RETTENS DOM (Tredje Udvidede Afdeling)

9. september 2008 *

I sag T-212/03,

MyTravel Group plc, Rochdale, Lancashire (Det Forenede Kongerige), ved D. Pannick, QC, solicitors M. Nicholson og S. Cardell, barrister A. Lewis og R. Gillis, QC,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved R. Lyal, A. Whelan og P. Hellström, derefter ved R. Lyal og F. Arbault, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing og M. Lumma, som befuldmægtigede,

intervenient,

* Processprog: engelsk.

angående et erstatningssøgsmål med påstand om erstatning af det tab, sagsøgeren angiveligt har lidt som følge af en ulovlig procedure for kontrol med foreneligheden med fællesmarkedet af en fusion mellem sagsøgeren og First Choice plc,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS (Tredje Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, samt dommerne J.D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka og S. Frimodt Nielsen (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. april og den 20. maj 2008,

afsagt følgende

Dom

De faktiske omstændigheder i tvisten

1 Den 29. april 1999 meddelte den britiske rejsearrangør Airtours sin intention om at overtage hele kapitalen i First Choice plc, en af dens konkurrenter i Det Forenede Kongerige, på børsen. Samme dag anmeldte sagsøgeren til Kommissionen den planlagte fusion med henblik på at opnå en beslutning om godkendelse på grundlag af

Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13), ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1).

2 Ved beslutning af 3. juni 1999 fandt Kommissionen, at fusionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet og besluttede at indlede proceduren i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89.

3 Den 9. juli 1999 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til sagsøgeren i overensstemmelse med artikel 18 i forordning nr. 4064/89, hvori Kommissionen redegjorde for, at den umiddelbart var af den opfattelse, at den planlagte transaktion ville skabe en kollektivt dominerende stilling på det britiske marked for pakkerejser til det nære udland. Sagsøgeren besvarede denne klagepunktsmeddelelse den 25. juli 1999.

4 Den 6. september 1999 indhentede Kommissionen en udtalelse fra de berørte tredjeparter vedrørende en række foreslåede tilsagn fra sagsøgeren, der blev formaliseret af sidstnævnte den 7. september 1999. Disse tredjeparter kunne svare indtil den 8. september 1999, og deres svar imødegik ikke Kommissionens bekymringer.

5 Den 9. september 1999 fandt et flertal af medlemmerne af Det Rådgivende Udvalg for Fusioner og Virksomhedsovertagelser, at de af sagsøgeren foreslåede tilsagn ikke kunne imødegå de problemer med konkurrencen, som Kommissionen på dette stadium havde peget på.

6 De ovennævnte tilsagn blev afgivet inden for den frist på tre måneder regnet fra tidspunktet for indledning af den procedure, der er fastsat i artikel 18, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1), således at de berørte virksomheder kunne foreslå de tiltag, som de ønskede taget i betragtning i en beslutning baseret på artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. Denne frist på tre måneder udløb den 7. september 1999.

7 Den 14. september 1999 tilsendte sagsøgeren Kommissionen en ny række tilsagn, der var inspireret af den første. Den 15. september 1999 afholdtes et møde hos Kommissionen, hvorunder forslagene blev diskuteret, og efter mødet forelagde sagsøgeren et endeligt revideret tilsagnsforslag.

8 Den 16. september 1999 anmodede sagsøgeren om en forlængelse af den frist på tre måneder, der er fastsat i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98, og som i ekstraordinære tilfælde indrømmes af Kommissionen. I det foreliggende tilfælde påberåbte sagsøgeren sig tre ekstraordinære tilfælde i henhold til denne bestemmelse: de vanskeligheder, der var forbundet med at finde en egnet løsning, den omstændighed, at der pågik en konstruktiv dialog under den administrative procedure, samt den fornyelse af Kommissionen, der var i gang.

9 Den 29. september 1999, dvs. to uger inden udløbet af den legale frist på fire måneder regnet fra indledningen af den udvidede undersøgelse, der er fastsat i artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 som den maksimale frist for vedtagelse af en beslutning i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 — en frist, som udløb den 5. oktober 1999 — erklærede Kommissionen denne fusion for uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen ved beslutning 2000/276/EF (sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (EFT 2000 L 93, s. 1, herefter »Airtours-beslutningen«).

10 Kommissionen har i betragtning 193 til Airtours-beslutningen anført, at denne virksomhed har afgivet sine tilsagn på et meget sent stadium i proceduren (den 15.9.1999). Den bemærker samme sted ligeledes, at disse tilsagn ikke indeholder nogen oplysning, som sagsøgeren ikke havde kunnet lade indgå i et tilsagn afgivet inden for den frist på tre måneder, som er fastsat i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98, at sagsøgeren ikke har angivet nogen grund, der kan anses for »ekstraordinære tilfælde«, og som følgelig kan genåbne fristen i tre måneder i henhold til førnævnte bestemmelse, og at den ikke selv rådede over tilstrækkelig tid til at undersøge tilsagnene på tilfredsstillende vis.

11 Sagsøgeren anlagde et annullationssøgsmål mod Airtours-beslutningen. Ved dom af 6. juni 2002, Airtours mod Kommissionen (sag T-342/99, Sml. II, s. 2585, herefter »Airtours-dommen«), annullerede Retten denne beslutning, idet den gav medhold i det tredje anbringende vedrørende lovligheden af Kommissionens bedømmelse af Airtours/First Choice-fusionens virkninger på konkurrencen i fællesmarkedet, uden at anse det for nødvendigt at undersøge det fjerde anbringende om lovligheden af Kommissionens bedømmelse af de tilsagn, der blev afgivet i forbindelse med den administrative procedure.

Retsforhandlinger og parternes påstande

12 Ved stævning indleveret den 28. maj 2003 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

13 Ved afgørelse af 22. juli 2003 blev sagen henvist til en udvidet afdeling.

14 Ved kendelse af 13. november 2003 har Forbundsrepublikken Tyskland fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

15 Ved skrivelse af 22. marts 2004 anmodede Kommissionen Retten om at kræve, at sagsøgeren stillede sikkerhed for en eventuel betaling af Kommissionens udgifter til et beløb af 1,5 mio. EUR. Retten underrettede Kommissionen om, at der ikke var hjemmel for en sådan sikkerhed.

16 Ved skrivelse af 14. juli 2004 anmodede sagsøgeren Retten om at vedtage foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, således at sagsøgeren kunne få adgang til rapporten fra den arbejdsgruppe, som Kommissionen oprettede med henblik på en bedømmelse af virkningerne af Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, samt til de dokumenter, der henvises til i den rapport. Ved skrivelse af 9. december 2004 fremsatte Kommissionen sine bemærkninger ved at tilkendegive, at der kunne ansøges om adgang til disse dokumenter i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43).

17 I forlængelse af denne ansøgning om aktindsigt anmodede sagsøgeren den 9. januar 2006 på ny Retten om at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i denne sag, særligt med henblik på et krav om, at Kommissionen skulle udlevere arbejdsgruppens rapport samt de dertil knyttede dokumenter. I denne skrivelse foreslog sagsøgeren ligeledes at begrænse det tab, som selskabet søgte erstattet, til den periode på tre år, som adskiller Airtours-beslutningen og Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor. Ved skrivelse af 17. februar 2006 fremsatte Kommissionen sine bemærkninger vedrørende denne anden anmodning.

18 På samme tid, ved afgørelse af 5. september og 12. oktober 2005, gav Kommissionen sagsøgeren afslag på aktindsigt i henhold til forordning nr. 1049/2001 i visse forberedende dokumenter i forbindelse med Airtours-beslutningen samt i dokumenter udfærdiget af dens tjenestegrene i forlængelse af annullationen af beslutningen i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor. Sagsøgeren anlagde et annullationssøgsmål til prøvelse af disse afgørelser (sag T-434/05, MyTravel Group mod Kommissionen).

19 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling, og som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse er parterne blevet anmodet om at besvare en række spørgsmål skriftligt.

20 Ved skrivelse fra Forbundsrepublikken Tyskland af 25. februar 2008 og ved skrivelse fra sagsøgeren af 14. marts 2008 forelagde parterne deres svar for Retten.

21 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under retsmøderne den 29. april og 20. maj 2008.

22 I forbindelse med retsmødet den 29. april 2008 traf Retten i henhold til procesreglementets artikel 65, litra b), og artikel 67, stk. 3, tredje afsnit, bestemmelse om, at Kommissionen skulle fremlægge alle de dokumenter, den rådede over vedrørende bedømmelsen af de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999, og som blev udfærdiget mellem denne dato og datoen for vedtagelsen af Airtours-beslutningen, nemlig den 22. september 1999.

23 Kommissionen efterkom denne anmodning ved at fremlægge to dokumenter under retsmødet den 29. april 2008 og efterfølgende adskillige andre dokumenter.

24 Sagsøgeren kommenterede de forskellige dokumenter, som Kommissionen havde fremlagt som følge af Rettens anmodning, inden for den af Retten i den forbindelse fastsatte frist.

25 Sagsøgeren nedlagde oprindeligt bl.a. påstand om, at Fællesskabet skulle tilpligtes at betale sagsøgeren 517 900 000 britiske pund (GBP) som erstatning for følgende tab: tab af First Choices fortjeneste, tab af synergieffekter samt de udgifter, der var forbundet med det ikke antagne tilbud med fradrag af de omkostninger, som en antagelse af tilbuddet ville have medført.

26 Denne påstand blev ændret under proceduren for Retten, navnlig på grundlag af en vurdering af oplysningerne i replikken som svar på svarskriftet, i skrivelsen til Retten af 9. januar 2006 (jf. præmis 17 ovenfor) samt af de oplysninger, der fremkom under retsmødet den 20. maj 2008, hvorunder de af sagsøgeren og Kommissionen udpegede eksperter var til stede.

27 Sagsøgeren har endelig nedlagt følgende påstande:

— Fællesskabet tilpligtes at betale sagsøgeren et på grundlag af de af parterne fremlagte oplysninger af Retten skønsmæssigt fastsat beløb som erstatning for de tab, der er lidt i perioden mellem vedtagelsen af Airtours-beslutningen (den 22.9.1999) og det tidspunkt, hvor selskabet i princippet kunne have erhvervet First Choice som følge af Airtours-dommen (vurderet til at være den 31.10.2002).

— Det fastslås, at der skal betales morarenter af ovennævnte erstatning regnet fra datoen for afsigelsen af den dom, der fastslår erstatningspligten i denne sag, med 8% om året eller med en sats, som Retten skønsmæssigt fastsætter.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 Kommissionen har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Indledende bemærkninger om betingelserne for Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold*

29 Retten har indledningsvis anset det for hensigtsmæssigt at behandle parternes argumenter vedrørende betingelserne for, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontraktforhold, og mere specifikt vedrørende betingelsen om den ulovlige adfærd udvist af fællesskabsinstitutionerne, som stiller krav om en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder, samt om tilstedeværelsen af en påstået symmetri mellem annullationssøgsmålet og søgsmålet om erstatning uden for kontraktforhold.

1. *Parternes generelle argumentation*

30 Parterne er enige om fastlæggelsen af betingelserne for at drage Fællesskabet til ansvar uden for kontrakt under henvisning til Domstolens dom af 4. juli 2000, Bergarderm og Goupil mod Kommissionen (sag C-352/98 P, Sml. I, s. 5291, herefter »Bergaderm-dommen«), men er uenige om den betydning, der skal udledes af kravet om påvisning af en »ulovlig adfærd«, når der foreligger en fældende dom i et annullationssøgsmål, samt den betydning, der skal udledes af de utilstrækkelige forhold, der er konstateret af Retten i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, i nærværende sag.

a) Om begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse

31 Sagsøgeren har principalt gjort gældende, at den tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelse af en bestemmelse, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kræves i forbindelse med ansvar uden for kontraktforhold, kan sidestilles med det åbenbart urigtige skøn, der er fastslået i en dom om annullation. Under disse omstændigheder tog Retten behørigt Kommissionens skøn i betragtning, da den besluttede at annullere Airtours-beslutningen som følge af de af Kommissionen begåede fejl, og denne betragtning er i sig selv tilstrækkelig for at fastslå, at der foreligger en ulovlig udvist adfærd i henhold til artikel 288 EF.

32 Kommissionen, har støttet af Forbundsrepublikken Tyskland afvist denne argumentation om symmetri imellem annullationssøgsmål og søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold med den begrundelse, at en annullationsdom ikke er tilstrækkelig til at fastslå en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse i Bergaderm-dommens forstand, nævnt i præmis 30 ovenfor.

b) Om begrebet bestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder

33 Med henblik på at godtgøre tilstedeværelsen af en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder i Bergaderm-dommens forstand, har sagsøgeren i det væsentlige påberåbt sig artikel 2 i forordning nr. 4064/89, der fastsætter de kriterier, i henhold til hvilke Kommissionen erklærer en fusion for enten forenelig eller uforenelig med fællesmarkedet. Denne bestemmelse tillægger borgerne rettigheder i Bergaderm-dommens forstand, nævnt i præmis 30 ovenfor, for så vidt som de beslutninger, der er vedtaget på dette grundlag, i henhold til artikel 8 i forordning nr. 4064/89 vedrører den anmeldte fusion. I mangel af en beslutning om forenelighed fra Kommissionens side kan den anmeldende virksomhed ikke gennemføre den pågældende fusion, hvilket udgør et indgreb i virksomhedens handlefrihed. Forordning nr. 4064/89 må ses i sammenhæng med EF-traktaten, der hviler på økonomisk liberalisme, og som har til formål at fremme integrationen på fællesmarkedet. Sagsøgeren har endvidere anført, at Kommissionen skal handle i overensstemmelse med principperne om god forvaltning og om pligten til at udvise påpasselighed, hvilke principper tillægger borgerne rettigheder.

34 Kommissionen har gjort gældende, at artikel 2 i forordning nr. 4064/89 ikke i sig selv er en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, men en retsregel, der opregner de kriterier, på grundlag af hvilke en fusion i forbrugernes interesse enten skal erklæres for forenelig eller uforenelig med fællesmarkedet. Regler, der har til formål at sikre en beskyttelse af borgerne, er sådanne, som f.eks. den pligt til at udvise agtpågivenhed, der regulerer Kommissionens adfærd, ved anvendelsen af bestemmelser som den i artikel 2 i forordning nr. 4064/89 nævnte.

2. *Rettens bemærkninger*

35 Som det fremgår af fast retspraksis, er Fællesskabets erstatningspligt i henhold til artikel 288, andet afsnit, EF på grund af ulovlig adfærd udvist af dets organer undergivet

af en række betingelser, nemlig at institutionens kritiserede adfærd har været retsstridig, at der er indtrådt et tab, og at der er årsagsforbindelse mellem den ulovlige adfærd og det påståede tab (Domstolens dom af 29.9.1982, sag 26/81, Oleifici Mediterranei mod EØF, Sml. 3057, præmis 16, og Rettens dom af 14.12.2005, sag T-383/00, Beamglow mod Europa-Parlamentet m.fl., Sml. II, s. 5459, præmis 95).

36 Såfremt en af disse betingelser ikke er opfyldt, må erstatningskravene forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, om de øvrige to betingelser er opfyldt (Domstolens dom af 15.9.1994, sag C-146/91, KYDEP mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4199, præmis 81, og Rettens dom af 20.2.2002, sag T-170/00, Förde-Rederei mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 515, præmis 37).

a) Om begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse

37 Når en ulovlig retsakt som i det foreliggende tilfælde påberåbes som grundlag for et erstatningssøgsmål, skal denne retsakt for at kunne begrunde, at Fællesskabet ifalder erstatningsansvar, udgøre en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Det afgørende kriterium i den forbindelse er en fællesskabsinstitutions åbenbare og grove tilsidesættelse af grænserne for sine skønsbeføjelser (Domstolens dom i Bergaderm-sagen, nævnt i præmis 30 ovenfor, præmis 42 og 43, og dom af 19.4.2007 sag C-282/05 P, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, Sml. I, s. 2941, præmis 47).

38 I den ordning, som Domstolen har udviklet vedrørende Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold, tages der navnlig hensyn til kompleksiteten af de forhold, der skal reguleres, vanskelighederne ved at anvende eller fortolke bestemmelserne og især rammerne for det skøn, som den, der har udstedt den anfægtede retsakt, råder over (jf.

dommen i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, nævnt i præmis 30 ovenfor, præmis 40, og dommen i sagen Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 50).

39 Såfremt den omhandlede institution alene råder over et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af fællesskabsretten (Bergaderm-dommen, nævnt i præmis 30 ovenfor, præmis 44 og dommen i sagen Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, nævnt i præmis 37 ovenfor, præmis 47). Det samme gælder, såfremt den sagsøgte institution uretmæssigt anvender relevante materielle eller processuelle regler (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.7.1967, forenede sager 5/66, 7/66 og 13/66-24/66, Kampffmeyer m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 381, på s. 386; org.ref.: Rec., s. 317, 339 og 340).

40 Som svar på en af Retten truffet foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, hvorved parterne blev anmodet om at vurdere virkningen af dommen af 11. juli 2007, Schneider Electric mod Kommissionen (sag T-351/03, Sml. II, s. 2237, og appelleret til Domstolen, sag C-440/07 P, Kommissionen mod Schneider Electric), på denne sag, særligt på baggrund af de principper, der blev fastslået i Bergaderm-dommen, nævnt i præmis 30 ovenfor, har parterne anerkendt, at det fremgår af retspraksis, at begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse ikke omfatter alle sådanne fejl og forseelser, der, selv om de måtte være af en vis ubestridelig grovhed, ikke er atypiske for den adfærd, som normalt udvises af en institution, det er blevet pålagt at overvåge gennemførelsen af konkurrencereglerne, hvilke regler er komplicerede, vanskelige og genstand for en bred fortolkningsmargin.

41 I forbindelse med at sagsøgeren blev udspurgt om dette punkt under retsmødet den 29. april 2008, anførte sagsøgeren ligeledes, at den omstændighed, at Retten annullerede Airtours-beslutningen — idet den fremtidsanalyse af den konkurrencemæssige situation, der blev fremlagt, og som langt fra var baseret på sikre beviser, var behæftet med en række urigtige skøn vedrørende forhold af stor betydning for vurderingen vedrørende en eventuel skabelse af en kollektiv dominerende stilling — ikke i sig selv var tilstrækkelig til, at Fællesskabet ifaldt erstatningsansvar, for så vidt som retspraksis om erstatningssøgsmål stillede krav om andre kriterier.

42 Hvis man accepterede, at det forholder sig anderledes, ved uden yderligere undersøgelse at ligestille den annullation, der blev fastslået i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, med den tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelse, der blev redegjort for i Bergaderm-dommen, nævnt i præmis 30 ovenfor, ville man nemlig risikere at undergrave Kommissionens muligheder for fuldt ud at udøve den konkurrenceregulerende funktion, som pålægges Kommissionen i traktaten, såfremt den ifalder et økonomisk ansvar under omstændigheder som de foreliggende, eftersom risikoen for at skulle bære de tab, de berørte virksomheder påberåber sig, vil virke hæmmende på fusionskontrollen.

43 På grund af behovet for at tage en sådan virkning, som strider mod almindelige fællesskabsretlige interesser, i betragtning, kan en tilsidesættelse af en lovbestemt forpligtelse, der, hvor beklagelig den end måtte være, kan forklares ved de objektive begrænsninger, som institutionen og dens ansatte er undergivet i forhold til fusionskontrol, ikke anses for den tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelse af fællesskabsretten, som forudsættes ved Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold. Derimod kan skader, der skyldes institutionens adfærd, give ret til erstatning, hvis adfærden består i en handling, som er i åbenbar strid med retsreglerne og i alvorlig grad skadelig for andres end institutionens interesser, og som hverken kan begrundes i eller forklares med de særlige begrænsninger, tjenesten objektivt er underlagt under sin normale funktion.

b) Om begrebet regler, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder

44 Sagsøgeren har for det første påberåbt sig tilsidesættelsen af de materielle regler, som Kommissionen anvendte i Airtours-beslutningen, til støtte for sit krav om erstatning.

45 Der er for det første tale om artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvorefter »sammenslutninger, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet«. Hvis dette

kriterium er opfyldt, skal Kommissionen derefter vedtage en beslutning på grundlag af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvori en sådan fusion erklæres for uforenelig med fællesmarkedet.

46 Det drejer sig for det andet om artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, hvorefter »sammenslutninger, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet«. Hvis dette kriterium er opfyldt, skal Kommissionen derefter vedtage en beslutning på grundlag af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, hvori en sådan fusion erklæres for forenelig med fællesmarkedet. Denne beslutning kan eventuelt ledsages af vilkår og påbud, der har til formål at sikre, at de pågældende virksomheder overholder de forpligtelser, de har påtaget sig over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.

47 Ligesom artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, der omhandler beslutninger om godkendelse, skal forordningens artikel 2, stk. 3, der omhandler beslutninger om forbud, fortolkes i lyset af samme forordnings artikel 2, stk. 1, som angiver de forhold, der konkret skal tages i betragtning af Kommissionen ved bedømmelsen af foreneligheden eller uforeneligheden med fællesmarkedet af en fusion af fællesskabsdimension.

48 Disse bestemmelser har under ét til formål at tillægge borgerne rettigheder, for så vidt som Kommissionen, når der i henhold til forordning nr. 4064/89 indbringes en fusion for den, i princippet er forpligtet til at vedtage en beslutning enten om godkendelse af fusionen eller om et forbud mod fusionen i overensstemmelse med bedømmelsen af den økonomiske udvikling, der anses for mest sandsynlig ved en fusion. Hvis de betingelser, der opregnes i artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, således er opfyldt, har en virksomhed, der anmelder en fusion af fællesskabsdimension, krav på at få denne

fusion erklæret for forenelig med fællesmarkedet. Virksomheden kan imidlertid ikke gennemføre fusionen uden Kommissionens godkendelse (jf. artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 4064/89), og en beslutning om forbud vedtaget på grundlag af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 har alvorlige konsekvenser. En sådan intervention af Fællesskabet i erhvervslivet, hvor der stilles krav om, at en virksomhed indhenter godkendelse, inden den gennemfører den påtænkte fusion, og som forpligter Kommissionen til at forbyde gennemførelsen af den påtænkte fusion, hvis den viser sig uforenelig med fællesmarkedet, medfører nødvendigvis, at de virksomheder, som nægtes godkendelse, kan kræve at få erstatning for de skadelige konsekvenser af en sådan beslutning, hvis det viser sig, at den hviler på en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af de materielle regler, som Kommissionen anvender ved bedømmelsen af den omhandlede fusions forenelighed med fællesmarkedet.

49 Sagsøgeren har for det andet påberåbt sig pligten til at udvise påpasselighed med henblik på at godtgøre tilstedeværelsen af Kommissionens ulovlige adfærd. Dertil er det tilstrækkeligt at bemærke, at såfremt der konstateres en ulovlighed, som under tilsvarende omstændigheder ikke ville være blevet begået af en normalt forsigtig og påpasselig administration, kan det konkluderes, at institutionens adfærd har udgjort et retsstridigt forhold, der kan pådrage Fællesskabet ansvar i henhold til artikel 288 EF (Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 og T-225/99, Comafrica og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1975, præmis 134, og af 17.3.2005, sag T-285/03, Agraz m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 40, der ikke blev ændret under appel ved Domstolens dom af 9.11.2006, sag C-243/05 P, Agraz mod Kommissionen, Sml. I, s. 10833). Denne beskyttende karakter af forpligtelsen til at udvise omhu i forhold til borgere, som pålægger den kompetente institution omhyggeligt og upartisk at undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag, når den råder over et skøn, er blevet anerkendt i retspraksis, herunder i erstatningssøgsmål (Domstolens dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14, Rettens dom af 18.9.1995, sag T-167/94, Nölle mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2589, præmis 73-76, Rettens kendelse 14.12.2005, sag T-369/03, Arizona Chemical m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5839, præmis 88, og dommen i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen, præmis 49; jf. tillige Rettens dom af 9.7.1999, sag T-231/97, New Europe Consulting og Brown mod Kommissionen, Sml. II, s. 2403, præmis 37-45), der henviser til princippet om god forvaltningsskik.

50 Det fremgår af ovenstående, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, sammenholdt med samme bestemmelses stk. 1 og 2 og med forordningens artikel 8, stk. 2 og 3, samt pligten til at udvise agtpågivenhed, er regler, der har til formål at tillægge de virksomheder, der berøres af en beslutning, som forbyder gennemførelse af en fusion, rettigheder.

51 Det er på grundlag af disse principper, at det skal undersøges, om den ulovlighed, som Airtours-beslutningen, der blev annulleret i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, var behæftet med, kan bevirke, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt som følge af en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af de materielle og processuelle regler, som kan påberåbes af en virksomhed, der anmoder om godkendelse af en fusion. I den forbindelse skal der skelnes imellem de anbringender, der vedrører tilstedeværelsen af en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse ved Kommissionens bedømmelse af fusionens virkning på konkurrencen, og de anbringender, der vedrører tilstedeværelsen af en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse ved analysen af de foreslåede forpligtelser i forbindelse med den administrative procedure.

B — *Om tilstedeværelsen af en »tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse« på tidspunktet for Kommissionens bedømmelse af Airtours/First Choice-fusionens virkninger på konkurrencen i fællesmarkedet*

1. *Parternes argumenter*

52 Sagsøgeren har gjort gældende, at den ulovlige adfærd, som retspraksis opstillede som krav i Bergaderm-dommen, fremgår af Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, som viser, i hvilket omfang Kommissionens adfærd udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse. Ved at vedtage Airtours-beslutningen foretog Kommissionen en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, således at Fællesskabet ifaldt ansvar uden for kontrakt i henhold til artikel 288, stk. 2, EF som følge af den åbenbare og grove tilsidesættelse af Kommissionens skøn i henhold til artikel 2 i forordning nr. 4064/89 samt af den generelle forpligtelse til at udvise omhu. Disse to særskilte grundlag er

uløseligt forbundet og kan reduceres til det ene spørgsmål, om Kommissionen ved bedømmelsen af Airtours/First Choice-fusionens forenelighed med fællesmarkedet har opfyldt sin opgave og sine forpligtelser som konkurrencemyndighed tilstrækkeligt.

53 Til støtte for sin argumentation har sagsøgeren skelnet mellem to typer af mangler ved det ræsonnement, der blev anvendt ved bedømmelsen af fusionens virkninger. For det første har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke har levet op til det kompetenceniveau, der kræves ved fusionskontrol, ved hvilken der forudsættes et minimumskendskab til de gældende bestemmelser ret samt identificering af de forhold, der gør det muligt at forstå konkurrencesituationen og at påvise en kollektivt dominerende stilling. Sagsøgeren har kategoriseret disse af Kommissionen begåede fejl som kategori 1-fejl. (jf. præmis 54-71). For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at disse mangler er blevet forværret og bekræftet af et stort antal kategori 2-fejl begrundet i den omstændighed, at Kommissionen ikke har taget de fremlagte beviser i betragtning og ikke behørigt har begrundet Airtours-beslutningen. Disse kategori 2-fejlmangler viser i sig selv eller i kombination med kategori 1-fejlene, at Kommissionen var klart inkompetent i forbindelse med undersøgelsen af det relevante bevismateriale og så bort fra bevismaterialet, fordi det gik imod den teori, den selv udviklede (jf. præmis 72 og 73 nedenfor).

a) Pligten til at anerkende det begrænsede anvendelsesområde for artikel 2 i forordning nr. 4064/89

54 Hvad angår de relevante bestemmelser har sagsøgeren understreget, at selskabet i sit annullationssøgsmål har gjort gældende, at Airtours-beslutningen i det mindste delvis var baseret på ensidige virkninger, hvilket ifølge sagsøgeren udgjorde en ukorrekt fortolkning af artikel 2 i forordning nr. 4064/89 samt en klar tilsidesættelse af den skønsmargin, som Kommissionen rådede over ved anvendelsen af denne bestemmelse.

55 Kommissionen har bemærket, at Airtours-beslutningen var baseret på en bedømmelse af en kollektivt dominerende stilling og ikke på en teori om ensidige virkninger. Det er i dette erstatningssøgsmål mindre relevant at afklare, om teorien om ensidige virkninger er anvendelig inden for rammerne af artikel 2 i forordning nr. 4064/89.

b) Om forpligtelsen til at fastlægge markedssituationen uden en fusion

56 Hvad angår den faktuelle analyse af fusionens virkning på konkurrencen har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen groft har tilsidesat sin skønsbeføjelse ved ikke at præcisere, hvorledes den konkurrencemæssige situation var inden gennemførelsen af den påtænkte fusion, hvilket imidlertid udgør et udgangspunkt for en fusions virkninger på konkurrencen (Airtours-dommen præmis 11 ovenfor, præmis 84). Kommissionens manglende opfyldelse af dens forpligtelse til at tage stilling til dette punkt bevirkede hele Airtours-beslutningens ugyldighed (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 75). Kommissionen forsøgte således at argumentere for, at udviklingen på markedet i de 18 måneder, der fulgte efter offentliggørelsen af konklusionerne i rapporten fra Monopolies and Mergers Commission, en af konkurrencemyndighederne i Det Forenede Kongerige, bevirkede, at grundlaget for konklusionerne i rapporten, hvorefter markedet var stærkt konkurrencepræget i slutningen af 1997, ikke holdt (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 96-108).

57 Kommissionen har anført, at den foretog en undersøgelse af de indtrådte ændringer på markedet for rejsearrangører i Det Forenede Kongerige mellem 1997, da Monopolies and Mergers Commissions rapport blev offentliggjort, og 1999, da fusionen blev anmeldt. Kommissionen har gjort gældende, at den konkluderede, at koncentrationsniveauet steg stærkt, og baserede denne konklusion på bevismateriale, der hidrørte fra berørte tredjeparter, hvilket påvirkede bedømmelsen af fusionens virkninger. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at den i Airtours-beslutningen var af den opfattelse, at der ikke forelå en dominerende stilling inden fusionen, således som Retten konstaterede det, jf. Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 88, selv om den i samme doms præmis 75 kritiserede den »ufuldstændige« karakter af Kommissionens beskrivelse. Ifølge Kommissionen skulle det således godtgøres, at en sådan stilling var blevet skabt, og ikke at den var blevet forstærket. Der var således

ingen, der rejste tvivl om behovet for at identificere situationen på markedet uden en fusion. Spørgsmålet var alene, om der allerede forelå en tendens imod en kollektiv dominans, hvorefter en fusion ville risikere at ødelægge den hårfine balance og følgelig væsentligt begrænse den effektive konkurrence. Kommissionen har således ikke begået en fejl ved ikke at forstå situationen på markedet, men alene ved at fastslå, at omstændigheder ved den eksisterende markedssituation vurderet generelt, dvs. de kendetegn ved markedet, der blev beskrevet i betragtning 87-126 i Airtours-beslutningen, kunne favorisere skabelsen af en kollektivt dominerende stilling efter en fusion.

c) Pligten til at godtgøre opfyldelsen af betingelserne for stiltiende aftale

58 Sagsøgeren har bemærket, at med henblik på at godtgøre, at der skabes en kollektivt dominerende stilling, skal Kommissionen undersøge, om de tre betingelser, der opstilles i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 62, er opfyldt, dvs. for det første muligheden for, at, hvert medlem af det dominerende oligopol kan skaffe sig kendskab til, at de øvrige medlemmer tilslutter sig den fælles adfærd, hvilket afhænger af en tilstrækkelig gennemsigtighed på markedet; for det andet en sådan stiltiende koordinerings levedygtighed, hvilket forudsætter tilstedeværelsen af et incitament til ikke at fravige den fælles adfærd; for det tredje, at de nuværende og potentielle konkurrenters og forbrugeres forudsigelige reaktion ikke sår tvivl om denne fælles adfærd. Adskillige forhold, der blev fremhævet af Kommissionen i Airtours-beslutningen med henblik på at godtgøre tilstedeværelsen af sådanne betingelser, hvilede imidlertid på en urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

59 Kommissionen har præciseret, at den foretog en behandling af de forskellige betingelser, som sagsøgeren har henvist til, som det fremgår af Airtours-beslutningens betragtning 87, hvori de pågældende forhold opregnes. Der kan ikke rejses tvivl om dens kendskab til de betingelser, der er nødvendige for at fastslå tilstedeværelsen af en kollektivt dominerende stilling.

Om de ustabile markedsandele

60 Sagsøgeren har understreget, at variationen i markedsandele er et relevant forhold ved Kommissionens bedømmelse (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 111). I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren gjort gældende, at det vanskelige bestod i den omstændighed, at markedsandelene hos de forskellige operatører på det pågældende marked tidligere havde været ganske ustabile, hvilket kunne lade formode, at markedet ikke var genstand for en kollektivt dominerende stilling. Denne omstændighed blev imidlertid ikke taget i betragtning i Airtours-beslutningen, formentlig fordi Kommissionen fandt, at den ikke harmonerede med dens opfattelse.

61 Kommissionen har gjort gældende, at den betydelige ustabilitet i markedsandelene skyldes, at visse operatørers opkøb blev taget i betragtning. Markedsandelene ville omvendt være meget stabile, såfremt disse opkøb blev udelukket. Kommissionen har understreget, at den i Airtours-beslutningen var af den opfattelse, at størrelsen af den interne vækst var det mest relevante kriterium ved bedømmelsen af incitamentet til at vedtage en oligopolistisk parallel adfærd, for så vidt som vedtagelsen af denne parallelle adfærd er mere sandsynlig, når sandsynligheden for at øge markedsandelen ved at forøge kapaciteten er lille. Denne analyse blev ikke lagt til grund af Retten, der fastslog, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at konkurrence gennem erhvervelse var irrelevant som parameter. Dette betyder dog ikke, at den pågældende analyse var baseret på en klar manglende iagttagelse af det bevismateriale, der blev indhentet under den administrative procedure, idet noget af dette bevismateriale viste, at perspektiverne for opkøb var begrænsede efter 1998.

Om den ustabile efterspørgsel

62 Sagsøgeren har understreget, at en stabil efterspørgsel er en faktor, der fremmer etableringen af en dominerende stilling (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 139) Denne pointe blev imidlertid ignoreret i betragtning 97 til Airtours-beslutningen, hvori Kommissionen anfører, at en variabel efterspørgsel gør markedet mere udsat for skabelse af en kollektivt dominerende stilling. Det var først under

retsforhandlingerne i forbindelse med annullationssøgsmålet, at Kommissionen anerkendte, at den økonomiske teori havde det indhold, som blev fastslået i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, og uden held forsøgte at forsvare sine synspunkter i forhold til de faktiske omstændigheder i sagen. Hvis indholdet af den økonomiske teori var uforeneligt med den tilgang, som Kommissionen anvendte i Airtours-beslutningen, var Kommissionen forpligtet til at gøre en sammenhængende opfattelse gældende, understøttet af en forsvarlig økonomisk teori til støtte for dens synspunkter.

63 Kommissionen har anført, at den i forbindelse med den administrative procedure undersøgte Binmore-rapporten, der var fremskaffet af sagsøgeren, vedrørende den betydning, der skulle tillægges den ustabile efterspørgsel. Den anmodede endog sagsøgeren om at fremsætte supplerende bemærkninger vedrørende denne rapport. Rapporten blev således ikke ignoreret af Kommissionen, som imidlertid har gjort gældende, at rapporten ikke henviste til oplysninger vedrørende det pågældende marked og i det væsentlige vedrørte muligheden for at koordinere priser snarere end kapacitet. Kommissionen har ligeledes understreget, at rapporten endog anerkendte, at koordination af kapacitet var mulig, men tvivlede på, at man reelt kunne afholde rejsearrangørerne fra at snyde.

Om den lave vækst i efterspørgslen

64 Sagsøgeren har gjort gældende, at den lave vækst i efterspørgslen er en omstændighed, der er fremmende for indgåelsen af stiltiende aftaler. Den har imidlertid anført, at den i forbindelse med den administrative procedure bemærkede, at efterspørgslen tidligere var steget hurtigere end bruttonationalproduktet i Det Forenede Kongerige, samt at efterspørgslen på trods af et kortvarigt fald i 1995 og 1996 ifølge den ledende sektorrapport steg på ny, og at det måtte forventes, at væksten ville fortsætte de følgende to år. Kommissionen tog imidlertid ikke hensyn til disse oplysninger. Ifølge sagsøgeren, og som det fremgik af retsforhandlingerne for Retten, foretrak Kommissionen at støtte sig til et udateret uddrag på en side af en rapport, der blev udarbejdet af Ogily & Mather, og som den aldrig hverken så eller undersøgte i dens helhed. Dette dokument fik den fra den virksomhed, der var målet for overtagelsen, First Choice, som

har rejst indsigelse mod fusionen. Dokumentet, som Kommissionen citerede selektivt og upræcist fra, blev aldrig forelagt sagsøgeren til udtalelse i forbindelse med den administrative procedure og var i modstrid med andre oplysninger, som blev forelagt Kommissionen. Der er således tale om et eksempel på en grov og klar tilsidesættelse af den almindelige pligt til at udvise omhu.

65 Kommissionen har bemærket, at det spørgsmål, der rejses, er, om væksten i efterspørgslen var tilstrækkeligt høj til, at enhver parallel adfærd efter fusionen kunne udelukkes. Den har understreget, at den ved at undersøge dette aspekt i Airtours-sagen anmodede de væsentligste operatører om deres vurdering af den tidligere og fremtidige vækst i efterspørgslen, og det er i denne sammenhæng, at man har bebrejdet Kommissionen ikke at have citeret Ogilvy & Mather-rapporten korrekt. I den forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at vækstraten på det marked, der er nævnt i rapporten, var på 3,7%, mens den vækstrate, som sagsøgeren påberåbte sig på grundlag af statistikkerne fra British National Travel Survey (BNTS), var 3,4%. Denne diskussion er så meget desto mere uforståelig derved, at Ogily & Mathers tal må formodes at være baseret på statistikkerne fra BNTS. Der er således reelt ikke modstrid mellem beviserne. Under alle omstændigheder har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgeren ikke har behandlet spørgsmålet om forudsigelserne om væksten i efterspørgslen. På dette punkt har Kommissionen anført, at den kunne påberåbe sig de indlæg, som sagsøgeren afgav under den administrative procedure, hvorefter den årlige vækstrate i efterspørgslen i 2000/2002 blev anslået til ca. 3,3%.

Om markedets gennemsigtighed

66 Sagsøgeren har understreget, at markedets gennemsigtighed er et væsentligt element ved bedømmelsen af en kollektivt dominerende stilling, for så vidt som de erhvervsdrivende i tilfælde af en manglende gennemsigtighed har vanskeligere ved at indgå stiltiende aftaler, at blive bekendt med og at sanktionere de erhvervsdrivende, der ikke overholder sådanne aftaler (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 156 og 159). Ifølge sagsøgeren bestod vanskeligheden for Kommissionen i denne sag i, at der var en næsten uendelig række forskellige typer rejsetilbud. En sådan heterogenitet ved

produktet gjorde det langt vanskeligere at indgå stiltiende aftaler. Stillet over for denne vanskelighed ved at gøre dens påstand vedrørende stiltiende koordinering gældende besluttede Kommissionen simpelthen ikke at tage den i betragtning. Den valgte alene at gøre gældende, at medlemmerne af oligopolet samordnede kapaciteten og ikke prisen, og at »der kun [var] behov for at være i stand til at overvåge den samlede kapacitet (antallet af ferierejser), som de enkelte integrerede rejsearrangører udbyder« (betragtning 91 til Airtours-beslutningen). Den gjorde også gældende, at eftersom planlægning af en efterfølgende sæson blev baseret på omsætningen for den forudgående sæson, var markedet gennemsigtigt. Dermed så Kommissionen bort fra det bevismateriale, der blev fremlagt under den administrative procedure. Kommissionen fejlfortolker desuden Rettens analyse i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, ved at hævde, at den skulle analysere en stor mængde oplysninger for at kunne danne sig en mening om spørgsmålet. Ifølge sagsøgeren var dette dog ikke den reelle vanskelighed: Kommissionen afviste simpelthen at behandle det særlige punkt vedrørende produktets forskelligartethed og den komplicerede karakter af arbejdet med tilrettelæggelsen af kapaciteten og afviste selv at gennemføre det arbejde, som Retten påtog sig, til trods for dettes væsentlige betydning for enhver sag vedrørende en kollektivt dominerende stilling.

67 Kommissionen har gjort gældende, at det ikke er fordi, Retten fastslog, at der ikke var draget en konklusion på et fyldestgørende retligt grundlag, at Kommissionen groft og klart skulle have tilsidesat sin pligt til at foretage en omhyggelig undersøgelse af bevismaterialet. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen gjort gældende, at når rejsearrangører vedtager en parallel adfærd på hele det relevante marked, må de være i stand til på et tilstrækkeligt tidligt tidspunkt at påvise enhver afvigelse fra denne adfærd på markedet med henblik på at kunne sanktionere den afvigende adfærd. Den pågældende gennemsigtighed må således angå de parametre, som den hemmelige aftale vedrører, dvs. den samlede kapacitet på markedet og ikke fordelingen af denne kapacitet mellem de forskellige destinationer, der måtte have forbrugernes interesse. Det centrale spørgsmål er således, om der forelå en tilstrækkelig gennemsigtighed til, at de unormale stigninger i kapaciteten kunne påvises tilstrækkeligt tidligt, samt om de øvrige rejsearrangører kunne udøve straffeaktioner. Vedrørende dette spørgsmål har Kommissionen anført, at den konkluderede, at der bestod en høj grad af kontinuitet fra sæson til sæson. Den har tilføjet, at selv om det er korrekt, at den totale kapacitet omfatter et utal af beslutninger, bliver disse beslutninger truffet inden for en ramme, der fastsættes af den forudsete efterspørgsel. Ifølge Kommissionen gjorde den omstændighed, at rejsearrangørerne kendte de tilbud, som de øvrige rejsearrangører afgav, det muligt for dem hurtigt at konstatere ændringerne i de gældende tilbud. Da de første

brochurer blev offentliggjort 12-15 måneder inden selve rejserne, var beslutningerne vedrørende flytransport og til en vis grad hotelkapacitet synlige for alle.

Om pligten til at undersøge tilstedeværelsen af afskrækkelsesfaktorer

68 Sagsøgeren har bemærket, at selv om det er anerkendt, at der skal iværksættes afskrækkelsesfaktorer, for at der foreligger en kollektivt dominerende stilling (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 192 og 193), er Kommissionens stillingtagen i Airtours-beslutningen tvetydig i forhold til behovet for en sådan mekanisme (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 191). Retten forkastede ligeledes de af Kommissionen påberåbte argumenter med henblik på at godtgøre eksistensen af en sådan mekanisme, og Kommissionen har efterfølgende forsøgt at forklare sine fejltagelser ved at påstå, at de kan forklares ved den omstændighed, at den bedømmelse af gennemsigtigheden og den ustabile efterspørgsel, som Retten foretog, ikke er den samme som den, Kommissionen lagde til grund i Airtours-beslutningen. En sådan forklaring er ikke tilfredsstillende, for så vidt som det ikke er muligt at påberåbe sig en tidligere sket fejl for at retfærdiggøre en senere fejl.

69 Kommissionen har bemærket, at de kommentarer, som fremgår af betragtning 55 og 150 til Airtours-beslutningen, vedrørende behovet for en »straffemekanisme« vedrørte den type mekanisme, som sagsøgeren påstod var nødvendig, dvs. i det væsentlige en type mekanisme, som man typisk finder i et kartel snarere end i et oligopol. Den omstændighed, at Retten forkastede Kommissionens konklusioner vedrørende de forskellige midler til modangreb (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 200-207), betyder ikke, at Kommissionen ikke tog det relevante bevismateriale i betragtning. Det fremgår nemlig af betragtning 148 ff. til Airtours-beslutningen, at det præcis er de spørgsmål, som sagsøgeren rejste, som blev undersøgt af Kommissionen.

Om pligten til at tillægge aktuelle og potentielle konkurrenter og forbrugeres reaktion betydning

70 Sagsøgeren har bemærket, at Retten kritiserede Kommissionen for ikke i tilstrækkelig grad at have undersøgt de mindre rejsearrangørers samt øvrige konkurrenters og potentielle forbrugeres eventuelle reaktion på gennemførelsen af fusionen (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 213, 266, 273 og 274). Kommissionen så med hensyn til disse punkter bort fra det bevismateriale, som sagsøgeren påberåbte sig i forbindelse med den administrative procedure.

71 Kommissionen har bemærket, at i henhold til Airtours-beslutningen bestod den væsentligste hindring for de mindre rejsearrangørers mulighed for at reagere på de kapacitetsbegrænsinger, som de større rejsearrangører gennemførte, i adgangen til flysæder. Retten fastslog imidlertid, at der forelå en vis mængde kilder, der tilbød de mindre rejsearrangører sæder på tilfredsstillende vilkår. Der er tale om en forskellig bedømmelse af bevismaterialet og ikke om Kommissionens manglende hensyntagen til dette. Det samme gør sig gældende for adgangen til afsætningskanaler. Den omstændighed, at Kommissionens analyse ikke blev tiltrådt af Retten, er ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at den har begået en ansvarspådragende fejl eller ikke har taget hensyn til bevismaterialet. Hvad angår de potentielle konkurrenter har Kommissionen bemærket, at dens konklusion hviler på betragtningerne vedrørende den nævnte adgang til flysæder og afsætningskanaler i forhold til de mindre rejsearrangører. Det samme er tilfældet med argumentet om, at forbrugernes mulige reaktion ikke blev taget i betragtning, for så vidt som forbrugernes mulighed for at købe rejser hos de mindre rejsearrangører er afhængig af disse sidstnævntes mulighed for at udbyde disse. Kommissionen har vurderet, at selv om disse bedømmelser blev anset for urigtige, var de dog ikke urimelige.

d) Om den kumulative virkning af tilfældene af manglende hensyntagen til bevismaterialet og den mangelfulde begrundelse

72 Sagsøgeren har anført, at Airtours-beslutningen indeholder en række kategori 2-fejl, der forværrer og bekræfter de nævnte tilsidesættelser. En række af fejl kan samlet medføre, at Fælleskabet ifalder ansvar i henhold til artikel 288, stk. 2, EF (Rettens dom af 28.11.2002, sag T-40/01, Scan Office Design mod Kommissionen, Sml. II, s. 5043, præmis 107). Sagsøgeren har således i forhold til hvert enkelt aspekt ved argumentationen vedrørende en kollektivt dominerende stilling påberåbt sig bevismateriale, som Kommissionen så bort fra. Der var vedrørende dette punkt ca. 40 tilfælde, hvor Kommissionen så bort fra sådant materiale. Det kan ikke gøres gældende af Kommissionen, at dens vurdering i relation til dette punkt ikke var urimelig. Desuden har Kommissionen gjort gældende, at Airtours-beslutningen er tilstrækkeligt begrundet, hvilket er ukorrekt, eftersom annullationspåstandens tredje anbringende ikke kun vedrører tilsidesættelsen af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, men også tilsidesættelse af artikel 253 EF. Tilsvarende fastsætter artikel 41 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proklameret i Nice den 7. december 2000 (EFT C 364, s. 1), at retten til god forvaltningsskik medfører en forpligtelse for forvaltningen til at begrunde sine beslutninger. I det foreliggende tilfælde tilsidesatte Kommissionen sin forpligtelse til at fremvise vægtige beviser, der kunne bringe Airtours-beslutningen ind i kategorien af beslutninger, som den i henhold dens spillerum kan vedtage. Der foreligger 22 eksempler på en sådan utilstrækkelig begrundelse.

73 Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at den foretrak noget bevismateriale fremfor noget andet, ikke udgør en klar manglende hensyntagen til af det samlede bevismateriale, ej heller i forhold til enkeltstående beviser. En sådan konklusion kan alene tiltrædes, såfremt det resultat, der fremkommer på grundlag af bevismaterialet, klart og åbenbart er i strid med materialet. Kommissionen har i et af bilagene til duplikken redegjort for alt bevismateriale, som den rådede over, og som blev undersøgt omhyggeligt og samvittighedsfuldt i forbindelse med den administrative procedure. Kommissionen har desuden gjort gældende, at en tilsidesættelse af artikel 253 EF ikke medfører, at institutionen ifalder ansvar, idet begrundelsespligten ikke udgør en retsregel, der beskytter borgere. Desuden indeholder Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, intet, der antyder en tilsidesættelse af begrundelsespligten. Henvisningen til artikel 41 i Den Europæiske Unions charter for grundlæggende

rettigheder er desuden ikke relevant, for så vidt som denne bestemmelse ikke indebærer, at en begrundelsesmangel berettiger til et erstatningssøgsmål.

2. *Rettens bemærkninger*

a) Om argumentet vedrørende pligten til at anerkende det begrænsede anvendelsesområde for artikel 2, i forordning nr. 4064/89

74 Det skal som svar på sagsøgerens påstand, hvorefter Kommissionen klart og groft tilsidesatte grænserne for sit skøn ved i det mindste delvis at henvise til den økonomiske teori om unilaterale effekter som begrundelse for at erklære fusionen Airtours/First Choice for uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 2 i forordning nr. 4064/89, indledningsvis konstateres — som Retten har gjort det i præmis 49-54 i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor — at Kommissionen nægter at have anvendt denne bestemmelse anderledes og gør gældende, at den anvendte den tilgang, som Retten tidligere anvendte og godkendte i sin dom af 25. marts 1999, Gencor mod Kommissionen (sag T-102/96, Sml. II, s. 753).

75 Henset til denne bestridelse fra Kommissionen og til manglen på tilstrækkeligt detaljerede angivelser fra sagsøgerens side, der belyser om og i hvilket omfang denne påståede nye tilgang kunne have den mindste indvirkning på Kommissionens bedømmelse af virkningerne af fusionen Airtours/First Choice, er det ikke nødvendigt at udtale sig om den påståede tilsidesættelse af pligten til at anerkende det begrænsede anvendelsesområde for artikel 2 i forordning nr. 4064/89.

b) Om argumenterne vedrørende pligten til at fastlægge markedssituationen uden en fusion samt pligten til at godtgøre betingelserne for en stiltiende aftale

76 Hvad angår sagsøgerens påstande om den klare og grove tilsidesættelse af grænserne for Kommissionens skøn i forbindelse med dens analyse af fusionen Airtours/First Choice på grundlag af kriterierne for skabelsen af en kollektivt dominerende stilling må der erindres om, hvori en sådan analyse består.

77 En situation med kollektiv dominerende stilling, der på mærkbar vis hindrer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, kan opstå efter en fusion, når transaktionen — under hensyn til det pågældende markeds særlige kendetegn og den ændring, som gennemførelsen af denne transaktion medfører — har til følge, at hvert medlem af det dominerende oligopol under hensyntagen til fælles interesser finder det muligt, økonomisk rationelt og således hensigtsmæssigt varigt at vedtage samme adfærd på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurrence ville begrunde, uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis i artikel 81 EF's forstand, og dette uden, at de aktuelle eller potentielle konkurrenter eller endog kunderne og forbrugerne kan reagere på effektiv vis (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 61).

78 Skabelsen af en kollektivt dominerende stilling som her defineret afhænger af tre betingelser. For det første skal hvert medlem af det dominerende oligopol kunne skaffe sig kendskab til andre medlemmers adfærd med henblik på at kunne kontrollere, om de følger den samme adfærd eller ikke. For det andet er det nødvendigt, at situationen med stiltiende koordinering kan opretholdes over en vis periode, dvs. at der skal være en tilskyndelse til ikke at fravige den fælles adfærd på markedet For det tredje skal Kommissionen for i tilstrækkeligt omfang at godtgøre, at der er en kollektiv dominerende stilling, ligeledes godtgøre, at de nuværende og potentielle konkurrenters forudsigelige reaktion samt forbrugernes reaktion ikke sår tvivl om de forventede resultater af den fælles adfærd (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 62).

79 I forbindelse med annullationssøgsmålet konkluderede Retten på baggrund af det ovenstående, at Kommissionen i Airtours-beslutningen langt fra byggede sin fremtidsanalyse på vægtige beviser og foretog en række fejlvurderinger vedrørende forhold, der var af betydning for vurderingen af en eventuel skabelse af en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen forbød således transaktionen uden i tilstrækkeligt omfang at have godtgjort, at fusionen ville medføre en kollektiv dominerende stilling for de tre store rejsearrangører, som kunne udgøre en mærkbar hindring for den effektive konkurrence på det pågældende marked (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 294).

80 Hvad angår ansvar uden for kontraktforhold kan det principielt ikke udelukkes, at åbenbare og alvorlige mangler, der påvirker den økonomiske analyse, der ligger til grund for en beslutning vedtaget på grundlag af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, som erklærer en fusion for uforenelig med fællesmarkedet i henhold til forordningens artikel 2, stk. 1 og 3, kan udgøre en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, der i henhold til retspraksis medfører Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold (jf. præmis 37-43 ovenfor).

81 Ved en sådan konstatering skal der imidlertid tages hensyn til, at de økonomiske analyser, som er nødvendige, når en situation eller en handling skal kvalificeres i relation til konkurrenceretten, både med hensyn til de faktiske omstændigheder og det ræsonnement, der udarbejdes på grundlag af beskrivelsen af disse, i reglen udgør komplekse og vanskelige intellektuelle fremstillinger, hvori der kan indsnige sig mangelfuldheder såsom tilnærmelser og uoverensstemmelser eller endog undladelser. Det gælder så meget mere i forbindelse med fusionskontrol på grund af den tidsbegrænsing, som fristen indebærer for institutionen. Det skal bemærkes, at af de retssikkerhedsmæssige grunde, der er forbundet med behovet for at give de erhvervsdrivende mulighed for at få en beslutning fra Kommissionen så hurtigt som muligt med henblik på at kunne gennemføre transaktionen, skal Kommissionen træffe beslutning inden for korte og strenge frister. I tilfælde af alvorlig tvivl om den anmeldte fusions virkninger på konkurrencen har Kommissionen alene fire måneder til at undersøge fusionen og indhente udtalelser fra alle omhandlede parter eller berørte.

82 Sådanne mangler ved den økonomiske analyse risikerer så meget desto mere at forekomme, når analysen, som det er tilfældet ved fusionskontrol, indeholder et fremadskuende aspekt. At en mangel ved dokumentationen eller ræsonnementet er alvorlig, udgør derfor ikke altid en omstændighed, som er tilstrækkelig til at medføre, at Fællesskabet ifalder ansvar. I det foreliggende tilfælde bemærkes, at de vanskeligheder, der er forbundet med det fremadskuende aspekt ved analysen af fusionens virkninger på konkurrencesituationen efter dens gennemførelse, forstærkes af den omstændighed, at den omhandlede økonomiske situation var særligt kompliceret, for så vidt som det påhvilede Kommissionen at foretage en bedømmelse af en eventuel skabelse af en kollektivt dominerende stilling af oligopolistisk karakter og ikke blot duopolistisk på et marked, der vedrører et produkt, der kombinerer et salg gennem et rejsebureau med en flytransport og et hotelophold, og hvor der er større konkurrence på kapaciteten end på priserne.

83 Endelig skal det haves i erindring, at Kommissionen for at bevare kontrollen med konkurrencepolitikken råder over et skøn, som indebærer, at det ikke kan forventes, at dens praksis i forbindelse med anvendelsen af de relevante bestemmelser er konstant og uforanderlig, og at den tilsvarende har et vist spillerum, når den skal vælge imellem de økonometriske redskaber, den disponerer over, og når den skal vælge, hvilken indfaldsvinkel der er passende for undersøgelsen af et spørgsmål (jf. f.eks. for så vidt angår definitionen af det relevante marked Rettens dom af 17.12.2003, sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 89 ff., og af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601, præmis 482), for så vidt som disse valg ikke er i åbenbar strid med alment anerkendte fagøkonomiske principper og gennemføres på en konsekvent måde.

84 Kompleksiteten af de situationer, der skal reguleres ved fusionskontrol, vanskelighederne ved gennemførelse på grund af det tidspres, der hviler på administrationen i den forbindelse, samt den skønsmargin, der må indrømmes Kommissionen, må tages i betragtning ved bedømmelsen af tilstedeværelsen af en eventuel tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse fra Kommissionens side i forbindelse med dens analyse af transaktionen Airtours/First Choices virkninger på konkurrencen.

85 Rettens analyse af erstatningssøgsmålet må følgelig nødvendigvis tage de uforudsete begivenheder samt de vanskeligheder, der er forbundet med fusionskontrollen i almindelighed samt med de komplicerede oligopolitiske strukturer i særdeleshed, i betragtning. Det er i dette lys, at administrationens skønsbeføjelse skal fortolkes på baggrund af den retspraksis, der følger af Bergaderm-dommen, nævnt i præmis 30 ovenfor. En sådan øvelse er i sig selv mere krævende end den, der er foreskrevet i forbindelse med annullationssøgsmål, hvor Retten inden for grænserne af de af sagsøgeren fremsatte anbringender lader det blive ved en undersøgelse af lovligheden af den anfægtede beslutning med henblik på at sikre sig, at Kommissionen har bedømt de forskellige oplysninger korrekt, som gør det muligt for den at erklære den anmeldte fusion for uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 2, stk. 1 og 3, i forordning nr. 4064/89. I modsætning til, hvad sagsøgeren har påstået, er simple skønsmæssige fejl samt manglende fremlæggelse af de relevante beviser, der indgik i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, derfor ikke i sig selv tilstrækkelige til at udgøre en klar og grov tilsidesættelse af grænserne for Kommissionens skøn ved fusionskontrol, og når der foreligger en kompliceret situation med oligopol.

86 I denne sammenhæng nødvendiggør argumentationen vedrørende den lave vækst i efterspørgslen en særlig undersøgelse, for så vidt som Kommissionens vurderinger vedrørende dette punkt hviler på en ufuldstændig og ukorrekt bedømmelse af de oplysninger, som den modtog i forbindelse med den administrative procedure, og som der henvises til i Airtours-beslutningen (jf. præmis 64 ovenfor, Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 12). De begrænsninger, der er specielle for fusionskontrol, er ikke desto mindre af en sådan art, at den blotte omstændighed, at Kommissionen fortolkede et dokument uden at respektere dets ordlyd og teleologiske indhold, selv om den besluttede at fastholde det som et dokument, der er væsentligt for dens bedømmelse, hvorefter markedets vækstrate var behersket i 1990' erne og fortsat vil være det (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 130), ikke udgør en tilstrækkelig omstændighed til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt (jf. præmis 82 ovenfor). Det samme gælder for den omstændighed, at Kommissionen så bort fra visse oplysninger i det dossier, som det omhandlede dokument henviste til (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 132).

87 I det foreliggende tilfælde havde Kommissionen faktisk et bevismateriale i de administrative sagsakter, der rimeligvis kunne give den anledning til at tro, at væksten ville stige svagt i de kommende år. Den omstændighed, at der af Retten blev

rejst tvivl om den vurdering, der blev lagt til grund i Airtours-beslutningen, indgår i retssagen om lovlighed, hvori Retten har undersøgt de retlige og faktiske påstande, som Kommissionen har nedlagt på baggrund af de argumenter, som sagsøgeren fremførte i sit søgsmål og de oplysninger, som blev gentaget i den omhandlede beslutning. Denne omstændighed betyder imidlertid ikke, at Kommissionen har foretaget en åbenbar og grov tilsidesættelse af sit skøn vedrørende fusionskontrol, såfremt — som i det foreliggende tilfælde — den er i stand til at redegøre for de grunde, der gav den anledning til rimeligvis at finde, at dens vurdering var begrundet. Det fremgår i den forbindelse af de administrative sagsakter, at sagsøgeren selv havde givet Kommissionen oplysninger, der gav forventninger om en lav årlig vækstrate i efterspørgslen i 2000-2002.

88 Hvad angår argumentationen vedrørende gennemsigtigheden på markedet kan det ikke bestrides, at Kommissionen på dette punkt ikke tog hensyn til et centralt element for at kunne fastslå eksistensen af en konkurrencebegrænsende kollektivt dominerende stilling (jf. præmis 66 ovenfor og Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 156-180). Som ved spørgsmålet vedrørende efterspørgslen viser det ræsonnement, der fremføres om dette punkt i Airtours-beslutningen, ikke desto mindre, at hvis de konklusioner, som Kommissionen når frem til, ikke kunne overbevise Retten, for så vidt som dette ræsonnement ikke var tilstrækkeligt understøttet af beviser eller blev dårligt forklaret, er det et faktum, at Kommissionen udtalte sig efter en omhyggelig undersøgelse af de indgivne oplysninger i forbindelse med den administrative procedure. Selv om der måtte være godtgjort eksistensen af en ulovlighed i forbindelse med annullationssøgsmålet, kan dette urigtige skøn forklares med de objektive begrænsninger, der gælder for institutionen og dens ansatte som følge af virkningerne af de bestemmelser, som regulerer fusionskontrol (jf. præmis 43 ovenfor).

89 Selv om den tilgang, som Kommissionen anvendte i Airtours-beslutningen, og som begrænsede sig til generelt at tage det samlede antal pakkerejser, der blev udbudt af hver enkelt operatør, i betragtning, ikke blev anvendt af Retten, der foretrak den af sagsøgeren forslåede tilgang, hvorefter denne komplicerede proces ikke kun består i at videreføre den hidtidige skønnede eller solgte kapacitet, men også i at vedtage et utal af forskellige beslutninger på mikroøkonomisk niveau, hvorved vurderinger vedrørende markedets volatilitet skal tages i betragtning, forholder det sig imidlertid således, at den opfattelse, som Kommissionen på grundlag af de oplysninger, der fremgår af de administrative sagsakter, har givet udtryk for, hvor forkert den end måtte forekomme på grundlag af en legalitetskontrol, ikke udgør en tilstrækkeligt kvalificeret fejl til, at den

kan anses for afvigende fra en normal adfærd, der udvises af en institution, som har til opgave at påse, at konkurrencereglerne finder anvendelse.

90 Det bemærkes desuden, at de øvrige fejl, der blev konstateret i forbindelse med Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, heller ikke er tilstrækkeligt kvalificerede til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt.

91 Det samme gør sig gældende for den påståede tilsidesættelse af forpligtelsen til at fastlægge situationen på markedet uden en fusion (jf. præmis 56 ovenfor), eftersom det i tilstrækkelig grad fremgår af de af Kommissionen fremførte argumenter, at den pågældende situation blev undersøgt af dens tjenestegrene på grundlag af det foreliggende bevismateriale med henblik på at identificere, hvilke ændringer der ville indtræde i konkurrencestrukturen efter en gennemførelse af fusionen.

92 Det samme gælder for argumenterne om ustabiliteten i markedsandele (jf. præmis 60 ovenfor), om den påståede tilsidesættelse af forpligtelsen til at undersøge tilstedeværelsen af en afskrækkelsesfaktor (jf. præmis 68 ovenfor) og om en påstået tilsidesættelse af forpligtelsen til at tillægge aktuelle og eventuelle konkurrenters og forbrugeres reaktion betydning (jf. præmis 70 ovenfor), for så vidt som den holdning, der i relation til disse punkter blev indtaget af Kommissionen — og som ikke overbeviste Retten — ikke udgør en åbenbar og grov manglende hensyntagen til de oplysninger, der fremgår af den administrative sag.

93 Det samme ræsonnement gælder for argumentet om ustabiliteten i efterspørgslen (præmis 62 ovenfor), idet den mangel, som sagsøgeren har påberåbt sig, ikke havde en sådan betydning, at den kunne anses for en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse til, at Fællesskabet ifalder ansvar. Kommissionen har i den forbindelse i øvrigt bemærket,

at det bevismateriale, der til dette punkt blev fremlagt af sagsøgeren, ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at godtgøre en ustabilitet i efterspørgslen.

c) Om argumenterne vedrørende den kumulative virkning af tilfældene af manglende hensyntagen til bevismaterialet og den mangelfulde begrundelse

94 Vurderet hver for sig kan de urigtige skøn, som Retten konstaterede i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, forklares ved de objektive begrænsninger, der er specielle for fusionskontrol, og ved den særlige kompleksitet ved den foreliggende undersøgte konkurrencesituation. Der kan ikke rejses tvivl om denne analyse ved den kumulative virkning, som sagsøgeren har påberåbt sig, hvorved det gøres gældende, at en række fejl vurderet samlet er tilstrækkelig til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt.

95 I den forbindelse bemærkes, at præmis 107 i dommen i sagen Scan Office Design mod Kommissionen, nævnt i præmis 72 ovenfor, ikke kan påberåbes til støtte for en sådan argumentation, for så vidt som Retten deri bemærker, at Kommissionen har begået en »række alvorlige fejl, som hver især eller i hvert fald tilsammen må anses for at opfylde den første af de tre betingelser, der er nødvendige for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontrakt«. Disse fejl er af en helt anden karakter end de skønsmæssige fejl, som Retten konstaterede i Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor. I den tvist, der gav anledning til dommen i sagen Scan Office Design mod Kommissionen, nævnt i præmis 72 ovenfor, var der tale om kvalificerede fejl, der blev begået under en udbudsprocedure, nemlig Kommissionens afslag på at fremsende dokumenter med den fejlagtige begrundelse, at der ikke eksisterede en accept af et tilbud i en udbudsprocedure, der blev indgivet efter fristen, hensyntagen til en vurdering, der ikke var underskrevet eller kommenteret, samt uretmæssige vurderinger og antagelse af et tilbud, der ikke opfyldte udbudsbetingelserne. I nærværende sag blev de fejlagtige skøn foretaget af Kommissionens tjenestegrene i forbindelse med disses undersøgelse af et omfangsrigt bevismateriale med henblik på at analysere en konkurrencesituation, der var særligt vanskelig at kvalificere. Det skøn, der må indrømmes Kommissionen i

forbindelse med spørgsmålet om ansvar uden for kontrakt på området for fusionskontrol, gælder såvel ved den individuelle undersøgelse af de fejl, der kan begås på tidspunktet for analysen af en fusions virkninger på konkurrencen, som ved den overordnede undersøgelse af sådanne fejl. Det kan derfor ikke lægges til grund, at den blotte omstændighed, at der blev konstateret adskillige fejl i Airtours-dommen, nødvendigvis medfører, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt.

96 Hvad endelig angår argumentet om Airtours-beslutningens utilstrækkelige begrundelse skal det bemærkes, at dette ikke i det foreliggende tilfælde kan begrunde, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt. Det fremgår nemlig af Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, at Rettens analyse af det tredje anbringende om både tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89 og af artikel 253 EF alene koncentrerer sig om argumenterne vedrørende tilsidesættelsen af artikel 2 i forordning nr. 4064/89. Annullationen af Airtours-beslutningen hviler således på den omstændighed, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad godtgjorde — i lyset af de beviser, der henvises til i beslutningen — at fusionen ville medføre en kollektivt dominerende stilling, der kunne udgøre en mærkbar hindring for en effektiv konkurrence på det pågældende marked (Airtours-dommen, nævnt i præmis 11 ovenfor, præmis 294). Airtours-beslutningen indeholdt således en tilstrækkelig begrundelse, som gjorde det muligt for Retten at prøve dens lovlighed, selv om begrundelsen viste sig at være materielt urigtig efter denne prøvelse.

97 Det fremgår af det ovenstående, at Kommissionen ikke har foretaget en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgere rettigheder i henhold til retspraksis i forbindelse med dens analyse af fusionen Airtours/First Choice på grundlag af kriterierne for skabelse af en kollektivt dominerende stilling.

C — *Om den eventuelle ulovlighed begået på tidspunktet for analysen af tilsagnene*

1. *Om spørgsmålet, hvorvidt argumentationen om en eventuel ulovlighed begået på tidspunktet for behandlingen af tilsagnene kan antages til realitetsbehandling*

a) Parternes argumenter

98 Kommissionen har gjort gældende, at argumentationen vedrørende en eventuel ulovlighed begået på tidspunktet for analysen af tilsagnene ikke kan antages til realitetsbehandling, idet anbringendet end ikke i summarisk form er nævnt i stævningen, og fordi sagsøgeren ikke på dette punkt alene kan henvise til bilag, som gentager argumenter, der er fremført i forbindelse med annullationssøgsmålet.

99 Sagsøgeren har gjort gældende, at det eneste, der skal afklares i det foreliggende tilfælde, er, hvorvidt Kommissionen kan tage stilling til det påberåbte argument, og om Retten er i stand til at udøve sin kontrolbeføjelse. De oplysninger vedrørende dette punkt, der fremgår af stævningen, opfylder dette kriterium og fremgår af bilag 15 og 16 til dette processkrift, som indeholder det fornødne bevismateriale.

b) Rettens bemærkninger

100 Ifølge artikel 21, stk. 1, i Domstolens statut, der i medfør af artikel 53, stk. 1, i samme statut og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement finder anvendelse på Retten, skal en stævning angive søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundende. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten kan udøve sin domstolskontrol. Af retssikkerheds- og retsplejehensyn skal de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, fremgå af selve stævningen, eventuelt kortfattet, men dog på en sammenhængende og forståelig måde (Rettens kendelse af 28.4.1993, sag T-85/92, De Hoe mod Kommissionen, Sml. II, s. 523, præmis 20, og af 11.7.2005, sag T-294/04, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, Sml. II, s. 2719, præmis 23).

101 For at kunne opfylde disse krav må en stævning, hvori der nedlægges påstand om betaling af erstatning for skade forvoldt af en institution, indeholde de elementer, der gør det muligt at identificere den adfærd, som sagsøgeren bebrejder institutionen (kendelsen i sagen Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, præmis 24).

102 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren i sin stævning gjort gældende, at Kommissionens afslag på at acceptere og endog at undersøge de tilsagn, som blev givet under den administrative procedure, udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af adskillige retsregler, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder. I den forbindelse skal de henvisninger i stævningen til den argumentation, der blev fremført til støtte for det fjerde anbringende i forbindelse med annullationssøgsmålet i sag T-342/99 angående Airtours-beslutningens lovlighed i relation til bestemmelserne vedrørende tilsagnene, og som er nærmere beskrevet i stævningens bilag 15 og 16, betragtes som en simpel uddybning af stævningens fremstilling af den påståede ulovlige adfærd, der bebrejdes Kommissionen i forhold til analysen af de afgivne tilsagn.

103 På baggrund af det ovenfor anførte var Kommissionen i stand til at forberede sit forsvar på grundlag af dette anbringende.

104 Kommissionens bemærkninger om, hvorvidt anbringendet vedrørende tilstedeværelsen af en eventuel ulovlighed ved analysen af tilsagnene kan antages til realitetsbehandling, må således forkastes.

2. *Om realiteten*

a) Parternes argumenter

Om argumentationen i parternes skriftlige indlæg

105 I sine skriftlige indlæg har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ved at afslå at acceptere og endog at behandle de tilsagn, som sagsøgeren afgav under den administrative procedure, tilsidesatte artikel 2 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, proportionalitetsprincippet, princippet om god forvaltningsskik, princippet om pligten til at udvise agtpågivenhed samt pligten til at anvende sine egne procedurer for behandling af tilsagn korrekt. Disse tilsidesættelser udgør i henhold til retspraksis en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse. Særligt har sagsøgeren gjort gældende, at såfremt Kommissionen havde accepteret og ikke med urette havde afvist de afgivne tilsagn, ville fusionen være blevet tilladt i overensstemmelse med artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, og at dette også ville have været tilfældet, selv om sådanne tilsagn ikke var nødvendige, for så vidt som fusionen ikke ville medføre problemer med konkurrencen. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen skulle have taget hensyn til den anden række af tilsagn til trods for den omstændighed, at de blev afgivet efter den i forordning nr. 4064/89 fastsatte frist.

106 Kommissionen har gjort gældende, at det fremgår af Airtours-beslutningen, at den første række af tilsagn ikke var tilstrækkelig til at gøre den anmeldte fusion forenelig med fællesmarkedet, for så vidt som skabelsen af en enkelt rejsearrangør af middel størrelse, der er afhængig af rejsebureaukæder, der kontrolleres af de store rejsearrangører, ikke sikrer en tilstrækkelig konkurrence på det pågældende marked (betragtning 186-192 til Airtours-beslutningen). Hvad angår den anden række af tilsagn, der blev afgivet efter udløbet af fristen i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98, har Kommissionen præciseret, at selv om fristen kan forlænges i ekstraordinære tilfælde, anmodede sagsøgeren hverken om en forlængelse eller henviste til omstændigheder, der kunne retfærdiggøre en sådan foranstaltning inden udløbet af den pågældende frist. Den anden række af tilsagn indeholdt heller ikke noget, der ikke kunne være taget med i den første række af tilsagn. Desuden var der ikke tid til ordentligt at vurdere de nye tilsagn (betragtning 93 til Airtours-beslutningen) Afvisningen af de afgivne tilsagn var således berettiget og udgør ikke en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, der kan medføre, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt.

Om muligheden for at undersøge tilsagnene af 15. september 1999 inden for fristen

107 Som svar på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten traf, og som havde til formål at afklare, af hvilke grunde Kommissionen ikke var i stand til ordentligt at vurdere de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999 inden for »det resterende korte tidsrum«, samt hvilke yderligere undersøgelser der ville have været nødvendige for at vurdere disse tilsagn, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen var fuldt ud i stand til at gennemgå disse tilsagn, og at dens afslag på at gøre det ikke kunne berettiges eller forklares af de særlige begrænsinger, der objektivt påhviler tjenestegrene i deres normale funktion.

108 Kommissionen har, selv om fristen for at udtale sig om Airtours-fusionen udløb den 5. oktober 1999, redegjort for grundene til, at udkastet til beslutning skulle være færdigt tirsdag den 21. september 1999 inden middag. Kommissionens praksis er nemlig at

forberede udkastet til beslutning til det møde i kollegiet for dens medlemmer, der afholdes ugen inden den uge, hvori fristen udløber, for at kunne tage hensyn til muligheden for, at et flertal ønsker ændringer. I det foreliggende tilfælde rådede Kommissionens tjenestegrene alene over 3½ arbejdsdag til at gennemgå de tilsagn, der blev afgivet onsdag den 15. september 1999, dvs. torsdag den 16., fredag den 17., mandag den 20. samt tirsdag formiddag den 21. september 1999. Henset til den omstændighed, at der stadig bestod betydelig usikkerhed, at der skulle gennemføres en ny markedsundersøgelse og en ny høring af Det Rådgivende Udvalg på 3½ dag, at de bemærkninger, som man modtog vedrørende den første markedsundersøgelse, var meget negative, at hele indholdet af den anden række af tilsagn burde have været indeholdt i de oprindelige tilsagn, og at sagsøgeren hverken anmodede om dispensation eller godtgjorde eksistensen af ekstraordinære omstændigheder, der berettiger hertil, har Kommissionen fundet, at de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999, ikke skulle behandles.

Om spørgsmålet, hvorvidt tilsagnene afgivet den 15. september 1999 var tilstrækkelige, samt om svaret på Rettens anmodning om fremlæggelse af dokumenter vedrørende bedømmelsen af dette spørgsmål

109 Som svar på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten traf, og som havde til formål at få oplyst, i hvilket omfang de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999, gjorde det muligt eller ej at imødegå de problemer, som Kommissionen havde identificeret på dette tidspunkt i proceduren, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen henviste til to problemer, nemlig behovet for en fjerde stor udbyder med mindst 10% af det relevante marked samt adgang for denne enhed til et distributionsnet. Disse to problemer blev løst ved de afgivne tilsagn: Den fjerde store udbyder (Cosmos med 800 000 solgte pakkerejser i 1998) ville modtage en andel på 700 000 pakkerejser — hvilket med 1,5 mio. ville udgøre 10% af det relevante marked, der i 1998 blev anslået til at udgøre 13,9 mio. passagerer — og First Choices distributionsnet ville blive tildelt virksomheden samt adgang til en del af sagsøgerens net for en femårig periode.

110 Kommissionen har gjort gældende, at den for det første fandt det nødvendigt at gøre det muligt at skabe en fjerde stor udbyder med adgang til et distributionsnet og for det andet at sikre opretholdelse af den konkurrence, som de små rejsearrangører skabte. Den har anført, at nødvendigheden heraf hovedsageligt fremgik af afgivne udtalelser fra de virksomheder og organisationer, der havde besvaret den markedsundersøgelse, som blev foretaget vedrørende den første række af tilsagn.

111 I den sammenhæng har Kommissionen gjort gældende, at de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999 (efter et møde med Kommissionen samme dag), var nye og væsentligt ændrede i forhold til de tidligere tilsagn, og at de ikke gav mulighed for et klart og endeligt svar på de problemer, der var identificeret på dette stadium. Kommissionen har anført, at selv om den således formelt forkastede de pågældende tilsagn af processuelle grunde, foretog den dog en indledende undersøgelse af disse tilsagn med henblik på at fastslå, om en høring af de berørte parter samt Det Rådgivende Udvalg kunne føre til et positivt resultat. Ifølge Kommissionen bestod der imidlertid fortsat en betydelig usikkerhed, og den kunne ikke med sikkerhed konkludere, at problemerne med skabelsen af en kollektivt dominerende stilling var løst.

112 I forbindelse med retsmødet den 29. april 2008 pålagde Retten i henhold til artikel 65, litra b), og artikel 67, stk. 3, tredje afsnit, i sit procesreglement Kommissionen at fremlægge alle de dokumenter, som den havde vedrørende bedømmelsen af de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999, og som blev udfærdiget mellem denne dato og datoen for Airtours-beslutningens vedtagelse, dvs. den 22. september 1999.

113 Som svar på dette krav fremlagde Kommissionen to dokumenter i forbindelse med retsmødet den 29. april 2008. Det første dokument er et udateret sagsnotat, der résumerer indholdet af de diskussioner, der fandt sted før og i forbindelse med det møde, som blev afholdt i Kommissionen den 15. september 1999 vedrørende tilsagnene og særligt de den 14. september 1999 uformelt foreslåede tilsagn. Det andet dokument er et notat dateret den 16. september 1999, udfærdiget af direktøren for Merger Task Force (herefter »MTF«) til det medlem af Kommissionen, der er ansvarlig for konkurrencespørgsmål, og hvori man drøfter de tilsagn, der blev afgivet den 15. september 1999, set fra en processuel synsvinkel og en materiel synsvinkel. Dette

andet dokument indeholder i det væsentlige, i præmis 11-13, indholdet af de indlæg, som Kommissionen afgav som svar på Rettens spørgsmål vedrørende bedømmelsen af tilsagnene.

114 Kommissionen fremlagde inden for den frist, der blev fastsat herfor af Retten, ligeledes andre dokumenter:

— et sagsnotat dateret den 16. september 1999, udfærdiget af en afdelingschef i MTF, som vedrører de principper, der finder anvendelse ved tilsagn, der afgives efter fristen

— et notat dateret den 17. september 1999 udfærdiget af den samme afdelingschef til en tjenestemand i generalsekretariatet samt en revideret version af dette notat, der indeholder teksten til den meddelelse, der skulle udsendes af det medlem af Kommissionen, der har ansvaret for konkurrence, og som henviser til den tvivl og usikkerhed vedrørende bedømmelsen af indholdet af de tilsagn, der blev tilbudt den 15. september 1999

— baggrundsnoter for Kommissionens medlem med ansvar for konkurrence-spørgsmål til brug under Kommissionens møde om udkast til Airtours-beslutningen, og som henviser til tvivl og usikkerhed for så vidt angår bedømmelsen af indholdet af de tilsagn, der blev foreslået den 15. september 1999

— et udkast til Airtours-beslutningen, som ikke henviser til bedømmelsen af indholdet af de tilsagn, der blev foreslået den 15. september 1999, men kun gør gældende, at disse tilsagn blev indgivet for sent

— et notat, der fastlægger visse standpunkter, med titlen »Defensive punkter — tilsagnstilbud«, udfærdiget af MTF til medlemmet af Kommissionen med ansvar for konkurrence med henblik på at fremlægge argumenter vedrørende bedømmelsen af indholdet af de tilsagn, der blev foreslået den 15. september 1999.

115 Sagsøgeren fremsatte inden for den af Retten fastsatte frist sine kommentarer vedrørende de forskellige dokumenter, som Kommissionen havde fremlagt som følge af Rettens anmodning herom.

b) Rettens bemærkninger

116 Fusionskontrol har til formål at give de omhandlede virksomheder den fornødne forudgående godkendelse for gennemførelse af enhver fusion med fællesskabsdimension. I forbindelse med denne kontrol kan virksomhederne foreslå tilsagn med henblik på at opnå en beslutning, der erklærer fusionen forenelig med fællesmarkedet.

117 Afhængigt af stadiet for den administrative procedure skal de afgivne tilsagn enten give Kommissionen mulighed for at fastslå, at den anmeldte fusion ikke længere rejser alvorlig tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet på tidspunktet for den indledende undersøgelse (artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89), eller mulighed for at kommentere de indsigelser, der blev rejst under den indgående undersøgelse (artikel 18, stk. 3, sammenholdt med artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89). Disse tilsagn gør det således først og fremmest muligt at undgå at indlede en indgående undersøgelsesfase og følgelig at undgå efterfølgende at vedtage en beslutning, der erklærer fusionen for uforenelig med fællesmarkedet.

118 Artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 giver nemlig Kommissionen mulighed for at ledsage en beslutning, der erklærer en fusion for forenelig med fællesmarkedet i henhold til det kriterium, der er fastsat i artikel 2, stk. 2, i forordningen, af betingelser og påbud med det formål at sikre, at de berørte virksomheder overholder de tilsagn, de afgav over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.

119 Henset såvel til betydningen af de økonomiske interesser og til den industrielle eller erhvervsmæssige betydning, der knytter sig til denne type transaktioner, som til de beføjelser, som Kommissionen har på området, må det forventes, at de berørte virksomheder gør alt, hvad de kan, for at gøre administrationens arbejde nemmere. Af samme grund er Kommissionen ligeledes forpligtet til at udvise den største omhyggelighed ved udøvelsen af sin fusionskontrol.

120 I det foreliggende tilfælde fremgår det af Airtours-beslutningen og af parternes svar på Rettens spørgsmål, at Kommissionen besluttede at indlede den indgående undersøgelse den 3. juni 1999. Den gav ligeledes sagsøgeren mulighed for at fremsætte sine bemærkninger vedrørende de indsigelser, der blev rejst af dens tjenestegrene, ved den 9. juli 1999 at fremsende denne en skrivelse med indsigelserne, og disse spørgsmål blev behandlet under det retsmøde, der afholdtes den 28. og 29. juli 1999. Med henblik på besvarelse af disse indsigelser afgav sagsøgeren den 19. august 1999 adskillige tilsagn over for Kommissionen. Oprindeligt tog de afgivne tilsagn kun sigte på opretholdelse af konkurrencen blandt de mindre rejsearrangører. Kommissionen tilkendegav imidlertid over for sagsøgeren, at genskabelsen af en fjerde stor udbyder kunne være en effektiv foranstaltning til imødegåelse af de på dette stadium identificerede problemer. Dette punkt blev behandlet af sagsøgeren i forbindelse med et møde, der blev afholdt med Kommissionen den 24. august 1999 vedrørende de den 19. august 1999 afgivne tilsagn. Det var følgelig genstand for den første række af tilsagn, der formelt blev afgivet den 7. september 1999 efter diskussion med Kommissionens tjenestegrene, samt den anden række af tilsagn, der ændrede de forudgående, og som formelt blev afgivet den 15. september 1999 efter et møde, der samme dag blev afholdt med Kommissionen.

121 Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen i betragtning 193 til Airtours-beslutningen har fastslået, at de tilsagn, der blev tilbudt den 15. september 1999, ikke blev taget i betragtning af dens tjenestegrene, idet de blev fremsat efter den frist på tre måneder, der er fastsat i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98 — en frist, der udløb den 7. september — i mangel af relevante ekstraordinære omstændigheder, og at det ikke var muligt at »foretage en ordentlig vurdering af dem inden for den korte tid, der var tilbage, før fristen efter fusionsfordningens artikel 10, stk. 3, udløb«, dvs. den 5. oktober 1999. Dette punkt er ikke bestridt af parterne.

122 Det er heller ikke bestridt af parterne, at sagsøgeren på eget initiativ den 15. september 1999 tilbød nye tilsagn til afløsning af dem, der blev tilbudt den 7. september 1999. Dette reviderede tilsagnstilbud blev udarbejdet på grundlag af de indsigelser, der blev identificeret i skrivelsen med indsigelserne, samt på grundlag af resultatet af den første markedsundersøgelse, som blev gennemført for de oprindelige tilsagn, med henblik på at imødegå de problemer med konkurrencen, som Kommissionen havde identificeret på dette stadium. Det er dette sidste tilsagnstilbud, der i det foreliggende tilfælde skal tages i betragtning.

123 Den omstændighed, at Retten erklærede den vurdering i Airtours-beslutningen, som Kommissionen foretog af fusionens virkninger på konkurrencen, for ulovlig, betyder ikke, at afslaget på at acceptere de tilsagn, der blev tilbudt den 15. september 1999, af denne grund er ulovlig. På det tidspunkt, som Retten underkaster sin analyse, var Airtours-beslutningen endnu ikke vedtaget, og sagsøgeren besluttede således af fri vilje og med fuldt kendskab til faktum at foreslå Kommissionen en løsning, der gjorde det muligt at imødegå de indsigelser, der blev identificeret, med henblik på at opnå en beslutning om forenelighed. Det er i denne sammenhæng, at det skal vurderes, om der skete en eventuel tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse ved analysen af de tilbudte tilsagn, og ikke i lyset af de oplysninger, der endnu ikke var kendt af parterne under diskussionen om tilsagnene.

124 I forbindelse med retsmødet den 29. april 2008 præciserede Kommissionen, at dens praksis på det i sagen relevante tidspunkt, nemlig i september 1999, vedrørende undersøgelse af tilsagn, der tilbydes efter fristen, var kun at acceptere sådanne tilsagn, såfremt de klart kunne imødegå indsigelserne, rejst på dette stadium, vedrørende fusionens forenelighed med konkurrencen på fællesmarkedet. Denne adfærd er i

overensstemmelse med den pligt til at udvise påpasselighed, som påhviler administrationen inden for rammerne af gennemførelsen af den beslutningskompetence, som den tildeles i medfør af artikel 8, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89 (jf. præmis 49 ovenfor).

125 Ifølge de tilkendegivelser, som Kommissionen er kommet med som svar på et spørgsmål fra Retten vedrørende dette punkt, har den fremhævet, at dens oprindelige tilgang — der var relativt imødekommende og forsonlig — hurtigt viste sin begrænsing. De berørte virksomheder havde en tendens til at vente til sidste øjeblik med at tilbyde deres tilsagn, og dette truede med at hindre en korrekt gennemførelse af beslutningsproceduren for fusionskontrol, idet Kommissionen herved blev forhindret i at undersøge disse tilsagn og i at forhøre sig hos tredjeparter og repræsentanter for medlemsstaterne på ordentlig vis. Med virkning fra den 27. maj 1998 besluttede Kommissionen at anvende fristen på tre måneder i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98 mere håndfast og alene at undersøge for sent tilbudte tilsagn i de tilfælde, hvor den var i stand til at foretage en forsvarlig vurdering.

126 Denne praksis blev i øvrigt efterfølgende gentaget i dens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98 (EFT 2001 C 68, s. 3), med henblik på at gøre rede for den lære, man havde draget af de indvundne erfaringer vedrørende tilsagn siden ikrafttrædelsen af forordning nr. 4064/89. Meddelelsen anfører i punkt 43, at Kommissionen indvilger i at undersøge ændrede tilsagn, der forelægges for den efter fristen i forordning nr. 447/98, »hvis den — på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, der allerede er modtaget under undersøgelsen, herunder resultaterne af forudgående markedsundersøgelser, og uden at der er behov for endnu en markedsundersøgelse — klart kan påvise, at når først sådanne tilsagn er gennemført, vil de løse de påviste konkurrenceproblemer og give tilstrækkelig tid til en grundigere høring af medlemsstaterne«.

127 I en sag om en fusion, der blev anmeldt i 2004, fastslog Retten, at det fulgte af denne meddelelse, hvori Kommissionen frivilligt havde forpligtet sig, at parterne i en anmeldt fusion kan regne med, at Kommissionen tager hensyn til deres for sent fremlagte

tilsagn, såfremt to betingelser er opfyldt, nemlig dels, at disse tilsagn klart og uden, at det er nødvendigt med yderligere undersøgelser, løser de i forvejen påviste konkurrenceproblemer, dels at der er tilstrækkelig tid til at høre medlemsstaterne om disse tilsagn (Rettens dom af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 162 og 163).

128 Det skal konstateres — hvilket ganske vist afviger fra, hvad der er anført i Airtours-beslutningen — at Kommissionen ikke forkastede tilsagnene af 15. september 1999 uden at vurdere, om de var i stand til at svare klart på de indsigelser, der blev rejst på dette stadium i proceduren.

129 De dokumenter, der blev forelagt som svar på Rettens anmodning, redegør for grundende til, at Kommissionen fandt, at disse tilsagn ikke var tilstrækkelige til at kunne imødegå indsigelserne. Notatet af 16. september 1999 fra direktøren for Merger Task Force (MTF) samt notatet for de defensive punkter udarbejdet af MTF til medlemmet af Kommissionen med ansvar for konkurrence henviser således til Kommissionens tvivl angående påstanden om, at markedsandelen for den nye gruppe, som sagsøgeren foreslog, den fjerde store udbyder, var på 10%. Ikke alene var First Choices markedsandel større end markedsandelen hos den fjerde store udbyder, foreslået af sagsøgeren som erstatning, men derudover, og navnlig, blev dette tal nået ved at antage, at Cosmos, der var en af enhederne i denne fjerde store udbyder, ville få en betydelig intern vækst fra det ene år til det andet (fra 0,55 mio. solgte ferier i 1998/1999 til 0,8 mio. solgte ferier i 1999/2000, altså 45% på et år). En sådan intern vækst var imidlertid svært opnåelig, henset til markedssituationen. I disse dokumenter nævnes ligeledes tvivl og usikkerhed om adskillige punkter, såsom den nøjagtige form af de pakkerejser, der skulle overføres til den nye aktivitet, den interesse, som Cosmos, der ikke anså anvendelsen af en rejsebureaukæde for meget betydende, måtte have i fortsat at anvende First Choices rejsebureaukæde samt Cosmos uafhængighed i forhold til de tre væsentligste operatører, der var tilbage på markedet efter fusionen, og som købte de fleste af de flysæder, som Cosmos solgte. De tilsagn, der blev tilbudt den 15. september 1999, blev således rent faktisk undersøgt af Kommissionens tjenestegrene, som fremhævede adskillige forhold, der rejste tvivl om, hvorvidt de kunne imødegå de indsigelser, der var rejst på dette stadium af proceduren.

130 Den omstændighed, at Kommissionen i Airtours-beslutningen ikke henviser til den analyse, som dens tjenestegrene gennemførte af de tilsagn, der blev tilbudt den 15. september 1999, er ikke til hinder for, at Retten kan tage de relevante og tilstrækkeligt overbevisende dokumenter i betragtning, der er blevet fremlagt herom i denne sag, og som på tilstrækkelig vis godtgør analysens rigtighed.

131 Uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om Kommissionen havde mulighed for inden for det tidsrum, der var til rådighed, at behandle de den 15. september 1999 foreslåede ændrede tilsagn, fremgår det af det ovenstående, at disse tilsagn ikke klart imødegik de på dette stadium rejste indsigelser angående fusionens forenelighed med konkurrencen på fællesmarkedet. Kommissionens adfærd havde således ikke til følge, at sagsøgeren blev frataget enhver mulighed for at få erklæret fusionen forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen tilsidesatte således ikke sin pligt til at udvise agtpågivenhed på dette punkt.

132 Kommissionen har derfor ikke foretaget en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, som kan føre til, at Fællesskabet ifalder ansvar i forbindelse med analysen af de tilsagn, der blev foreslået af sagsøgeren ved afslutningen af den administrative procedure.

133 Herefter bør Kommissionen frifindes.

134 De forskellige begæringer om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som sagsøgeren har fremsat med henblik på at komme i besiddelse af visse dokumenter eller med henblik på afklaring af faktiske eller processuelle omstændigheder, må også forkastes. På grundlag af svarene på de spørgsmål, der blev stillet til parterne, og efter en undersøgelse af de dokumenter, som Kommissionen fremlagde vedrørende analysen af tilsagnene af 15. september 1999 (jf. præmis 113 og 114 ovenfor), må det fastslås, at de

begærede foranstaltninger ikke er nødvendige for at kunne træffe afgørelse i nærværende retssag, og at begæringerne følgelig ikke kan efterkommes.

Sagens omkostninger

135 Ifølge artikel 87, stk. 2 i procesreglementet pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten dog fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

136 I det foreliggende tilfælde bemærker Retten, at Kommissionen i Airtours-beslutningen forklarede, at den ikke behandlede de tilsagn, der blev fremlagt af sagsøgeren den 15. september 1999, fordi de blev fremlagt for sent. Dermed kunne sagsøgeren i lighed med Retten tro, at disse ændrede tilsagn, der blev fremlagt efter et møde med Kommissionens tjenestegrene, og som ændrede det oprindelige forslag om tilsagn, af rent processuelle grunde ikke blev behandlet af institutionen. Det fremgår imidlertid af de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse og bevisoptagelse, som Retten traf bestemmelse om, dels i forbindelse med forberedelsen af retsmødet, og dels ved selve retsmødet, at Kommissionens tjenestegrene ikke alene udelukkede de den 15. september 1999 foreslåede tilsagn som for sent fremsatte, men at de ligeledes foretog en foreløbig gennemgang af disse tilsagn og konkluderede, at de ikke var tilstrækkelige på det pågældende stadium.

137 Den omstændighed, at Kommissionen godtgjorde, at der af dens tjenestegrene i overensstemmelse med dens praksis på daværende tidspunkt faktisk blev foretaget en

passende undersøgelse af de tilsagn, der blev forelagt den 15. september 1999, hvilket er et afgørende punkt ved løsningen af tvisten, blev først erfaret af sagsøgeren og Retten på et meget sent stadium af behandlingen af retssagen.

138 Det er så meget mere beklageligt, at denne information først sent blev kendt, som sagsøgeren ved adskillige lejligheder under denne sag samt under sagen T-403/05 (jf. præmis 18 ovenfor) anmodede Kommissionen om fremsendelse af alle dokumenter, der kunne give selskabet mulighed for at gøre sine argumenter gældende for Retten. Selv om det som udgangspunkt må fastslås, at de pågældende dokumenter ikke er af en karakter, der berettiger en part i en fusion til at få adgang til disse inden for rammerne af en administrativ procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 eller en borger til at få adgang dertil efter anmodning herom i henhold til forordning nr. 1049/2001, forholder det sig ikke desto mindre således, at disse dokumenter var vigtige for sagsøgerens mulighed for at fremføre sine argumenter inden for rammerne af nærværende sag samt for Rettens bedømmelse af, om Fællesskabet ifaldt ansvar uden for kontrakt.

139 Det følger af det anførte, også selv om det ikke har haft indvirkning på nærværende sag, for så vidt som der er givet adgang til kontradiktion vedrørende dokumenterne, at de dokumenter, der blev fremlagt under retsmødet den 29. april 2008 samt efterfølgende, skulle have været fremlagt i forbindelse med Kommissionens indgivelse af dens svarskrift, hvori Kommissionen både bestrider, at anbringendet om tilstedeværelsen af en eventuel ulovlighed begået på tidspunktet for analysen af tilsagnene kan antages til realitetsbehandling, og bestrider realiteten af samme anbringende. Retten finder følgelig, at rimelig bedømmelse af omstændighederne i sagen tilsiger, at Kommissionen bør bære sine egne omkostninger.

140 Ifølge artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland bærer følgelig sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) MyTravel Group plc bærer sine egne omkostninger.

3) Kommissionen bærer sine egne omkostninger.

4) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. september 2008.

E. Coulon J. Azizi

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

De faktiske omstændigheder i tvisten . . . . . II - 1974

Retsforhandlinger og parternes påstande . . . . . II - 1977

Retlige bemærkninger . . . . . II - 1981

A — Indledende bemærkninger om betingelserne for Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold . . . . . II - 1981

1. Parternes generelle argumentation . . . . . II - 1982

a) Om begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse . . . . . II - 1982

b) Om begrebet bestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder II - 1983

2. Rettens bemærkninger . . . . . II - 1983

a) Om begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse . . . . . II - 1984

b) Om begrebet regler, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder . . . . II - 1986

B — Om tilstedeværelsen af en »tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse« på tidspunktet for Kommissionens bedømmelse af Airtours/First Choice-fusionens virkninger på konkurrencen i fællesmarkedet . . . . . II - 1989

1. Parternes argumenter . . . . . II - 1989

a) Pligten til at anerkende det begrænsede anvendelsesområde for artikel 2 i forordning nr. 4064/89 . . . . . II - 1990

b) Om forpligtelsen til at fastlægge markedssituationen uden en fusion . . . . . II - 1991

c) Pligten til at godtgøre opfyldelsen af betingelserne for stiltiende aftale . . . . II - 1992

Om de ustabile markedsandele . . . . . II - 1993

Om den ustabile efterspørgsel . . . . . II - 1993

Om den lave vækst i efterspørgslen . . . . . II - 1994

Om markedets gennemsigtighed . . . . . II - 1995

Om pligten til at undersøge tilstedeværelsen af afskrækkelsesfaktorer . . . . . II - 1997

Om pligten til at tillægge aktuelle og potentielle konkurrenter og forbrugeres reaktion betydning . . . . . II - 1998

d) Om den kumulative virkning af tilfældene af manglende hensyntagen til bevismaterialet og den mangelfulde begrundelse . . . . . II - 1999

2. Rettens bemærkninger . . . . . II - 2000

a) Om argumentet vedrørende pligten til at anerkende det begrænsede anvendelsesområde for artikel 2, i forordning nr. 4064/89 . . . . . II - 2000

b) Om argumenterne vedrørende pligten til at fastlægge markedssituationen uden en fusion samt pligten til at godtgøre betingelserne for en stiltiende aftale II - 2001

c) Om argumenterne vedrørende den kumulative virkning af tilfældene af manglende hensyntagen til bevismaterialet og den mangelfulde begrundelse . II - 2007

C — Om den eventuelle ulovlighed begået på tidspunktet for analysen af tilsagnene . . . II - 2009

1. Om spørgsmålet, hvorvidt argumentationen om en eventuel ulovlighed begået på tidspunktet for behandlingen af tilsagnene kan antages til realitetsbehandling . . II - 2009

a) Parternes argumenter . . . . . II - 2009

b) Rettens bemærkninger . . . . . II - 2010

2. Om realiteten . . . . . II - 2011

a) Parternes argumenter . . . . . II - 2011

Om argumentationen i parternes skriftlige indlæg . . . . . II - 2011

Om muligheden for at undersøge tilsagnene af 15. september 1999 inden for fristen . . . . . II - 2012

Om spørgsmålet, hvorvidt tilsagnene afgivet den 15. september 1999 var tilstrækkelige, samt om svaret på Rettens anmodning om fremlæggelse af dokumenter vedrørende bedømmelsen af dette spørgsmål . . . . . II - 2013

b) Rettens bemærkninger . . . . . II - 2016

Sagens omkostninger . . . . . II - 2022