tribunal, que, na realidade, a sobreposição de atividades pertinente neste processo dizia respeito às próprias partes na concentração, a saber, a bmi e a British Airways — esta última na sua qualidade de transportador comercial que vendia bilhetes para os voos da Royal Jordanian — e não a bmi e Royal Jordanian — que era parceira da aliança da British Airways. Como alega a recorrente, a Decisão IAG/bmi é mais uma análise clássica de uma concentração do que uma aplicação da linha de análise desenvolvida na Decisão de 2005 segundo a qual os parceiros de aliança independentes devem ser incluídos na definição dos mercados.

97 Por outro lado, a recorrente sublinhou, ao longo do processo administrativo e no Tribunal, que, na Decisão C(2009) 6690 final da Comissão, de 28 de agosto de 2009, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e com o Acordo EEE (processo COMP/M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines), a Comissão tinha adotado a mesma abordagem que na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e não tinha, portanto, examinado as sobreposições de linhas que resultavam unicamente das sobreposições entre os voos assegurados pela Austrian Airlines e os voos assegurados pelos parceiros da Star Alliance, designadamente a LOT e a SAS. Do mesmo modo, segundo a recorrente, na sua Decisão C(2010) 5008, de 14 de julho de 2010 (processo COMP/M.5747 — Iberia/British Airways), a Comissão não examinou as sobreposições de linhas que resultavam unicamente dos voos assegurados pelos parceiros da aliança da Iberia e da British Airways. Constate-se que nem na decisão impugnada, que, porém, reproduz o argumento da recorrente, nem nos seus articulados perante o Tribunal a Comissão forneceu a menor resposta a este propósito.

– *Quanto ao acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS*

98 A título preliminar, refira-se que, embora a Swiss tenha concluído acordos de partilha de código quer com a SAS, em 2006, quer com a LOT, em 2007, a recorrente contestou expressamente na petição apenas a apreciação feita a este propósito pela Comissão no que diz respeito à linha ZRH-STO e não suscitou qualquer crítica no que diz respeito à apreciação do acordo de partilha de código entre a Swiss e a LOT relativo à linha ZRH-WAW.

99 O acordo de partilha de código entre a Swiss e a SAS foi celebrado em 2006 e não foi, portanto, tomado em consideração pela Comissão na Decisão de 2005 que tornou os compromissos obrigatórios para considerar que, tendo em conta os diferentes acordos de cooperação entre a Lufthansa e a SAS, esta última tinha apenas algum interesse em entrar em concorrência com a Swiss depois da operação.

100 Contrariamente ao que a recorrente sustenta, só esta circunstância não permite considerar que o acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS não pode ser tomado em consideração no âmbito do exame do pedido de dispensa.

101 Com efeito, embora seja verdade que a cláusula de revisão 15.2 faz referência a uma alteração nos acordos nos quais a Comissão baseou a sua conclusão de uma redução das incitações à concorrência, o acordo de partilha de código no caso vertente poderia, no entanto, ser pertinente para apreciar globalmente se as relações contratuais mudaram sobre um ponto que suprime os problemas de concorrência identificados na Decisão de 2005 e que justificaram os compromissos.

102 Adotar uma leitura puramente formal da cláusula de revisão 15.2, que consiste em considerar apenas as modificações dos acordos existentes quando da adoção da Decisão de 2005, permitiria, com efeito, como foi exposto no considerando 103 da decisão impugnada, às partes contornar a aplicação dos compromissos substituindo os antigos acordos de cooperação por novos acordos semelhantes.

103 Importa, portanto, examinar se o acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS apresenta laços suficientemente estreitos com as relações contratuais e os problemas de concorrência visados na Decisão de 2005.

104 A este propósito, refira-se que, como acertadamente a recorrente alega e como a Comissão reconhece, o acordo de partilha de código e os acordos de cooperação diferem quanto ao seu alcance, ao seu conteúdo e às suas partes contratantes.

105 Assim, o acordo bilateral de aliança, celebrado entre a Lufthansa e a SAS, abrange a cooperação entre estas duas companhias aéreas tal como eram à época e não inclui as futuras sociedades filiais como a Swiss, ao passo que o acordo de partilha de código foi celebrado em 2006 entre a Swiss e a SAS e abrange unicamente as linhas asseguradas pela Swiss e pela SAS, e não as linhas asseguradas pela Lufthansa.

106 O objeto do acordo bilateral de aliança e o dos acordos de partilha de código são igualmente fundamentalmente diferentes. Com efeito, como é exposto no considerando 22 da Decisão de 2005, os acordos de cooperação celebrados pela Lufthansa — e, entre estes, em especial, o acordo bilateral de aliança que fornecia a base da cooperação — previam «uma política de preços comum a nível mundial, a planificação comum da rede e dos voos, a organização de um sistema de plataforma comum e uma estratégia de comercialização única» e «constitu[ía]m, portanto, a base jurídica de uma integração mundial das redes de companhias e das suas políticas comerciais». Em contrapartida, o acordo de partilha de código é um acordo, habitual no setor do transporte aéreo, por força do qual a Swiss pode vender, além dos bilhetes para os voos que ela assegura, bilhetes sob o seu próprio código de identificação (ou seja, enquanto «transportador comercial») para voos assegurados pela SAS, e vice-versa.

107 Como sublinha a recorrente sem que a Comissão a tenha desmentido, não existe, portanto, nenhuma «política de preços comum» no âmbito do acordo de partilha de código. Do mesmo modo, não existe nenhuma «planificação comum da rede e dos voos» no âmbito desse acordo, podendo cada transportador programar livremente os seus próprios voos. O acordo de partilha de código não prevê nenhuma «organização de um sistema de plataforma comum», explorando cada transportador a sua própria plataforma, segundo as suas prioridades. Por último, não existe nenhuma «estratégia de comercialização única» no quadro do acordo de partilha de código, vendendo cada transportador os seus próprios bilhetes através dos seus próprios canais.

108 A Comissão alega, no entanto, que o acordo de partilha de código e o acordo bilateral de aliança fazem ambos parte integrante da relação contratual mais vasta subjacente à apreciação da linha ZRH-STO e são, portanto, pertinentes para a aplicabilidade da cláusula de revisão 15.2.

109 Admitindo que o acordo de partilha de código possa ser considerado pertinente para a aplicabilidade da cláusula de revisão 15.2, impõe-se ainda verificar se esse acordo é suscetível de demonstrar que a SAS não pode ser considerada concorrente da Swiss ou, no mínimo, que restringe a concorrência entre a Swiss e a SAS.

110 Há que concluir, a este propósito, que a Comissão, na decisão impugnada, não procede a uma análise concreta do acordo de partilha de código, nem sequer menciona elementos suscetíveis de demonstrar que o referido acordo restringia a concorrência entre a Swiss e a SAS, mas que se limita a emitir considerações hipotéticas. Assim, o considerando 99 da decisão impugnada expõe:

«Quanto ao impacto eventual de tais acordos de partilha de código na concorrência em cada uma das duas linhas, a Comissão considera que esses acordos de partilha de código são pertinentes para avaliar a concentração. Se uma transação semelhante lhe fosse notificada hoje, os acordos de partilha de código celebrados entre a Swiss, a SAS e a LOT poderiam suscitar problemas de concorrência e as partes poderiam ter de propor compromissos para resolver esses problemas […]».

111 No Tribunal, a Comissão afirma que a configuração dos acordos de partilha de código mostra que, em geral, as partes exercem uma pressão concorrencial limitada uma sobre a outra. Alega, a este propósito, que, nos acordos de partilha de paralela de código, como no caso vertente, as duas companhias aéreas que partilham os seus códigos são reticentes em aceitar que uma delas venda lugares em partilha de código sobre os voos da outra a tarifas inferiores, tendo em conta a diminuição de rendimentos que daí resultaria.

112 Constate-se que estes elementos são, mais uma vez, puramente hipotéticos e não resultam de uma análise concreta do acordo de partilha de código no presente caso nem dos seus efeitos. Além disso, como a Comissão reconhece, a Swiss e a SAS acordaram em aceitar as reservas feitas pela outra parte assim como as tarifas faturadas pela outra pelas suas reservas. Do mesmo modo, a recorrente sublinha, a este respeito, sem que tenha sido desmentida pela Comissão, que os transportadores efetivos propõem frequentemente tarifas menos elevadas para os voos assegurados por eles próprios do que para os voos assegurados pelo parceiro de partilha de código, porque suportam o risco de lugares não vendidos, ao passo que o transportador comercial ganha, quando muito, uma pequena comissão na venda de um lugar num voo assegurado por outro transportador.

113 Por outro lado, refira-se que os elementos aduzidos pela Comissão, admitindo que estão provados, podem, de qualquer modo, demonstrar unicamente que a concorrência existente entre o transportador comercial e o transportador efetivo é de pequeno nível, mas não que o acordo de partilha de código tem por efeito restringir a concorrência entre as duas companhias para os voos que elas próprias efetuam. Por outras palavras, embora o acordo de partilha de código apenas dê possivelmente lugar a uma concorrência reduzida na venda dos bilhetes em partilha de código, a Comissão não apresentou, em contrapartida, nenhum elemento suscetível de demonstrar que o acordo de partilha de código tem por efeito diminuir a concorrência entre os voos operados por cada

uma das duas companhias. Mesmo que a Comissão afirme ter apurado que os preços propostos pelo transportador efetivo eram quase idênticos aos propostos pelo transportador comercial para os lugares em partilha de código no mesmo voo, a recorrente invoca, por seu turno, sem ter sido desmentida, uma diferenciação dos preços entre os voos operados por transportadores diferentes no mesmo dia. Ora, é a concorrência entre os voos explorados respetivamente pela Swiss e pela SAS que é mais determinante para apreciar a existência de concorrência entre as duas companhias aéreas.

114 Por último, a Comissão reconheceu, no Tribunal, que não tinha avaliado detalhadamente a incidência do acordo de partilha de código entre a Swiss e a SAS na concorrência entre estas duas companhias no que respeita à linha ZRH-STO. A Comissão alega, a este propósito, que não era obrigada a examinar os elementos aduzidos pela recorrente pelo facto de esta não ter provado que as relações contratuais se tinham alterado a ponto de eliminar os problemas de concorrência assinalados na Decisão de 2005. Ora, o exame da incidência do acordo de partilha de código na concorrência na linha em questão era precisamente necessário para apreciar se e em que medida o referido acordo era suscetível de restringir ou suprimir a concorrência entre a Swiss e a SAS.

115 Resulta do exposto que, embora o acordo de partilha de código possa, certamente, ser tomado em consideração, nem os elementos realçados na decisão impugnada nem sequer os argumentos apresentados pela Comissão nos seus articulados no Tribunal são suscetíveis de justificar o indeferimento do pedido de dispensa quanto aos compromissos tarifários relativos à linha ZRH-STO.

Quanto à terceira parte, relativa à não tomada em consideração pela Comissão do facto de que a concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, constitui uma «evolução do mercado a longo prazo» na aceção da primeira frase da cláusula de revisão 15.2

116 A recorrente acusa a Comissão de não ter examinado se as provas que demonstram a manutenção da concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, permitiam estabelecer a «evolução do mercado a longo prazo», embora se trate de um fundamento de dispensa, expressamente mencionado na primeira frase da cláusula de revisão 15.2.

117 A recorrente alega a este propósito que os preços nas linhas ZRH-STO e ZRH-WAW são sensivelmente inferiores aos de 2005, que o número de passageiros nessas linhas duplicou e que as partes apresentaram provas que demonstram que os preços aplicados pela Swiss para os voos que ela própria assegura são diferentes dos praticados pela LOT para lugares nos voos que ela própria assegura.

118 A título preliminar, refira-se, por um lado, que «a evolução do mercado a longo prazo» constitui um fundamento distinto de dispensa expressamente mencionado primeira frase da cláusula de revisão 15.2 e, por outro, que a Comissão não contesta que a existência de concorrência entre a Swiss e a SAS e a LOT pode ser considerada uma evolução do mercado a longo prazo. Nestas condições, foi erradamente que esta argumentação foi afastada, no considerando 53 da decisão impugnada, com a justificação de que, «não [estando] preenchidas as condições prévias para deferir um pedido de dispensa, não [era] necessário examinar a questão da evolução dos preços na presente decisão». Este erro é, no entanto, irrelevante, dado que a Comissão examinou, nos considerandos 54 a 59 da decisão impugnada, «por uma questão de exaustividade», a evolução dos preços e o nível de concorrência.

119 A este propósito, ao mesmo tempo que admitiu que os gráficos formais fornecidos pela recorrente e pela Swiss parecem efetivamente indicar um certo grau de diferenciação dos preços entre os voos assegurados par pelos diferentes transportadores no mesmo dia, a Comissão considerou, na decisão impugnada, que a fiabilidade desta análise continuava, porém, a ser incerta e que, por conseguinte, teria, por conseguinte, de ser realizada uma análise económica suplementar.

120 Como a Comissão alega, cabe, é certo, à empresa resultante da fusão que pede uma dispensa dos compromissos fornecer elementos de prova suscetíveis de demonstrar que as condições exigidas para esse efeito estão preenchidas e não se pode obrigar a Comissão a realizar um novo inquérito para cada pedido de dispensa. Todavia, a Comissão dispõe de poderes de instrução e de outros instrumentos de investigação eficazes e, na hipótese de ela considerar que as provas apresentadas pelas partes não eram suficientemente fiáveis ou pertinentes ou que deviam ser completadas por outros dados, cabe-lhe exigir informações mais precisas ou realizar um inquérito a este propósito. Tanto mais que, na sua resposta de 20 de novembro de 2015, a Lufthansa já tinha sublinhado que a Comissão não se podia limitar a afirmar que «o grau real de concorrência tarifária sobre os preços nas duas linhas p[odia] ser deixado em suspenso».

121 As partes, baseando-se nas conclusões do mandatário, alegaram igualmente que a duplicação do número de passageiros e a descida bastante sensível das tarifas entre 2005 e 2014 testemunhavam do nível elevado de concorrência entre a Swiss, por um lado, e LOT e a SAS, por outro.

122 A Comissão limitou-se a salientar, a este propósito, na decisão impugnada, que as partes não tinham apresentado nenhuma prova incontestável que demonstrasse que essas reduções de preços tinham sido ocasionadas pela concorrência entre a Swiss e a LOT e que essas reduções poderiam, com efeito, igualmente ser atribuídas à descida dos preços do carburante ou ao efeito dos compromissos tarifários.

123 Ora, como foi acima exposto, a Comissão não se pode limitar a exigir provas incontestáveis, sem, de resto, precisar em que é que devem consistir, devendo, em contrapartida, demonstrar o caráter errado dos elementos fornecidos pelas partes, tomar medidas de instrução ou conduzir, se necessário, um inquérito com o fim de completar ou de infirmar o caráter fundado desses elementos.

124 Além disso, refira-se que a Comissão confirmou na audiência que não contestava a afirmação da recorrente segundo a qual 17 reduções de preços sobre 32 para a linha ZRH-STO e 4 reduções de preços sobre 13 para a linha ZRH-WAW eram voluntárias, ou seja, não exigidas pelas medidas de correção.

125 Resulta do exposto que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de examinar com diligência todos os dados pertinentes, de tomar as medidas de instrução ou de conduzir os inquéritos necessários a fim de verificar a existência de uma relação de concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro.

Quanto à quinta parte, relativa à inobservância da política geral em matéria de concentrações a respeito das medidas de correção tarifárias

126 A recorrente sustenta que a Comissão não teve em conta a incompatibilidade dos compromissos sobre as tarifas com a sua política de medidas de correção conforme exposta no n.º 18 da Comunicação sobre as medidas de correção e confirmada pela prática. Observa que, de resto, a Comissão rejeitou sistematicamente nestes últimos anos os compromissos sobre as tarifas, propostos pelas partes.

127 A recorrente afirma que os compromissos tarifários têm um duplo efeito potencial de distorção de concorrência, a saber, por um lado, privar os passageiros das linhas de referência das vantagens ligadas às reduções de preços que a Swiss poderia ponderar se não existissem as despesas suplementares ocasionadas pela redução de preços correspondente exigida nas linhas de sobreposição e, por outro, impedir a entrada no mercado de uma companhia concorrente em razão das tarifas artificialmente inferiores nas linhas de sobreposição.

128 A recorrente acusa a Comissão de não ter avaliado estes elementos, tendo-se antes limitado a observar que as linhas ZRH-STO e ZRH-WAW eram ligações com pouco tráfego nas quais nenhuma nova companhia tinha entrado apesar das medidas de correção relativas às faixas horárias.

129 A este propósito, no que respeita, primeiramente, ao argumento segundo o qual os compromissos sobre as tarifas são incompatíveis com a política da Comissão relativa às medidas de correção, antes de mais, recorde-se que, no âmbito do presente processo, a recorrente não pode pôr em causa a legalidade dos compromissos tornados obrigatórios pela Decisão de 2005, a qual se tornou definitiva.

130 Em seguida, como acertadamente a Comissão observa, a Comunicação sobre as medidas de correção não proíbe os compromissos tarifários, mas sublinha que não farão, em geral, desaparecer os problemas de concorrência que resultem de sobreposições horizontais e que este tipo de medidas de correção só a título excecional pode ser considerado admissível, desde que seja aplicado através de mecanismos de execução e de controlo eficazes e que não se corra o risco de produzir efeitos de distorção na concorrência.

131 Por último, dado que as concentrações são apreciadas individualmente e à luz das circunstâncias factuais e jurídicas aplicáveis (v., neste sentido, Acórdão de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.os 142 e 144), a circunstância de terem sido recusados compromissos em alguns processos, ou mesmo na maioria dos processos, não pode impedir que sejam aceites numa situação particular, desde que permitam resolver os problemas de concorrência identificados.

132 No que respeita, em segundo lugar, à argumentação segundo a qual os compromissos tarifários são suscetíveis de criar distorções tanto nas linhas de referência como nas linhas de sobreposição, constate-se que nem na decisão impugnada nem no Tribunal a Comissão apresentou elementos suscetíveis de contestar a referida argumentação, tendo-se limitado a sublinhar o seu caráter hipotético. Além disso, a obrigação de repercutir nas linhas ZRH-STO e ZRH-WAW as reduções de preços praticadas nas linhas de referência poderia dissuadir as companhias aéreas terceiras de explorar as referidas linhas. Longe de regular o problema estrutural do mercado a que é suposto darem resposta, os compromissos tarifários poderiam, assim, pelo contrário, contribuir para a necessidade de os manter indefinidamente.

133 Assim, não se trata, no caso vertente, de apreciar a legalidade dos compromissos tornados obrigatórios pela Decisão de 2005, a qual se tornou definitiva, mas de examinar se as condições para a derrogação a esses compromissos estão preenchidas.

134 A este propósito, a argumentação baseada numa distorção de concorrência, admitindo que está demonstrada, não pode ser equiparada a uma alteração substancial no mercado na aceção do da primeira frase da cláusula de revisão 15.2, nem a uma modificação das relações contratuais na aceção da segunda frase da cláusula de revisão 15.2, e, de um modo mais geral, não permite demonstrar que os problemas de concorrência identificados na Decisão de 2005, que estão na base dos compromissos, são suprimidos.

135 Importa, porém, salientar que, embora a argumentação baseada no risco de distorção de concorrência não seja suscetível de demonstrar que estão preenchidas as condições exigidas na cláusula de revisão 15.2 para a derrogação aos compromissos, reforça, em contrapartida, a necessidade da Comissão de proceder a um exame diligente e aprofundado do pedido de dispensa e de verificar se os compromissos ainda são necessários ou adequados.

Conclusão sobre o primeiro fundamento

136 Resulta do exposto que a Comissão não teve em consideração ou não examinou com diligência a argumentação baseada na Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e numa alteração da política no que respeita aos parceiros de aliança e na existência de concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro.

137 Por muito lamentáveis que sejam, estes incumprimentos não podem, porém, na falta de modificação das relações contratuais entre a Swiss e a LOT, por força das quais os compromissos tarifários foram tornados obrigatórios pela Decisão de 2005, ser considerados suficientes para implicar a anulação da decisão impugnada no que diz respeito à linha ZRH-WAW.

138 Quanto à linha ZRH-STO, refira-se não só a inexistência de exame adequado dos elementos mencionados no n.º 136 *supra* e a rescisão do acordo de empresa conjunta entre a Lufthansa e a SAS mas igualmente que a Comissão não teve em consideração o compromisso da recorrente de rescindir igualmente o acordo bilateral de aliança entre a Lufthansa e a SAS nem o parecer do mandatário que concluiu pela existência de uma alteração substancial do mercado na linha ZRH-STO e não procedeu a uma análise suficiente da incidência do acordo de partilha de código na concorrência entre a Swiss e a SAS. Por consequência, há que concluir que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao não tomar em consideração o conjunto dos dados pertinentes e que os elementos tidos em conta na decisão impugnada não são suscetíveis de indeferir o pedido de dispensa relativo à linha ZRH-STO (v., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39).

139 Daqui resulta, sem que seja necessário examinar os restantes fundamentos e argumentos aduzidos pela recorrente, que a decisão impugnada deve ser anulada no que respeita à linha ZRH-STO. Em contrapartida, os restantes fundamentos e argumentos devem ser examinados na medida em que dizem respeito à legalidade da decisão impugnada quanto à linha ZRH-WAW.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do princípio da boa administração

140 A recorrente sustenta que a Comissão violou a sua obrigação de examinar com diligência e imparcialidade todos os elementos do caso concreto e, consequentemente, o princípio da boa administração referido no artigo 41.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

141 A recorrente alega, a este propósito, que a Comissão não teve de modo nenhum em conta os argumentos jurídicos por si aduzidos e que recorreu a suposições e a hipóteses a propósito da concorrência nas linhas em questão em vez de realizar um inquérito sério sobre os factos. Além do mais, a Comissão não fez o seu próprio inquérito no que respeita à evolução dos preços e ao nível de concorrência, nem sequer colaborou com o mandatário encarregado da supervisão de maneira útil e preferiu considerar que os acordos de partilha de código restringiam a concorrência.

142 A mesma recusa de examinar escrupulosamente os argumentos aduzidos pela Lufthansa ressalta igualmente da repetição permanente pela Comissão de argumentos jurídicos não convincentes, aos quais a Lufthansa já respondeu no decurso do processo administrativo.

143 Recorde-se que, em conformidade com o artigo 41.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, «[t]odas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável».

144 Na medida em que a recorrente acusa a Comissão de não ter tomado em consideração o conjunto dos elementos pertinentes para basear a sua apreciação, a referida acusação foi examinada no âmbito do primeiro fundamento.

145 Quanto à acusação de que a Comissão mostrou claramente a sua predisposição para não examinar escrupulosamente o pedido de dispensa ao não ter de modo nenhum em conta argumentos jurídicos aduzidos pela Lufthansa, refira-se que o simples facto de a Comissão ter contestado e rejeitado os argumentos da Lufthansa não prova, em si, que fez prova de parcialidade em relação ao pedido de dispensa. Do mesmo modo, a repetição, pela Comissão, de argumentos jurídicos pretensamente não

convincentes, aos quais a Lufthansa considera já ter respondido ao longo do processo administrativo, pode sobretudo refletir uma diferença de apreciação, mas não demonstra, enquanto tal e por si só, uma recusa de examinar, com imparcialidade o pedido de dispensa.

146 Por outro lado, não é possível sustentar que a Comissão não examinou de todo o pedido na medida em que, como resulta dos n.os 14 a 19 *supra*, dirigiu vários pedidos de informações à Lufthansa e realizou com a mesma várias reuniões no decurso do processo administrativo.

147 Daqui resulta que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo a um desvio de poder

148 A recorrente sustenta que a Comissão utilizou o processo de dispensa como um meio de pressão para forçar a Swiss a rescindir um compromisso contratual sem nenhum vínculo específico com a operação. A Comissão tenta eludir os processos previstos para examinar e sancionar as eventuais violações do artigo 101.º TFUE em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º [TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), no que diz respeito ao acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a LOT em 2007. Resulta designadamente do considerando 104 da decisão impugnada que o acordo de partilha de código e os seus efeitos anticoncorrenciais potenciais constituem a principal razão pela qual a Comissão rejeitou o pedido de dispensa.

149 A Comissão tentou, assim, subtrair-se à obrigação, por um lado, de provar realmente os efeitos anticoncorrenciais alegados do acordo de partilha de código celebrado pela Swiss e, por outro, de adotar uma decisão sujeita à fiscalização jurisdicional. A recorrente observa, a este propósito, que, em fevereiro de 2011, a Comissão instaurou oficiosamente um processo tendo por objeto os acordos de partilha de código que abrangem as linhas de plataforma a plataforma celebrados entre a Lufthansa e a Turkish Airlines, e entre a Brussels Airlines e a TAP Air Portugal, mas que, depois de ter inquirido com prioridade sobre esses processos durante cinco anos e meio, continuava sem ter chegado à mais pequena conclusão.

150 A este propósito, recorde-se que, em conformidade com jurisprudência constante, um ato só enferma de desvio de poder caso se afigurar, com base em indícios objetivos, pertinentes e concordantes, que foi adotado exclusivamente, ou pelo menos de forma determinante, com fins diversos daqueles para os quais o poder em causa foi conferido ou com a finalidade de eludir um processo especialmente previsto pelos Tratados para fazer face às circunstâncias do caso em apreço (v. Acórdão de 16 de abril de 2013, Espanha e Itália/Conselho, C-274/11 e C-295/11, EU:C:2013:240, n.º 33 e jurisprudência referida).

151 Impõe-se constatar que o recorrente não forneceu indícios objetivos, pertinentes e concordantes que demonstrem que a Comissão tinha utilizado o processo de dispensa como um meio de pressão, com o objetivo exclusivo ou principal de forçar Swiss a rescindir o acordo de partilha de código celebrado com a LOT para se subtrair aos processos previstos para examinar e sancionar as violações do artigo 101.º TFUE.

152 Saliente-se, antes de mais, que o processo não foi lançado pela Comissão, mas a pedido da recorrente.

153 Além do mais, embora resulte, é certo, dos autos que a Comissão entende que o acordo de partilha de código em causa suscita problemas de concorrência no caso vertente e que, como resulta em especial dos considerandos 5, 49, 69 e 95 da decisão impugnada, o indeferimento do pedido de dispensa tem por fundamento, no essencial, a manutenção do referido acordo ou a falta de modificação deste, não pode inferir-se daí no entanto que a Comissão se tornou culpada de desvio de poder.

154 Conforme foi exposto nos n.os 101 a 103 *supra*, a Comissão tinha razão em tomar em consideração o acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a LOT no âmbito da sua apreciação do pedido de dispensa. Com efeito, este acordo faz parte integrante da relação contratual mais lata subjacente à apreciação da concorrência na linha ZRH-WAW. Tendo a Comissão considerado, na Decisão de 2005, que a LOT, visto o conjunto dos acordos de cooperação celebrados com a Lufthansa, tinha um interesse meramente reduzido em fazer concorrência à Swiss, o acordo de partilha de código é, com efeito, suscetível de constituir um elemento pertinente para a apreciação da concorrência nesta linha, independentemente da questão de saber se o referido acordo pode ou não justificar o indeferimento do pedido.

155 Importa igualmente constatar que a Comissão não impôs à recorrente que denunciasse o acordo de partilha de código, tendo simplesmente sugerido às partes, com vista a facilitar a concessão da dispensa, que rescindisse este último, ou no mínimo que limitasse o seu alcance às ligações a montante e a jusante, e assim diminuir o grau de cooperação entre a entidade resultante da fusão e a LOT.

156 Daqui resulta que os elementos aduzidos pela recorrente não se podem considerar constitutivos dos indícios objetivos e concordantes de um desvio de poder e que o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

157 Resulta do conjunto das considerações precedentes que a decisão impugnada deve ser anulada no que respeita à linha ZRH-STO e que deve ser negado provimento ao recurso quanto ao restante.

Quanto às despesas

158 Nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, se as partes obtiverem vencimento parcial, cada uma das partes suporta as suas próprias despesas.

159 Tendo em conta as circunstâncias do presente caso, há que decidir que cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

1) **A Decisão C(2016) 4964 final da Comissão, de 25 de julho de 2016, que indefere o pedido da Deutsche Lufthansa AG relativo à dispensa de certos compromissos tornados obrigatórios pela Decisão da Comissão de 4 de julho de 2005 que aprova a concentração no processo COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss, é anulada no que respeita à linha Zurique-Estocolmo.**

2) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**

3) **Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.**

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 16 de maio de 2018.

Assinaturas

Índice

Antecedentes do litígio 1

Decisão que autoriza a operação de concentração entre a Lufthansa e a Swiss International Air Lines Ltd 2

Decisão impugnada 3

Tramitação processual e pedidos das partes 5

Questão de direito 6

Observações preliminares 6

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à aplicação de um critério jurídico errado, a erros manifestos de apreciação e a uma violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima 9

Quanto à primeira parte, relativa à aplicação de um critério jurídico errado na apreciação do pedido de dispensa e à violação dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima 9

Quanto à segunda e quarta partes, relativas a um erro manifesto de apreciação dos acordos de aliança da Lufthansa tendo em conta a segunda frase da cláusula de revisão 15.2 e ao facto de a Comissão não ter tido em conta a modificação da sua política no que respeita ao tratamento dos parceiros de aliança 10

– Observações preliminares 10

– Modificações contratuais entre a Lufthansa e a SAS 12

– Quanto à Decisão Lufthansa/Brussels Airlines e à pretensa alteração de política da Comissão em matéria de tratamento dos parceiros de aliança 14

– Quanto ao acordo de partilha de código celebrado entre a Swiss e a SAS 17

Quanto à terceira parte, relativa à não tomada em consideração pela Comissão do facto de que a concorrência entre a Swiss, por um lado, e a SAS e a LOT, por outro, constitui uma «evolução do mercado a longo prazo» na aceção da primeira frase da cláusula de revisão 15.2 19

Quanto à quinta parte, relativa à inobservância da política geral em matéria de concentrações a respeito das medidas de correção tarifárias 20

Conclusão sobre o primeiro fundamento 21

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do princípio da boa administração 22

Quanto ao terceiro fundamento, relativo a um desvio de poder 23

Quanto às despesas 24