SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata)

9 settembre 2008 *

Nella causa T-212/03,

MyTravel Group plc, con sede in Rochdale, Lancashire (Regno Unito), rappresentata dai sigg. D. Pannick, QC, M. Nicholson e dalla sig.ra S. Cardell, solicitors, e dai sigg. A. Lewis, barrister, e R. Gillis, QC,

ricorrente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata inizialmente dai sigg. R. Lyal, A. Whelan e P. Hellström, successivamente dai sigg. Lyal e F. Arbault, in qualità di agenti,

convenuta,

sostenuta da

Repubblica federale di Germania, rappresentata dai sigg. W.-D. Plessing e M. Lumma, in qualità di agenti,

interveniente,

* Lingua processuale: l'inglese.

avente ad oggetto un ricorso per risarcimento dei danni che la ricorrente afferma di avere subito a causa di vizi della procedura di controllo della compatibilità con il mercato comune dell'operazione di concentrazione conclusa tra la stessa ricorrente e la First Choice plc,

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE
(Terza Sezione ampliata),

composto dai sigg. J. Azizi, presidente, J. D. Cooke, dalle sig.re E. Cremona, I. Labucka e dal sig. S. Frimodt Nielsen (relatore), giudici,

cancelliere: sig.ra C. Kantza, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 29 aprile e 20 maggio 2008,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti all'origine della controversia

1 Il 29 aprile 1999 la ricorrente, il tour operator britannico Airtours plc, divenuta in seguito MyTravel Group plc, rendeva pubblica l'intenzione di acquisire sul mercato borsistico l'intero capitale della First Choice plc, uno dei suoi concorrenti nel Regno Unito. Lo stesso giorno la ricorrente notificava alla Commissione tale progetto di

concentrazione al fine di ottenere una decisione di autorizzazione sulla base del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (versione rettificata pubblicata in GU 1990, L 257, pag. 13), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1).

2 Il 3 giugno 1999 la Commissione, avendo ritenuto che l'operazione di concentrazione ponesse gravi dubbi per quanto riguardava la sua compatibilità con il mercato comune, dava corso alla procedura di esame approfondito di cui all'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89.

3 Il 9 luglio 1999 la Commissione inviava alla ricorrente una comunicazione degli addebiti ai sensi dell'art. 18 del regolamento n. 4064/89, nella quale essa spiegava le ragioni per le quali riteneva, a prima vista, che l'operazione prospettata avrebbe creato una posizione dominante collettiva nel mercato britannico dei pacchetti vacanza all'estero con destinazioni a corto raggio. La ricorrente rispondeva a tale comunicazione degli addebiti il 25 luglio 1999.

4 Il 6 settembre 1999 la Commissione invitava i terzi interessati ad esprimere il loro parere su una serie di proposte di impegni presentata dalla ricorrente, che venivano formalizzate da quest'ultima il 7 settembre 1999. Detti terzi dovevano rispondere entro l'8 settembre 1999 e le loro risposte non consentivano alla Commissione di fugare le sue preoccupazioni.

5 Il 9 settembre 1999 la maggioranza dei membri del comitato consultivo in materia di concentrazioni riteneva che gli impegni presentati dalla ricorrente non fossero tali da risolvere i problemi di concorrenza rilevati in quella fase dalla Commissione.

6 Gli impegni sopra menzionati erano stati presentati entro il termine di tre mesi a decorrere dall'apertura della procedura di esame approfondito, previsto dall'art. 18, n. 2, del regolamento (CE) della Commissione 1° marzo 1998, n. 447, relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (GU L 61, pag. 1), per consentire alle imprese interessate di sottoporre alla Commissione gli impegni che intendevano far prendere in considerazione in una decisione fondata sull'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89. Tale termine di tre mesi scadeva il 7 settembre 1999.

7 Il 14 settembre 1999 la ricorrente comunicava alla Commissione una nuova serie di proposte di impegni ispirata alla precedente. Il 15 settembre 1999 la Commissione organizzava una riunione per discutere tali proposte, a seguito della quale la ricorrente presentava alla Commissione una proposta con cui formalizzava gli impegni rivisti.

8 Il 16 settembre 1999 la ricorrente chiedeva una proroga del termine di tre mesi di cui all'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98, che può essere accordata dalla Commissione in casi eccezionali. Nella fattispecie la ricorrente invocava tre casi eccezionali ai sensi di detta disposizione: le difficoltà inerenti alla ricerca di una soluzione adeguata; il fatto di avere perseguito un dialogo costruttivo durante il procedimento amministrativo; il rinnovo in corso della Commissione.

9 Il 22 settembre 1999, vale a dire quindici giorni prima della scadenza del termine legale di quattro mesi a decorrere dall'avvio della procedura di esame approfondito, previsto all'art. 10, n. 3, del regolamento n. 4064/89 quale termine massimo per l'adozione di una decisione a norma dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 4064/89 — che scadeva il 5 ottobre 1999 — la Commissione dichiarava tale operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE mediante decisione 2000/276/CE (Caso IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (GU L 93, pag. 1; in prosieguo: la «decisione Airtours»).

10 Al centonovantatreesimo 'considerando' della decisione Airtours la Commissione affermava che detta impresa aveva presentato gli impegni in una fase già molto avanzata del procedimento, il 15 settembre 1999. Essa rilevava inoltre che tali impegni non contenevano elementi che la ricorrente non avrebbe potuto inserire in impegni presentati entro il termine di tre mesi previsto all'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98, che la ricorrente non aveva avanzato ragioni che potessero essere considerate come «circostanze eccezionali» atte a far nuovamente decorrere tale termine di tre mesi ai sensi della citata disposizione e che essa stessa non disponeva più di tempo sufficiente per esaminare tali impegni in modo soddisfacente.

11 La ricorrente proponeva un ricorso di annullamento contro la decisione Airtours. Con sentenza 6 giugno 2002, causa T-342/99, Airtours/Commissione (Racc. pag. II-2585; in prosieguo: la «sentenza Airtours»), il Tribunale annullava detta decisione dichiarando fondato il terzo motivo, vertente sulla legittimità della valutazione operata dalla Commissione in ordine agli effetti dell'operazione Airtours/First Choice sulla concorrenza nel mercato comune, senza ritenere necessario esaminare il quarto motivo, concernente la legittimità della valutazione degli impegni presentati durante il procedimento amministrativo operata dalla Commissione.

Procedimento e conclusioni delle parti

12 Con atto depositato il 18 giugno 2003, la ricorrente ha proposto il ricorso in esame.

13 Con decisione 22 luglio 2003 la causa è stata assegnata a una sezione ampliata.

14 Con ordinanza 13 novembre 2003 la Repubblica federale di Germania è stata autorizzata ad intervenire nella causa a sostegno delle conclusioni della Commissione.

15 Con lettera 22 marzo 2004 la Commissione ha chiesto al Tribunale di imporre alla ricorrente di prestare garanzia per l'eventuale pagamento delle spese della Commissione, per un importo di EUR 1,5 milioni. Il Tribunale ha informato la Commissione che tale garanzia era priva di fondamento normativo.

16 Con lettera 14 luglio 2004 la ricorrente ha chiesto al Tribunale di adottare misure di organizzazione del procedimento affinché le fosse trasmessa la relazione del gruppo di lavoro istituito dalla Commissione per valutare le ripercussioni della sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, nonché i documenti citati in detta relazione. Con lettera 9 dicembre 2004 la Commissione ha esposto le proprie osservazioni su tale domanda, nelle quali ha rilevato che detti documenti potevano formare oggetto di una domanda ai sensi del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, n. 1049, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145, pag. 43).

17 A seguito di tale domanda di accesso ai documenti, la ricorrente, con lettera 9 gennaio 2006, ha nuovamente chiesto al Tribunale di adottare misure di organizzazione del procedimento nell'ambito del presente ricorso al fine, in particolare, di ordinare alla Commissione di divulgare la relazione del gruppo di lavoro e i relativi documenti. Nella medesima lettera la ricorrente proponeva inoltre di limitare la questione della valutazione dei danni di cui chiedeva il risarcimento al periodo di tre anni intercorso tra la decisione Airtours e la sentenza Airtours, citata supra, al punto 11. Con lettera 17 febbraio 2006 la Commissione ha presentato le sue osservazioni su tale seconda richiesta.

18 Parallelamente, con decisioni 5 settembre e 12 ottobre 2005, la Commissione ha rifiutato di accordare alla ricorrente l'accesso ai sensi del regolamento n. 1049/2001 a taluni documenti preparatori della decisione Airtours e a documenti redatti dai suoi servizi dopo l'annullamento di tale decisione disposto con la sentenza Airtours, citata supra, al punto 11. La ricorrente ha proposto un ricorso d'annullamento contro tali decisioni (causa T-403/05, MyTravel Group/Commissione).

19 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Terza Sezione ampliata) ha deciso di passare alla fase orale e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento, le parti sono state invitate a rispondere per iscritto ad una serie di quesiti.

20 Con lettera della Repubblica federale di Germania 25 febbraio 2008 e con lettere della ricorrente e della Commissione 14 marzo 2008, le parti hanno presentato le loro risposte ai quesiti del Tribunale.

21 Le difese svolte dalle parti e le loro risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite nel corso dell'udienza del 29 aprile e 20 maggio 2008.

22 Durante la trattazione orale del 29 aprile 2008 il Tribunale ha ordinato alla Commissione, ai sensi degli artt. 65, lett. b), e 67, n. 3, terzo comma, del proprio regolamento di procedura, di produrre tutti i documenti in suo possesso relativi alla valutazione degli impegni presentati il 15 settembre 1999, redatti fra tale data e quella in cui è stata adottata la decisione Airtours, vale a dire il 22 settembre 1999.

23 La Commissione ha ottemperato a tale richiesta producendo due documenti in occasione dell'udienza del 29 aprile 2008 e vari altri documenti in seguito alla stessa.

24 Nel termine previsto a tale scopo dal Tribunale, la ricorrente ha presentato le proprie osservazioni sui vari documenti prodotti dalla Commissione in ottemperanza alla richiesta del Tribunale.

25 Inizialmente, la ricorrente chiedeva che il Tribunale volesse, in particolare, condannare la Comunità a versarle GBP 517 900 000 a titolo di risarcimento dei seguenti danni: la perdita degli utili della First Choice, la perdita delle economie imputabili alle sinergie e le spese relative alla mancata offerta, previa detrazione delle spese afferenti al successo dell'offerta stessa.

26 Tale capo delle conclusioni è stato modificato durante il procedimento dinanzi al Tribunale, in considerazione, segnatamente, degli elementi forniti nella replica alla memoria difensiva, nella lettera inviata al Tribunale il 9 gennaio 2006 (v. supra, punto 17), nonché durante l'udienza tenutasi il 20 maggio 2008, alla quale erano presenti i periti nominati dalla ricorrente e dalla Commissione.

27 La ricorrente chiede, in definitiva, che il Tribunale voglia:

— condannare la Comunità a versarle la somma determinata dal Tribunale, nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione degli elementi presentati dalle parti, a risarcimento dei danni subiti nel periodo intercorso tra l'adozione della decisione Airtours (22 settembre 1999) e il momento in cui essa avrebbe potuto, in linea di principio, acquisire la First Choice a seguito della sentenza Airtours (stimato al 31 ottobre 2002);

— ordinare che gli interessi relativi a detto risarcimento vengano calcolati a decorrere dalla data della sentenza che dichiara l'obbligo di risarcire i danni nella presente causa, al tasso dell'8% annuo o a qualsiasi altro tasso fissato dal Tribunale nell'esercizio del suo potere discrezionale;

— condannare la Commissione alle spese.

28 La Commissione, sostenuta dalla Repubblica federale di Germania, chiede che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso;

— condannare la ricorrente alle spese.

In diritto

A — *Considerazioni preliminari sulle condizioni cui è subordinato il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità*

29 In via preliminare, il Tribunale ritiene opportuno esaminare gli argomenti delle parti relativi alle condizioni cui è subordinato il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità, e più in particolare la condizione secondo cui il comportamento illegittimo delle istituzioni comunitarie deve integrare una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, nonché all'esistenza di un'asserita simmetria tra il ricorso di annullamento e il ricorso per responsabilità extracontrattuale.

1. *Argomenti generali delle parti*

30 Le parti concordano sulla definizione delle condizioni cui è subordinato il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità riferendosi alla sentenza della Corte 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, Bergaderm e Goupil/Commissione (Racc. pag. I-5291; in prosieguo: la «sentenza Bergaderm»), ma dissentono sul significato da attribuire alla condizione concernente l'individuazione di un «comportamento illecito» in presenza di una sentenza di annullamento, nonché sull'importanza da attribuire alle carenze rilevate dal Tribunale nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, nell'ambito del presente procedimento.

a) Sulla nozione di violazione sufficientemente qualificata

31 La ricorrente fa valere, in via principale, che la violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli richiesta in materia di responsabilità extracontrattuale è equiparabile all'errore manifesto di valutazione definito in una sentenza di annullamento. Pertanto, il Tribunale avrebbe tenuto in debito conto il potere discrezionale della Commissione allorché ha deciso di annullare la decisione Airtours in ragione degli errori commessi da detta istituzione, e tale analisi sarebbe di per sé sufficiente per constatare l'esistenza di un comportamento illegittimo ai sensi dell'art. 288 CE.

32 La Commissione, sostenuta dalla Repubblica federale di Germania, respinge tale argomento fondato sulla simmetria tra ricorso di annullamento e responsabilità extracontrattuale, in quanto una sentenza di annullamento non è sufficiente a dimostrare una violazione sufficientemente qualificata ai sensi della sentenza Bergaderm, citata supra, al punto 30.

b) Sulla nozione di norma preordinata a conferire diritti ai singoli

33 Per fare valere l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli ai sensi della sentenza Bergaderm, citata supra, al punto 30, la ricorrente invoca sostanzialmente l'art. 2 del regolamento n. 4064/89, che definisce i criteri sulla cui base la Commissione deve dichiarare una concentrazione compatibile o incompatibile con il mercato comune. Detta disposizione conferirebbe diritti ai singoli ai sensi della sentenza Bergaderm, citata supra, al punto 30, in quanto le decisioni adottate su tale fondamento ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 4064/89 riguardano l'operazione notificata. In mancanza di una decisione di compatibilità da parte della Commissione, il soggetto che ha notificato l'operazione di cui trattasi non potrebbe realizzare l'operazione e ciò lederebbe la sua libertà di impresa. Il regolamento n. 4064/89 andrebbe collocato nel contesto del Trattato CE, che si fonda sul liberalismo economico ed è inteso a favorire l'integrazione del mercato comune. Inoltre, la ricorrente sostiene che la Commissione deve conformare la propria condotta al principio di buona amministrazione e all'obbligo di diligenza, che conferiscono diritti ai singoli.

34 La Commissione sostiene che l'art. 2 del regolamento n. 4064/89 non costituisce di per sé una norma giuridica diretta a tutelare i singoli, bensì una norma giuridica che enuncia i criteri in base ai quali un'operazione di concentrazione dev'essere dichiarata compatibile o incompatibile con il mercato comune nell'interesse dei consumatori. Le norme dirette a garantire la tutela dei singoli sarebbero quelle che, come l'obbligo di diligenza, disciplinano il comportamento della Commissione allorché essa applica disposizioni analoghe all'art. 2 del regolamento n. 4064/89.

2. *Giudizio del Tribunale*

35 Come risulta da una giurisprudenza costante, in forza dell'art. 288, secondo comma, CE, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità per comportamento

illecito dei suoi organi presuppone che siano soddisfatte varie condizioni, vale a dire l'illiceità del comportamento di cui si fa carico all'istituzione, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento fatto valere e il danno lamentato (sentenza della Corte 29 settembre 1982, causa 26/81, Oleifici Mediterranei/CEE, Racc. pag. 3057, punto 16, e sentenza del Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-383/00, Beamglow/Parlamento e a., Racc. pag. II-5459, punto 95).

36 Se una di tali condizioni non è soddisfatta, le pretese risarcitorie vanno disattese, senza che occorra esaminare gli altri due presupposti (sentenza della Corte 15 settembre 1994, causa C-146/91, KYDEP/Consiglio e Commissione, Racc. pag. I-4199, punto 81, e sentenza del Tribunale 20 febbraio 2002, causa T-170/00, Förde-Reederei/Consiglio e Commissione, Racc. pag. II-515, punto 37).

a) Sulla nozione di violazione sufficientemente qualificata

37 Quando, come nel caso di specie, venga invocata l'illegittimità di un atto giuridico quale fondamento dell'azione per risarcimento dei danni, tale illegittimità, per potere essere idonea a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità, deve integrare una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli. A tale riguardo, il criterio decisivo è quello della violazione grave e manifesta, da parte di un'istituzione comunitaria, dei limiti del suo potere discrezionale [sentenze della Corte Bergaderm, cit. al punto 30 supra, punti 42 e 43, e 19 aprile 2007, causa C-282/05 P, Holcim (Deutschland)/Commissione, Racc. pag. I-2941, punto 47].

38 Il regime sviluppato dalla Corte in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità tiene segnatamente conto della complessità delle situazioni da disciplinare, delle difficoltà di applicazione o interpretazione dei testi e, più in particolare, del

margine di valutazione discrezionale rimesso all'autore dell'atto controverso [sentenze Bergaderm, cit. al punto 30 supra, punto 40, e Holcim (Deutschland)/Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 50)].

39 Nell'ipotesi in cui l'istituzione in questione disponga solamente di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario [sentenze Bergaderm, cit. al punto 30 supra, punto 44, e Holcim (Deutschland)/Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 47]. Lo stesso vale quando l'istituzione convenuta proceda ad un'applicazione distorta delle pertinenti norme sostanziali o procedurali (v., in tal senso, sentenza della Corte 14 luglio 1967, cause riunite 5/66, 7/66 e da 13/66 a 24/66, Kampffmeyer e a./Commissione, Racc. pagg. 288, 307 e 308).

40 A seguito di una misura di organizzazione del procedimento, con cui il Tribunale chiedeva alle parti di esprimere il loro parere in merito agli effetti sul presente giudizio della sentenza 11 luglio 2007, causa T-351/03, Schneider Electric/Commissione (Racc. pag. II-2237, attualmente in fase di impugnazione, causa C-440/07 P, Commissione/Schneider Electric), in particolare alla luce dei principi stabiliti dalla sentenza Bergaderm, citata supra, al punto 30, le parti hanno ammesso che, secondo la giurisprudenza, la nozione di violazione sufficientemente qualificata non include gli errori o i vizi che, pur presentando un grado di gravità certo, non siano estranei al normale comportamento di un'istituzione incaricata di vigilare sull'applicazione delle regole di concorrenza, le quali sono complesse, delicate e soggette ad un importante margine interpretativo.

41 Interrogata su questo punto durante l'udienza del 29 aprile 2008, la ricorrente ha inoltre affermato che il fatto che il Tribunale avesse annullato la decisione Airtours — considerando che l'analisi prospettica della situazione della concorrenza ivi esposta, lungi dall'essere fondata su prove solide, era viziata da una serie di errori di valutazione relativi ad elementi rilevanti ai fini della valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva — non era sufficiente, di per sé, a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità, in quanto la giurisprudenza relativa ai ricorsi per risarcimento richiedeva altri criteri.

42 Infatti, qualora si accogliesse la tesi opposta, equiparando senza un'ulteriore analisi l'annullamento stabilito dalla sentenza Airtours, citata al punto 11 supra, ad una violazione sufficientemente qualificata come definita nella sentenza Bergaderm, citata al punto 30 supra, rischierebbe di essere compromessa la capacità della Commissione di esercitare pienamente la funzione di regolatore della concorrenza affidatale dal Trattato CE a causa dell'effetto inibitorio sul controllo delle concentrazioni che potrebbe produrre il rischio di dover risarcire i danni lamentati dalle imprese interessate in tali circostanze.

43 Per tenere conto di tale effetto, contrario all'interesse generale comunitario, non si può ritenere che la violazione di un obbligo di legge che, per quanto deplorevole, possa essere spiegata con i vincoli oggettivi a carico dell'istituzione e dei suoi agenti in materia di controllo delle concentrazioni, configuri una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario ai fini del sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità. Per contro, sussiste il diritto al risarcimento dei danni derivanti da un comportamento dell'istituzione qualora questo si traduca in un atto manifestamente contrario alla norma di diritto e gravemente pregiudizievole per gli interessi di soggetti terzi che non possa trovare né giustificazione né spiegazione nei particolari vincoli che si impongono oggettivamente all'istituzione nel suo normale funzionamento.

b) Sulla nozione di norme preordinate a conferire diritti ai singoli

44 In primo luogo, la ricorrente lamenta la violazione delle norme sostanziali applicate dalla Commissione nella decisione Airtours per dimostrare il proprio diritto al risarcimento.

45 Si tratta, da un lato, dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, secondo cui «[l]e operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune». Se tale criterio è soddisfatto, la Commissione deve adottare una

decisione sulla base dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 4064/89 per dichiarare tale concentrazione incompatibile con il mercato comune.

46 Si tratta, dall'altro lato, dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, secondo cui «[l]e operazioni di concentrazione che non creano o non rafforzano una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune». Se tale criterio è soddisfatto, la Commissione deve adottare una decisione sulla base dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 per dichiarare tale concentrazione compatibile con il mercato comune. Detta decisione potrà essere eventualmente corredata di condizioni e oneri intesi a garantire che le imprese interessate rispettino gli impegni che hanno assunto nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune.

47 Al pari dell'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, che riguarda l'ipotesi di una decisione di autorizzazione, l'art. 2, n. 3, di detto regolamento, che riguarda l'ipotesi di una decisione di divieto, va interpretato alla luce dell'art. 2, n. 1, del medesimo regolamento, che indica gli elementi di cui la Commissione deve concretamente tenere conto per valutare la compatibilità o l'incompatibilità con il mercato comune di un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria.

48 Lette congiuntamente, tali disposizioni sono preordinate a conferire diritti ai singoli, nel senso che la Commissione, quando le viene comunicata un'operazione di concentrazione a norma del regolamento n. 4064/89, è tenuta, in linea di principio, a prendere posizione, autorizzando tale operazione o vietandola in base alla sua valutazione dell'evoluzione economica più probabile attribuibile all'operazione controversa. Pertanto, se sussistono le condizioni enunciate all'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, un'impresa che abbia notificato un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria ha il diritto a che tale operazione sia dichiarata

compatibile con il mercato comune. Detta impresa non può invece realizzare l'operazione in mancanza dell'autorizzazione della Commissione (v. art. 7, n. 1, del regolamento n. 4064/89) e una decisione di divieto adottata sulla base dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 comporta gravi conseguenze. Tale intervento della Comunità nella vita economica, che impone ad un'impresa di ottenere un'autorizzazione prima di realizzare la concentrazione progettata e obbliga la Commissione a vietare la realizzazione di tale operazione qualora essa risulti incompatibile con il mercato comune, implica necessariamente che le imprese alle quali viene negata l'autorizzazione possano chiedere di essere risarcite per le conseguenze pregiudizievoli di tale decisione quando quest'ultima si riveli fondata su una violazione sufficientemente qualificata delle norme sostanziali applicate dalla Commissione per valutare la compatibilità dell'operazione controversa con il mercato comune.

49 In secondo luogo, la ricorrente fa valere l'obbligo di diligenza per affermare l'esistenza di un comportamento illecito da parte della Commissione. Su questo punto, è sufficiente rilevare che la constatazione di un'irregolarità che, in circostanze analoghe, non sarebbe stata commessa da un'amministrazione normalmente prudente e diligente consente di concludere che il comportamento dell'istituzione ha configurato un illecito tale da far sorgere la responsabilità della Comunità a titolo dell'art. 288 CE (sentenze del Tribunale 12 luglio 2001, cause riunite T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione, Racc. pag. II-1975, punto 134, e 17 marzo 2005, causa T-285/03, Agraz e a./Commissione, Racc. pag. II-1063, punto 40, non contraddetta in sede di impugnazione dalla sentenza della Corte 9 novembre 2006, causa C-243/05 P, Agraz e a./Commissione, Racc. pag. I-10833). Tale funzione di tutela dell'obbligo di diligenza nei confronti dei singoli, che impone all'istituzione competente, quando disponga di un potere discrezionale, di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza, anche nell'ambito di ricorsi per risarcimento dei danni (sentenza della Corte 21 novembre 1991, causa C-269/90, Technische Universität München, Racc. pag. I-5469, punto 14; sentenza del Tribunale 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle/Consiglio e Commissione, Racc. pag. II-2589, punti 73-76; ordinanza del Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-369/03, Arizona Chemical e a./Commissione, Racc. pag. II-5839, punto 88, e sentenza Agraz e a./Commissione, cit. supra, punto 49; v. anche sentenza del Tribunale 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e Brown/Commissione, Racc. pag. II-2403, punti 37-45, che fa riferimento al principio di buona amministrazione).

50 Risulta da quanto precede che l'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89, in combinato disposto con i nn. 1 e 2 del medesimo articolo e con l'art. 8, nn. 2 e 3, di detto regolamento, nonché l'obbligo di diligenza, stabiliscono norme preordinate a conferire diritti alle imprese interessate da una decisione che vieti di realizzare un'operazione di concentrazione.

51 Occorre verificare alla luce di tali principi se l'illegittimità che inficia la decisione Airtours annullata dalla sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, sia tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità in ragione di una violazione sufficientemente qualificata delle norme sostanziali e procedurali invocabili da un'impresa che chieda l'autorizzazione della propria operazione di concentrazione. A tale riguardo, si devono mantenere distinti gli argomenti relativi all'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata in fase di valutazione, da parte della Commissione, degli effetti dell'operazione sulla concorrenza da quelli relativi all'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata in fase di analisi degli impegni proposti durante il procedimento amministrativo.

B — *Sull'esistenza di una «violazione sufficientemente qualificata» in fase di valutazione, da parte della Commissione, degli effetti dell'operazione Airtours/First Choice sulla concorrenza nel mercato comune*

1. *Argomenti delle parti*

52 La ricorrente sostiene che il comportamento illecito richiesto dalla giurisprudenza derivata dalla sentenza Bergaderm risulta dalla sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, da cui emerge in quale misura il comportamento della Commissione configuri una violazione sufficientemente qualificata. Adottando la decisione Airtours, la Commissione avrebbe commesso una violazione sufficientemente qualificata da far sorgere la responsabilità della Comunità a titolo dell'art. 288, secondo comma, CE, in ragione della violazione grave e manifesta dei limiti del suo potere discrezionale ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89, nonché dell'obbligo generale di diligenza. Questi due fondamenti distinti sarebbero inestricabilmente connessi e si tradurrebbero

nell'unica questione se, valutando la compatibilità dell'operazione Airtours/First Choice con il mercato comune, la Commissione abbia adempiuto il suo compito e gli obblighi che le incombono in qualità di autorità garante della concorrenza.

53 A sostegno di tale argomento, la ricorrente distingue due tipi di errori nel ragionamento seguito per valutare gli effetti dell'operazione. Da un lato, la ricorrente fa valere che la Commissione non possedeva la competenza richiesta in materia di controllo delle concentrazioni, la quale esigerebbe quanto meno la conoscenza delle norme applicabili e l'individuazione di elementi sufficienti per comprendere la situazione della concorrenza e individuare una posizione dominante collettiva. La ricorrente qualifica gli errori commessi dalla Commissione in questa fase come errori di primo livello (v. infra, punti 54-71). Dall'altro lato, la ricorrente sostiene che tali errori sono stati aggravati e confermati da un gran numero di errori di secondo livello, dovuti al fatto che la Commissione non ha tenuto conto delle prove fornite e non ha debitamente motivato la decisione Airtours. Tali errori di secondo livello, di per sé o congiuntamente agli errori di primo livello, dimostrerebbero che la Commissione era manifestamente incompetente ad esaminare gli elementi di prova pertinenti e ha ignorato tali elementi di prova in quanto contraddicevano la tesi da essa sviluppata (v. infra, punti 72 e 73).

a) Sull'obbligo di riconoscere i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89

54 Per quanto riguarda le norme applicabili, la ricorrente sottolinea che, nel suo ricorso di annullamento, essa faceva valere che la decisione Airtours si fondava almeno in parte su effetti unilaterali, il che costituiva, a suo parere, un'interpretazione inesatta dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 e una manifesta violazione dei limiti del potere discrezionale di cui disponeva la Commissione per applicare tale disposizione.

55 La Commissione ricorda che la decisione Airtours si fondava sulla valutazione di una posizione dominante collettiva e non sulla teoria degli effetti unilaterali. Sarebbe irrilevante, nel contesto del presente ricorso per risarcimento dei danni, sapere se la teoria degli effetti unilaterali fosse applicabile nel contesto dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89.

b) Sull'obbligo di definire la situazione del mercato in mancanza di concentrazione

56 Per quanto riguarda l'analisi fattuale degli effetti dell'operazione sulla concorrenza, la ricorrente sostiene che la Commissione ha commesso una grave violazione dei limiti del suo potere discrezionale per avere omesso di precisare quale fosse la situazione della concorrenza prima della realizzazione dell'operazione progettata, il che costituisce tuttavia il punto di partenza dell'analisi degli effetti dell'operazione sulla concorrenza (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 84). La violazione, da parte della Commissione, dell'obbligo di prendere posizione su questo punto avrebbe viziato la decisione Airtours nella sua interezza (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 75). La Commissione avrebbe quindi tentato di far valere che le evoluzioni del mercato nei 18 mesi successivi alla pubblicazione delle conclusioni della relazione della Monopolies and Mergers Commission, una delle autorità per la concorrenza del Regno Unito, erano tali da privare di qualsiasi fondamento le conclusioni di tale relazione secondo cui il mercato era ampiamente concorrenziale alla fine del 1997 (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 96-108).

57 La Commissione rileva di avere esaminato i cambiamenti intervenuti sul mercato dei tour operator nel Regno Unito tra il 1997, anno in cui è stata pubblicata la relazione della Monopolies and Mergers Commission, e il 1999, anno in cui è stata notificata la concentrazione. Essa sottolinea che la sua conclusione secondo cui il livello di concentrazione era fortemente aumentato si basava sugli elementi di prova provenienti da terzi interessati, il che ha influito sulla valutazione degli effetti dell'operazione. Tuttavia, la Commissione fa valere di avere ritenuto nella decisione Airtours che non esistesse alcuna posizione dominante prima dell'operazione, come ha constatato il Tribunale al punto 88 della sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, pur criticando al punto 75 della stessa il carattere «ellittico» della sua descrizione. Secondo la Commissione, occorreva quindi dimostrare la sussistenza di tale posizione, e non il suo rafforzamento. Nessuno avrebbe quindi contestato l'esigenza di identificare la

situazione del mercato in mancanza di concentrazione. Si sarebbe solo posta la questione se esistesse già una tendenza a una posizione dominante collettiva, nel qual caso l'operazione avrebbe rischiato di spezzare un equilibrio fragile e conseguentemente di restringere in misura considerevole la portata della concorrenza effettiva. La Commissione non avrebbe quindi commesso un errore per non avere compreso quale fosse la situazione del mercato, ma solo per avere considerato che alcuni aspetti della situazione esistente sul mercato considerati globalmente, ossia le caratteristiche del mercato descritte ai 'considerando' dall'ottantasettesimo al centoventiseiesimo della decisione Airtours, potevano favorire la creazione di una posizione dominante collettiva a seguito della concentrazione.

c) Sull'obbligo di dimostrare le condizioni di un accordo tacito

58 La ricorrente ricorda che, per accertare la creazione di una posizione dominante collettiva, la Commissione doveva verificare che sussistessero le tre condizioni definite al punto 62 della sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, vale a dire: in primo luogo, la possibilità per ciascun membro dell'oligopolio dominante di verificare se gli altri membri seguano la linea di azione comune, il che contribuisce ad una sufficiente trasparenza del mercato; in secondo luogo, il perdurare nel tempo di tale coordinamento tacito, il che implica un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune; in terzo luogo, la reazione prevedibile dei concorrenti e dei consumatori effettivi e potenziali, che non rimetterebbe in discussione la linea d'azione comune. Orbene, vari elementi dedotti dalla Commissione nella decisione Airtours per dimostrare l'esistenza di tali condizioni si fonderebbero su un'erronea valutazione dei fatti.

59 La Commissione precisa di avere esaminato le varie condizioni evocate dalla ricorrente, come risulta dall'ottantasettesimo 'considerando' della decisione Airtours, che elenca gli elementi in questione. Nel caso di specie sarebbe quindi incontestabile la sua conoscenza delle condizioni necessarie alla constatazione dell'esistenza di una posizione dominante collettiva.

Sull'instabilità delle quote di mercato

60 La ricorrente sottolinea che le fluttuazioni delle quote di mercato sono un elemento pertinente ai fini della valutazione della Commissione (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 111). Nella fattispecie, la ricorrente fa valere che la difficoltà consisteva nel fatto che in passato le quote di mercato dei vari operatori presenti sul mercato di cui trattasi erano state notevolmente instabili, il che poteva lasciar presumere che il mercato non fosse oggetto di una posizione dominante collettiva. Orbene, tale circostanza non sarebbe stata presa in esame nella decisione Airtours, verosimilmente in quanto la Commissione la considerava incompatibile con la sua tesi.

61 La Commissione fa valere che la forte instabilità delle quote di mercato è dovuta al fatto che sono state prese in considerazione le acquisizioni effettuate da alcuni operatori. Viceversa, le quote di mercato risulterebbero molto stabili se si escludessero tali acquisizioni. La Commissione sottolinea che, nella decisione Airtours, essa ha rilevato che l'entità della crescita interna era il criterio più pertinente per valutare gli incentivi ad adottare un comportamento parallelo oligopolistico, dato che, quando sussistono poche possibilità di incrementare la propria quota di mercato aumentando la capacità di quest'ultimo, l'adozione di un comportamento parallelo diviene più probabile. Questa analisi non sarebbe stata accolta dal Tribunale, il quale avrebbe considerato che la Commissione non aveva dimostrato per quale motivo la possibilità di fare concorrenza attraverso le acquisizioni non fosse pertinente. Ciò non significherebbe tuttavia che tale analisi si fondasse su un palese travisamento degli elementi di prova raccolti durante la fase amministrativa, dato che alcuni di tali elementi confermerebbero che, dopo il 1998, le prospettive di acquisizione erano limitate.

Sull'instabilità della domanda

62 La ricorrente sottolinea che la stabilità della domanda è un fattore favorevole alla formazione di una posizione dominante (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 139). Orbene, questo elemento sarebbe stato travisato al novantasettesimo 'considerando' della decisione Airtours, in cui la Commissione avrebbe rilevato che la volatilità della domanda rendeva il mercato più favorevole alla creazione di una

posizione dominante collettiva. Solo durante le discussioni svoltesi nell'ambito del ricorso d'annullamento la Commissione avrebbe ammesso che la teoria economica aveva l'importanza attribuitale nella sentenza Airtours, citata al punto 11 supra, e avrebbe tentato senza successo di difendere la propria tesi facendo valere circostanze specifiche del caso di specie. Ciò non costituirebbe una posizione corretta. Se l'importanza della teoria economica era incompatibile con l'impostazione adottata dalla Commissione nella decisione Airtours, la stessa Commissione avrebbe dovuto far valere una tesi coerente, fondata su una teoria economica difendibile, a sostegno della sua posizione.

63 La Commissione osserva di avere esaminato durante la fase amministrativa la relazione Binmore, trasmessale dalla ricorrente, sull'importanza da attribuire all'instabilità della domanda. Essa le avrebbe anche chiesto di presentare osservazioni complementari su tale relazione. Quest'ultima non sarebbe quindi stata ignorata dalla Commissione, la quale rileva tuttavia che detta relazione non conteneva dati relativi al mercato in questione e riguardava sostanzialmente la possibilità di coordinamento dei prezzi, più che delle capacità. La Commissione sottolinea inoltre che detta relazione ammetteva persino che il coordinamento delle capacità fosse possibile, ma dubitava che si potesse realmente dissuadere i tour operator dal barare.

Sulla scarsa crescita della domanda

64 La ricorrente sottolinea che la scarsa crescita della domanda è un elemento favorevole agli accordi taciti. Orbene, essa afferma di avere rilevato durante la fase amministrativa che in passato la domanda era aumentata più rapidamente rispetto al prodotto interno lordo nel Regno Unito, che la domanda, nonostante qualche difficoltà nel 1995 e nel 1996, era tornata a crescere, secondo la principale relazione di settore, e che bisognava attendersi che la crescita proseguisse nei due anni successivi. La Commissione, tuttavia, non avrebbe tenuto conto di tali elementi. Secondo la ricorrente, come emerge dalle discussioni svoltesi dinanzi al Tribunale, la Commissione ha preferito basarsi su un estratto isolato, non datato, di una pagina di una relazione elaborata da Ogilvy & Mather che essa non ha mai visto né esaminato nel suo insieme. L'estratto le sarebbe stato comunicato dalla società destinataria, la First Choice, contraria all'operazione. Tale

documento, citato dalla Commissione in modo selettivo e impreciso, non sarebbe mai stato sottoposto alla ricorrente affinché presentasse osservazioni durante la fase amministrativa e sarebbe contraddetto da altri elementi comunicati alla Commissione. Si tratterebbe di un esempio flagrante di manifesta violazione dell'obbligo generale di diligenza.

65 La Commissione ricorda che la questione sollevata è se la crescita della domanda fosse sufficientemente elevata da escludere qualsiasi comportamento parallelo dopo la concentrazione. Essa sottolinea che, valutando tale aspetto nel caso Airtours, essa ha chiesto ai principali operatori le loro stime della crescita passata e futura della domanda ed è in tale ambito che le si contesta di non avere citato correttamente la relazione di Ogilvy & Mather. In proposito, la Commissione fa valere che il tasso di crescita del mercato citato nella relazione era del 3,7%, mentre il tasso di crescita invocato dalla ricorrente sulla base delle statistiche del British National Travel Survey (BNTS) ammontava al 3,4%. Tale discussione sarebbe ancor più incomprensibile se si considera che i dati forniti da Ogilvy & Mather dovrebbero essere fondati sulle statistiche del BNTS. Non sussisterebbe quindi alcun reale conflitto di prove. In ogni caso, la Commissione fa valere che la ricorrente non tratta la questione delle previsioni di crescita della domanda. Su questo punto, la Commissione rileva che avrebbe potuto far valere le osservazioni presentate dalla ricorrente durante la fase amministrativa, secondo cui il tasso di crescita annuo della domanda per il periodo 2000/2002 era stimato intorno al 3,3%.

Sulla trasparenza del mercato

66 La ricorrente sottolinea che la trasparenza del mercato è un elemento essenziale ai fini della valutazione di una posizione dominante collettiva, dato che, in mancanza di trasparenza, è più difficile per gli operatori economici concludere accordi taciti, nonché individuare e sanzionare chi non rispetti tali accordi (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 156 e 159). A suo parere, nel caso di specie la difficoltà per la Commissione consisteva nella varietà quasi infinita di vacanze a livello di offerta. Tale eterogeneità del prodotto avrebbe reso la collusione tacita ben più difficile. Orbene, confrontata con tale

difficoltà a far valere la sua tesi sul coordinamento tacito, la Commissione avrebbe semplicemente deciso di non tenerne conto. Essa avrebbe semplicemente preferito sostenere che i membri dell'oligopolio coordinerebbero la capacità e non il prezzo e che «[c]iò che conta[va era] solo la possibilità di controllare il livello globale della capacità (numero di vacanze) offerta dai singoli tour operator integrati» (novantunesimo 'considerando' della decisione Airtours). Essa avrebbe inoltre sostenuto che il mercato era trasparente in quanto la pianificazione della stagione successiva si basava sul fatturato di quella precedente. Così facendo, la Commissione avrebbe travisato gli elementi di prova prodotti durante la fase amministrativa. La Commissione snaturerebbe poi l'analisi svolta dal Tribunale nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, sostenendo di avere dovuto esaminare un gran numero di informazioni per formarsi un'opinione sul punto. Tuttavia, secondo la ricorrente, non sarebbe questa la vera difficoltà: la Commissione avrebbe semplicemente rifiutato di esaminare la specifica questione dell'eterogeneità del prodotto e della natura complessa del lavoro di organizzazione della capacità, o di svolgere essa stessa il lavoro che aveva intrapreso il Tribunale, nonostante la sua importanza capitale nel contesto di qualsiasi caso relativo ad una posizione dominante collettiva.

67 Secondo la Commissione, il fatto che il Tribunale abbia considerato che una conclusione non era stata dimostrata non significa che essa abbia commesso una violazione grave e manifesta del proprio dovere di esaminare in maniera accurata gli elementi di prova. Nella specie, la Commissione sostiene che, qualora i tour operator adottino un comportamento parallelo sull'insieme del mercato di cui trattasi, essi devono essere in grado di rilevare qualsiasi scostamento da tale linea di condotta sul mercato in modo sufficientemente rapido per sanzionare il comportamento deviante. La trasparenza in questione dovrebbe quindi riguardare il parametro cui può essere rapportato l'accordo, vale a dire la capacità totale del mercato, e non la ripartizione di tale capacità tra le diverse destinazioni che interessano i consumatori. La questione fondamentale sarebbe quindi se esistesse una trasparenza sufficiente affinché gli aumenti anomali di capacità potessero essere individuati molto rapidamente e gli altri tour operator potessero esercitare ritorsioni. Su questo punto la Commissione afferma di avere concluso che esisteva una certa continuità tra una stagione e l'altra. Essa aggiunge che, se pure la capacità totale implica una miriade di decisioni, tali decisioni vengono prese nei limiti di una dotazione determinata dalla domanda prevista. Secondo la Commissione, la conoscenza delle offerte proposte in passato dagli altri consentiva ai tour operator di poter constatare rapidamente le modifiche delle offerte in corso. Con la pubblicazione delle prime brochure, tra dodici e quindici mesi prima delle vacanze,

sarebbero state visibili a tutti le decisioni in materia di trasporto aereo e, in una certa misura, in materia di capacità alberghiera.

Sull'obbligo di esaminare l'esistenza di un meccanismo dissuasivo

68 La ricorrente rileva che, anche ammettendo che sia necessaria la creazione di un meccanismo dissuasivo affinché si possa individuare una situazione di posizione dominante collettiva (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 192 e 193), la posizione adottata dalla Commissione nella decisione Airtours è ambigua rispetto alla necessità di tale meccanismo (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 191). Il Tribunale avrebbe inoltre respinto gli argomenti addotti dalla Commissione per far valere l'esistenza di siffatto meccanismo e la stessa Commissione tenterebbe ora di spiegare tali errori affermando che essi sono dovuti al fatto che la valutazione della trasparenza e dell'instabilità della domanda operata dal Tribunale è diversa da quella da lei formulata nella decisione Airtours. Tale spiegazione non sarebbe soddisfacente, in quanto non si potrebbe invocare un errore precedente per giustificarne uno successivo.

69 La Commissione ricorda che le osservazioni svolte ai 'considerando' cinquantacinquesimo e centocinquantesimo della decisione Airtours a proposito della necessità di un «rigido meccanismo di ritorsione» riguardavano il tipo di meccanismo che la ricorrente aveva ritenuto necessario, sostanzialmente un meccanismo come quelli generalmente riscontrati in un'intesa, più che in una situazione di oligopolio. Il fatto che il Tribunale abbia respinto le constatazioni della Commissione in ordine ai vari mezzi utilizzati per esercitare ritorsioni (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 200-207) non significherebbe che la Commissione non abbia preso in considerazione gli elementi di prova pertinenti. Risulterebbe infatti dai 'considerando' centoquarantottesimo e segg. della decisione Airtours che la Commissione ha esaminato precisamente i punti sollevati dalla ricorrente.

Sull'obbligo di attribuire la debita importanza alla reazione dei concorrenti e dei consumatori effettivi e potenziali

70 La ricorrente rileva che il Tribunale ha contestato alla Commissione di non avere esaminato a sufficienza l'eventuale reazione, a operazione conclusa, dei piccoli tour operator e degli altri concorrenti, nonché dei potenziali consumatori (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 213, 266, 273 e 274). Su questo punto la Commissione avrebbe travisato gli elementi di prova dedotti dalla ricorrente durante la fase amministrativa.

71 La Commissione rileva che, secondo la decisione Airtours, il principale ostacolo alla capacità dei piccoli tour operator di reagire alla limitazione delle capacità imposta dai grandi tour operator consisteva nell'accesso ai posti aerei. Il Tribunale avrebbe invece concluso che esisteva un certo numero di fonti che potevano offrire posti ai piccoli tour operator a condizioni soddisfacenti. Si tratterebbe di una diversa valutazione degli elementi di prova e non di un travisamento degli stessi da parte della Commissione. Ciò varrebbe del pari per l'accesso ai canali di distribuzione. Il fatto che l'analisi della Commissione non sia stata accolta dal Tribunale non sarebbe sufficiente a dimostrare che essa abbia commesso un illecito o abbia travisato gli elementi di prova. Per quanto riguarda i concorrenti potenziali, la Commissione rileva che le sue conclusioni si fondavano sulle considerazioni relative all'accesso ai posti aerei e ai canali di distribuzione menzionati in relazione ai piccoli tour operator. Lo stesso varrebbe per l'argomento vertente sulla mancata presa in considerazione della possibile reazione dei consumatori, dato che la capacità dei consumatori di acquistare vacanze presso i piccoli tour operator dipenderebbe dalla capacità di questi ultimi di offrirne. La Commissione ritiene che tali valutazioni, pur essendo state considerate erronee, tuttavia non fossero irragionevoli.

d) Sull'effetto cumulativo dei casi di travisamento degli elementi di prova e sulla carenza di motivazione

72 La ricorrente rileva che dalla decisione Airtours emerge una serie di errori di secondo livello, che aggravano e confermano gli errori sopra menzionati. Una serie di errori, considerata globalmente, potrebbe far sorgere la responsabilità della Comunità a norma dell'art. 288, secondo comma, CE (sentenza del Tribunale 28 novembre 2002, causa T-40/01, Scan Office Design/Commissione, Racc. pag. II-5043, punto 107). Così, per quanto riguarda ogni singolo aspetto dell'argomento relativo alla posizione dominante collettiva, la ricorrente ha dedotto elementi di prova che sarebbero stati travisati dalla Commissione. Su questo punto sussisterebbero una quarantina di casi di travisamento di tali elementi da parte della Commissione. Pertanto, quest'ultima non potrebbe affermare che la sua posizione al riguardo non era irragionevole. Inoltre, la Commissione sosterrebbe che la decisione Airtours è sufficientemente motivata, il che sarebbe errato, dato che il terzo motivo del ricorso di annullamento verteva non solo sulla violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89, ma anche sulla violazione dell'art. 253 CE. Del pari, l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza (GU 2000, C 364, pag. 1), prevedrebbe che il diritto ad una buona amministrazione comprende l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Nel caso di specie la Commissione avrebbe violato l'obbligo ad essa incombente di far valere prove solide, atte a classificare la decisione Airtours nella serie di decisioni che essa ha facoltà di adottare in base al potere discrezionale che le è stato conferito. Ricorrerebbero 22 esempi di una siffatta carenza di motivazione.

73 La Commissione fa valere che il fatto di preferire alcuni elementi di prova rispetto ad altri non costituisce un travisamento manifesto degli elementi di prova nel loro insieme, né un travisamento manifesto di ciascuno di detti elementi. Siffatta conclusione sarebbe condivisibile solo se il risultato raggiunto sulla base degli elementi di prova fosse chiaramente e manifestamente in contraddizione con tali elementi. La Commissione espone in uno degli allegati della controreplica tutti gli elementi di prova di cui disponeva e che sono stati esaminati in modo accurato e diligente durante la fase amministrativa. Inoltre, la Commissione rileva che una violazione dell'art. 253 CE non fa sorgere la responsabilità dell'istituzione in quanto l'obbligo di motivazione non costituisce una norma giuridica diretta a tutelare i singoli. D'altro canto, la sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, non conterrebbe alcuna valutazione da cui possa desumersi l'esistenza di una violazione dell'obbligo di motivazione. Inoltre, il riferimento all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non

sarebbe pertinente, poiché da tale disposizione non discenderebbe che una carenza di motivazione giustifichi un ricorso per risarcimento dei danni.

2. *Giudizio del Tribunale*

a) Sull'argomento relativo all'obbligo di riconoscere i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89

74 In via preliminare, in risposta all'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione avrebbe violato in modo grave e manifesto i limiti del suo potere discrezionale per essersi basata, almeno in parte, sulla teoria economica cosiddetta degli effetti unilaterali allo scopo di dichiarare l'operazione Airtours/First Choice incompatibile con il mercato comune a norma dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89, si deve constatare, come ha fatto il Tribunale ai punti 49-54 della sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, che la Commissione nega di avere adottato un nuovo approccio a tale disposizione e sostiene di avere applicato il criterio precedentemente utilizzato e confermato dal Tribunale nella sentenza 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione (Racc. pag. II-753).

75 Orbene, tenuto conto di tale contestazione della Commissione e in mancanza di indizi sufficientemente precisi forniti dalla ricorrente, che consentano di affermare se e in quale misura tale asserito nuovo approccio possa avere avuto la minima incidenza sulla valutazione operata dalla Commissione in ordine agli effetti dell'operazione Airtours/First Choice sulla concorrenza, non occorre pronunciarsi sulla pretesa violazione dell'obbligo di riconoscere i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89.

b) Sugli argomenti relativi all'obbligo di definire la situazione di mercato in mancanza di concentrazione e all'obbligo di dimostrare le condizioni di un accordo tacito

76 Per quanto riguarda le affermazioni della ricorrente riguardanti la violazione grave e manifesta dei limiti che si impongono al potere discrezionale della Commissione nell'ambito della sua analisi dell'operazione Airtours/First Choice alla luce dei criteri relativi alla creazione di una posizione dominante collettiva, occorre ricordare in cosa consista tale analisi.

77 Una situazione di posizione dominante collettiva che ostacola in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale dello stesso può verificarsi a seguito di una concentrazione qualora, tenuto conto delle caratteristiche del mercato di cui trattasi e della modifica che apporterebbe alla sua struttura la realizzazione dell'operazione, il risultato di quest'ultima fosse che, prendendo coscienza degli interessi comuni, ciascun membro dell'oligopolio dominante ritenesse possibile, economicamente razionale e quindi preferibile adottare in modo duraturo una stessa linea d'azione nel mercato allo scopo di vendere al di sopra dei prezzi concorrenziali, senza dover procedere alla conclusione di un accordo o ricorrere ad una pratica concertata ai sensi dell'art. 81 CE, e ciò senza che i concorrenti effettivi o potenziali, o anche i clienti ed i consumatori, possano effettivamente reagire (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 61).

78 La creazione di una posizione dominante collettiva così definita presuppone tre condizioni. In primo luogo, ciascun membro dell'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione. In secondo luogo, è necessario che la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, ossia deve esistere un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato. In terzo luogo, per dimostrare adeguatamente l'esistenza di una posizione dominante collettiva, la Commissione deve parimenti provare che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 62).

79 Nell'ambito del ricorso d'annullamento il Tribunale ha dichiarato che, alla luce di quanto precedeva, si doveva concludere che la Commissione, nella decisione Airtours, lungi dall'aver basato la sua analisi prospettica su elementi di prova solidi, era incorsa in un insieme di errori di valutazione che riguardavano elementi importanti per la valutazione dell'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva. La Commissione aveva quindi vietato l'operazione senza dimostrare che l'operazione di concentrazione avrebbe generato una posizione dominante collettiva dei tre grandi tour operator atta a costituire un ostacolo significativo ad un'effettiva concorrenza nel mercato di cui trattasi (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 294).

80 In materia di responsabilità extracontrattuale non si può, in linea di principio, escludere che vizi gravi e manifesti che inficiano l'analisi economica soggiacente ad una decisione adottata sulla base dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 4064/89, e che dichiara un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune a norma dell'art. 2, nn. 1 e 3, di detto regolamento, possano costituire violazioni sufficientemente qualificate da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità ai sensi della giurisprudenza (v. supra, punti 37-43).

81 Una determinazione del genere impone tuttavia di tenere conto del fatto che, generalmente, le analisi economiche necessarie alla qualificazione di una situazione o di un'operazione sotto il profilo della normativa sulla concorrenza costituiscono, tanto sul piano fattuale quanto su quello del ragionamento elaborato sulla base dell'esposizione dei fatti, enunciati intellettuali complessi e difficili, nei quali possono insinuarsi alcune carenze, quali approssimazioni, incoerenze, o persino omissioni. Ciò vale a maggior ragione nel controllo delle concentrazioni, tenuto conto in particolare dei limiti temporali che si impongono all'istituzione. Si deve infatti rilevare che, per motivi di certezza del diritto inerenti all'esigenza di consentire agli operatori economici di ottenere una decisione della Commissione il più rapidamente possibile, onde poter realizzare la loro operazione, tale decisione interviene entro termini brevi e rigidi. Qualora sussistano seri dubbi in ordine agli effetti dell'operazione notificata sulla concorrenza, la Commissione dispone di soli quattro mesi per svolgere indagini su tale operazione e raccogliere il parere di tutte le parti interessate.

82 Tali carenze dell'analisi economica rischiano maggiormente di verificarsi quando, come nel caso del controllo delle concentrazioni, l'analisi comporta una valutazione in prospettiva futura. La gravità di una carenza documentale o logica può, a certe condizioni, non costituire sempre una circostanza sufficiente a far sorgere la responsabilità della Comunità. Nel caso di specie si deve rilevare che la difficoltà inerente proprio all'aspetto prospettico dell'analisi degli effetti dell'operazione, dopo la realizzazione di questa, sulla situazione della concorrenza è ulteriormente aggravata dal fatto che la situazione economica in discussione era particolarmente complessa, dato che la Commissione doveva valutare l'eventuale creazione di una posizione dominante collettiva, di natura oligopolistica e non semplicemente duopolistica, su un mercato riguardante un prodotto che combinava una vendita presso l'agenzia di viaggi, un trasporto aereo e un soggiorno in albergo, e nel quale la concorrenza si esercita più sulla capacità che sui prezzi.

83 Occorre inoltre rammentare che la Commissione dispone di un potere discrezionale al fine di conservare il controllo della politica comunitaria della concorrenza, il che implica che non ci si può aspettare da essa una prassi rigorosamente costante e invariabile nell'attuazione delle norme pertinenti e, correlativamente, che essa gode di una certa libertà nella scelta degli strumenti econometrici a sua disposizione, nonché in quella degli angoli di approccio appropriati per lo studio di un fenomeno (v., in tal senso, per la definizione del mercato rilevante, sentenze del Tribunale 17 dicembre 2003, causa T-219/99, British Airways/Commissione, Racc. pag. II-5917, punti 89 e segg., e 17 settembre 2007, causa T-201/04, Microsoft/Commissione, Racc. pag. II-3601), punto 482), purché tali scelte non siano manifestamente contrarie alle regole della disciplina economica comunemente accettate e vengano attuate in modo coerente.

84 Per valutare l'esistenza di un'eventuale violazione sufficientemente qualificata commessa dalla Commissione nell'ambito dell'analisi degli effetti dell'operazione Airtours/First Choice sulla concorrenza occorre tenere conto della complessità delle situazioni da disciplinare in materia di controllo delle concentrazioni, delle difficoltà dovute ai limiti temporali che si impongono all'amministrazione in tale contesto e del potere discrezionale che occorre riconoscere alla Commissione.

85 Di conseguenza, l'analisi svolta dal Tribunale nell'ambito del ricorso per risarcimento dei danni deve necessariamente tenere conto delle contingenze e delle difficoltà inerenti al controllo delle concentrazioni, in generale, e alle strutture degli oligopoli complessi, in particolare. In questo senso va interpretato il potere discrezionale dell'amministrazione ai sensi della giurisprudenza derivante dalla sentenza Bergaderm, citata supra, al punto 30. Tale esercizio è di per sé più complesso di quello necessario nell'ambito del ricorso di annullamento, in cui il Tribunale si limita ad esaminare, nel quadro dei motivi presentati dalla ricorrente, la legittimità della decisione impugnata per assicurarsi che la Commissione abbia valutato correttamente gli elementi che le consentono di dichiarare l'operazione notificata incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 2, nn. 1 e 3, del regolamento n. 4064/89. Pertanto, contrariamente a quanto afferma la ricorrente, i semplici errori di valutazione e la mancata presentazione di prove pertinenti rilevati nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, non bastano di per sé a configurare una violazione grave e manifesta dei limiti imposti al potere discrezionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni e in presenza di una situazione di oligopolio complesso.

86 In tale contesto, l'argomento relativo alla scarsa crescita della domanda richiede un esame particolare, dato che le osservazioni della Commissione su questo punto si fondano su una valutazione incompleta ed errata dei dati che le sono stati trasmessi durante la fase amministrativa e che vengono menzionati nella decisione Airtours (v. supra, punto 64, sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 127). Nondimeno, i limiti inerenti al controllo delle concentrazioni sono tali che il semplice fatto che la Commissione abbia interpretato un documento senza rispettarne il tenore letterale e la portata teleologica, e pur avendo deciso di utilizzarlo quale documento essenziale per la sua valutazione secondo cui il tasso di crescita del mercato è stato modesto negli anni '90 e resterà tale (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 130), non costituisce una circostanza sufficiente a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità (v. supra, punto 82). Lo stesso vale per il fatto che la Commissione ha ignorato alcuni dati presenti nel fascicolo ai quali faceva riferimento il documento in questione (sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punto 132).

87 Nella specie, infatti, la Commissione disponeva di elementi di prova nel fascicolo amministrativo che la potevano ragionevolmente indurre a ritenere che la crescita sarebbe aumentata in misura modesta negli anni successivi. Il fatto che la valutazione

espressa nella decisione Airtours sia stata rimessa in discussione dal Tribunale fa parte del contenzioso di legittimità, nel cui contesto il Tribunale esamina le conclusioni in fatto e in diritto della Commissione alla luce degli argomenti presentati dalla ricorrente nell'atto introduttivo e degli elementi ripresi in detta decisione. Tale circostanza non significa tuttavia che la Commissione abbia violato in modo grave e manifesto i limiti del suo potere discrezionale in materia di controllo delle concentrazioni, se, come nel caso di specie, essa è in grado di spiegare i motivi per i quali poteva ragionevolmente ritenere che la propria valutazione fosse fondata. A tale riguardo, risulta dal fascicolo amministrativo che la stessa ricorrente aveva fornito alla Commissione dati che facevano prevedere un esiguo tasso di crescita annuo della domanda per gli anni 2000-2002.

88 Per quanto riguarda l'argomento relativo alla trasparenza del mercato, è pacifico che la Commissione non ha tenuto conto su questo punto di un elemento chiave per connotare una posizione dominante collettiva restrittiva della concorrenza (v. supra, punto 66, e sentenza Airtours, cit. al punto 11 supra, punti 156-180). Tuttavia, per quanto riguarda l'aumento della domanda, il ragionamento esposto su questo punto nella decisione Airtours dimostra che se le conclusioni cui è giunta la Commissione non hanno convinto il Tribunale, in quanto tale ragionamento non era sufficientemente sostenuto da prove o era spiegato male, ciò non toglie che la Commissione si sia pronunciata dopo un attento esame dei dati forniti nell'ambito del procedimento amministrativo. Anche se è stata accertata un'illiceità nel contesto del ricorso di annullamento, tale errore di valutazione sarebbe spiegabile con i vincoli oggettivi imposti all'istituzione e ai suoi agenti dalle disposizioni che disciplinano il controllo delle concentrazioni (v. supra, punto 43).

89 Infatti, anche se l'approccio adottato dalla Commissione nella decisione Airtours, che si limitava a prendere globalmente in considerazione il numero totale di pacchetti vacanza proposto da ogni operatore, non è stato accolto dal Tribunale, che ha preferito ad esso l'approccio difeso dalla ricorrente, secondo cui tale iter complesso non consiste semplicemente nel riportare la capacità stimata o venduta in passato, bensì nell'adottare una miriade di decisioni eterogenee a livello microeconomico in base a stime relative alla volatilità del mercato e all'aumento della domanda, ciò non toglie che, alla luce degli elementi presenti nel fascicolo amministrativo, la tesi sviluppata dalla Commissione, per erronea che sia rispetto al controllo di legittimità, non costituisce un errore

sufficientemente qualificato per essere considerato estraneo al normale comportamento di un'istituzione incaricata di vigilare sull'applicazione delle regole di concorrenza.

90 Occorre inoltre rilevare che neppure gli altri errori constatati nell'ambito della sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, sono sufficientemente qualificati da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità.

91 Ciò vale per l'asserita violazione dell'obbligo di definire la situazione del mercato in mancanza di concentrazione (v. supra, punto 56), poiché dagli argomenti presentati dalla Commissione risulta che tale situazione è stata esaminata dai suoi servizi sulla base degli elementi di prova disponibili al fine di individuare le modifiche apportate alla struttura della concorrenza in seguito alla realizzazione dell'operazione.

92 Lo stesso vale per gli argomenti relativi all'instabilità delle quote di mercato (v. supra, punto 60), all'asserita violazione dell'obbligo di verificare l'esistenza di un meccanismo dissuasivo (v. supra, punto 68), e alla pretesa violazione dell'obbligo di attribuire importanza alla reazione dei concorrenti e dei consumatori effettivi e potenziali (v. supra, punto 70), dato che la tesi sostenuta su questi punti dalla Commissione, che non ha convinto il Tribunale, non configura un travisamento grave e manifesto degli elementi presenti nel fascicolo amministrativo.

93 Lo stesso ragionamento vale per quanto riguarda l'argomento relativo all'instabilità della domanda (v. supra, punto 62), dato che la carenza lamentata dalla ricorrente non riveste un'importanza tale da poterla considerare sufficientemente qualificata per far

sorgere la responsabilità della Comunità. In proposito, la Commissione rileva inoltre che gli elementi di prova dedotti su questo punto dalla ricorrente non erano sufficienti di per sé a dimostrare l'instabilità della domanda.

c) Sugli argomenti relativi all'effetto cumulativo dei casi di travisamento degli elementi di prova e alla carenza di motivazione

94 Presi singolarmente, gli errori di valutazione rilevati dal Tribunale nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, possono essere spiegati con i vincoli oggettivi propri del controllo delle concentrazioni e con la particolare complessità della situazione di concorrenza esaminata nel caso di specie. Tale analisi non è rimessa in discussione dall'effetto cumulativo invocato dalla ricorrente, la quale sostiene che una serie di errori, considerata globalmente, può essere sufficiente per far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità.

95 A tale riguardo si deve rilevare che il punto 107 della sentenza Scan Office Design/Commissione, citata supra, al punto 72, non può essere invocato a sostegno di tale argomento per il fatto che il Tribunale vi rileva che la Commissione ha commesso in quel caso una «serie di gravi illeciti, i quali, singolarmente o almeno presi nel loro insieme, vanno considerati soddisfare la prima delle tre condizioni necessarie per far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità». Tali illeciti sono di natura molto diversa da quella degli errori di valutazione rilevati dal Tribunale nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11. Nella causa che ha dato luogo alla sentenza Scan Office Design/Commissione, citata supra, si trattava di illeciti qualificati commessi nell'ambito della valutazione di un appalto pubblico, ossia il rifiuto della Commissione di comunicare documenti in base al motivo, errato, che l'accettazione di un'offerta relativa ad un appalto pubblico presentata oltre i termini, la presa in considerazione di una valutazione non firmata e non commentata o valutazioni irregolari, la scelta di un'offerta non conforme al capitolato d'oneri non sussistevano. Nel caso ora in esame gli errori di valutazione sono stati commessi dai servizi della Commissione allorché essi hanno dovuto esaminare numerosi elementi di prova per analizzare una situazione di concorrenza particolarmente difficile da qualificare. Il potere discrezionale che occorre riconoscere alla Commissione nel contesto delle questioni di responsabilità extra-

contrattuale che investono il controllo delle concentrazioni si applica sia a livello di esame individuale degli errori eventualmente commessi in fase di analisi degli effetti dell'operazione sulla concorrenza, sia in fase di esame globale di tali errori. Di conseguenza, nel caso di specie non si può ritenere che il semplice fatto che nella sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, siano stati rilevati molti errori comporti necessariamente il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità.

96 Infine, per quanto riguarda l'argomento relativo alla carenza di motivazione della decisione Airtours, occorre rilevare che nella specie tale carenza non è atta a far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità. Risulta infatti dalla sentenza Airtours, citata supra, al punto 11, che l'analisi svolta dal Tribunale in ordine al terzo motivo, concernente sia la violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 sia la violazione dell'art. 253 CE, è incentrata unicamente sugli argomenti relativi alla violazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89. L'annullamento della decisione Airtours si fonda sul fatto che la Commissione non ha dimostrato, sulla base alle prove menzionate nella detta decisione, che l'operazione di concentrazione determinerebbe una posizione dominante collettiva atta a costituire un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi (sentenza Airtours, citata al punto 11 supra, punto 294). La decisione Airtours conteneva quindi una motivazione sufficiente che ha permesso al Tribunale di controllarne la legittimità, anche se, nel merito, tale motivazione è risultata erronea al termine del controllo.

97 Risulta da quanto precede che la Commissione non ha commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli ai sensi della giurisprudenza nell'ambito della sua analisi dell'operazione Airtours/First Choice alla luce dei criteri relativi alla creazione di una posizione dominante collettiva.

C — *Sull'eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni*

1. *Sulla ricevibilità dell'argomento relativo ad un eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni*

a) Argomenti delle parti

98 La Commissione sostiene che l'argomento relativo ad un eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni è irricevibile, dato che tale motivo non viene sviluppato, neppure sommariamente, nell'atto introduttivo e la ricorrente non può limitarsi a rinviare su questo punto ad allegati che riprendono argomenti esposti nell'ambito del ricorso di annullamento.

99 La ricorrente rileva che nel caso di specie occorre solo sapere se la Commissione possa prendere posizione sul motivo dedotto e se il Tribunale sia in grado di esercitare il suo potere di controllo. Gli elementi presentati su questo punto nel ricorso soddisfano detto criterio e sono sviluppati negli allegati 15 e 16 di tale memoria, che contengono i necessari elementi di prova.

b) Giudizio del Tribunale

100 Ai sensi dell'art. 21, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia, applicabile al Tribunale in forza dell'art. 53, primo comma, dello Statuto medesimo, nonché dell'art. 44, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura, il ricorso deve indicare l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi dedotti. Tale indicazione dev'essere sufficientemente chiara e precisa per consentire alla parte convenuta di preparare la sua difesa e al Tribunale di esercitare il suo sindacato giurisdizionale. Al fine di garantire la certezza del diritto ed una corretta amministrazione della giustizia è necessario che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali è fondato il ricorso emergano, almeno sommariamente, purché in modo coerente e comprensibile, dall'atto introduttivo stesso (ordinanze del Tribunale 28 aprile 1993, causa T-85/92, De Hoe/Commissione, Racc. pag. II-523, punto 20, e 11 luglio 2005, causa T-294/04, Internationaler Hilfsfonds/Commissione, Racc. pag. II-2719, punto 23).

101 Per essere conforme a tali requisiti, un ricorso inteso al risarcimento del danno causato da un'istituzione comunitaria deve contenere gli elementi che consentano di identificare il comportamento che il ricorrente addebita all'istituzione (ordinanza Internationaler Hilfsfonds/Commissione, cit. al punto 100 supra, punto 24).

102 Nel caso di specie, la ricorrente rileva nel suo ricorso che il rifiuto della Commissione di accettare e di esaminare gli impegni presentati durante la fase amministrativa costituisce una violazione sufficientemente qualificata di varie norme giuridiche preordinate a conferire diritti ai singoli. A tale riguardo, i rinvii effettuati nel ricorso all'argomento dedotto a sostegno del quarto motivo nell'ambito del ricorso di annullamento nella causa T-342/99, concernente la legittimità della decisione Airtours alla luce delle norme relative agli impegni, argomento esposto dettagliatamente negli allegati 15 e 16 di tale memoria, devono essere considerati un semplice ampliamento dell'esposizione, figurante nel ricorso, dell'illecito che si ritiene abbia viziato il comportamento contestato alla Commissione per quanto riguarda l'analisi degli impegni proposti.

103 Alla luce di tali informazioni, la Commissione è stata in grado di preparare la sua difesa nel merito di tale motivo.

104 Occorre quindi respingere le osservazioni della Commissione sulla ricevibilità del motivo concernente l'esistenza di un eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni.

2. *Nel merito*

a) Argomenti delle parti

Sull'argomento presentato nelle memorie delle parti

105 Nelle sue memorie, la ricorrente fa valere che, rifiutando di accettare e di esaminare gli impegni da essa proposti durante la fase amministrativa, la Commissione ha violato gli artt. 2 e 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89, il principio di proporzionalità, il principio di buona amministrazione, l'obbligo di diligenza e l'obbligo di applicare correttamente le sue stesse procedure per l'esame degli impegni. Tali violazioni integrerebbero una violazione sufficientemente qualificata ai sensi della giurisprudenza. In particolare, la ricorrente fa valere che, se la Commissione avesse accettato gli impegni da essa proposti anziché respingerli a torto, l'operazione sarebbe stata autorizzata conformemente all'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89, e che lo stesso sarebbe accaduto se tali impegni non fossero stati necessari in quanto l'operazione non sollevava problemi di concorrenza. La ricorrente sostiene inoltre che la Commissione avrebbe dovuto tenere conto della seconda serie di impegni, nonostante fossero stati proposti oltre il termine previsto dal regolamento n. 4064/89.

106 La Commissione rileva che risulta dalla decisione Airtours che la prima serie di impegni non era sufficiente a rendere l'operazione notificata compatibile con il mercato comune, dato che la creazione di un unico tour operator di dimensioni medie, dipendente dalle catene di agenzie di viaggio controllate dai grandi tour operator, non avrebbe garantito una concorrenza sufficiente sul mercato di cui trattasi ('considerando' dal centottantaseiesimo al centonovantaduesimo della decisione Airtours). Per quanto riguarda la seconda serie di impegni, presentata dopo la scadenza del termine di cui all'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98, la Commissione precisa che, sebbene tale termine possa essere prorogato in casi eccezionali, la ricorrente non ha né chiesto una proroga, né dedotto circostanze atte a giustificare siffatta misura prima della scadenza di detto termine. Inoltre, la seconda serie di impegni non avrebbe contenuto alcun elemento che non potesse essere incluso nella prima serie di impegni. D'altro canto, sarebbe mancato il tempo per esaminare correttamente i nuovi impegni (centonovantatreesimo 'considerando' della decisione Airtours). Il rigetto degli impegni proposti sarebbe quindi giustificato e non integrerebbe una violazione sufficientemente qualificata atta a far sorgere la responsabilità della Comunità.

Sulla possibilità di esaminare gli impegni del 15 settembre 1999 entro la scadenza del termine

107 In risposta alle misure di organizzazione del procedimento disposte dal Tribunale, dirette ad accertare i motivi per i quali la Commissione non era stata in grado di valutare utilmente gli impegni presentati il 15 settembre 1999 entro il «breve tempo restante» e quali fossero le indagini supplementari che sarebbero occorse per valutare tali impegni, la ricorrente sostiene che la Commissione era perfettamente in grado di esaminare gli impegni in questione e che il suo rifiuto di farlo non può trovare giustificazione né spiegazione nei particolari vincoli che si impongono oggettivamente al servizio nel suo normale funzionamento.

108 La Commissione espone i motivi per cui, anche se il termine per pronunciarsi sull'operazione Airtours scadeva il 5 ottobre 1999, il progetto di decisione doveva essere terminato per martedì 21 settembre 1999 entro mezzogiorno. Infatti, la prassi della

Commissione consisterebbe nel preparare il progetto di decisione per la riunione del collegio dei suoi membri che viene organizzata la settimana precedente a quella in cui scade il termine, per tenere conto della possibilità che una maggioranza di essi ne chieda la modifica. Nel caso di specie, pertanto, i servizi della Commissione avrebbero avuto solo tre giorni e mezzo per esaminare gli impegni presentati mercoledì 15 settembre 1999, ossia giovedì 16, venerdì 17, lunedì 20 e la mattinata di martedì 21 settembre 1999. Tenuto conto del fatto che permanevano ancora gravi incertezze, che dovevano essere realizzati in tre giorni e mezzo un nuovo test di mercato ed una nuova consultazione del comitato consultivo, che le osservazioni pervenute in merito al primo test di mercato erano molto negative, che tutti gli elementi della seconda serie di impegni avrebbero potuto essere presentati all'inizio e che la ricorrente non aveva chiesto deroghe né dedotto circostanze eccezionali convincenti per poterne beneficiare, la Commissione ritiene che gli impegni presentati il 15 settembre 1999 non dovessero essere esaminati.

Sul carattere sufficiente o meno degli impegni presentati il 15 settembre 1999 e sul seguito dato alla richiesta del Tribunale relativa alla produzione dei documenti attinenti a tale valutazione

109 In risposta alla misura di organizzazione del procedimento disposta dal Tribunale per accertare in quale misura gli impegni presentati il 15 settembre 1999 consentissero o meno di risolvere i problemi rilevati dalla Commissione in quella fase del procedimento, la ricorrente fa valere che la Commissione aveva espresso due preoccupazioni, ossia la necessità di costituire una quarta forza che detenesse almeno il 10% del mercato rilevante e l'accesso di tale entità ad una rete di distribuzione. Questi due punti sarebbero soddisfatti dagli impegni proposti: la quarta forza, la Cosmos, ossia 0,8 milioni di pacchetti vacanza venduti nel 1998, riceverebbe un'attività che rappresenta 0,7 milioni di pacchetti vacanza venduti, il che le permetterebbe di rappresentare, con 1,5 milioni, oltre il 10% del mercato rilevante stimato nel 1998 in 13,9 milioni di passeggeri; le verrebbe inoltre ceduta la rete di distribuzione della First Choice e le verrebbe dato accesso per cinque anni ad una parte della rete della ricorrente.

110 La Commissione fa valere che le sue preoccupazioni consistevano, da un lato, nel permettere la ricostituzione di una quarta forza avente accesso alla rete di distribuzione e, dall'altro, nel garantire il mantenimento della concorrenza esercitata dai piccoli tour operator. Essa precisa che tali preoccupazioni derivavano principalmente dalle osservazioni presentate dalle imprese ed associazioni che avevano risposto al test di mercato effettuato in relazione alla prima serie di impegni.

111 In tale contesto la Commissione sostiene che gli impegni presentati il 15 settembre 1999, dopo una riunione tenutasi con lei lo stesso giorno, erano nuovi e modificati in modo sostanziale rispetto alla versione precedente, e non consentivano di risolvere chiaramente e in maniera definitiva i problemi rilevati in quella fase. Pertanto, anche se essa ha formalmente respinto detti impegni per motivi procedurali, la Commissione precisa di avere anche proceduto ad una valutazione preliminare degli impegni in questione, volta a stabilire se la possibilità di sentire le parti interessate e il comitato consultivo potesse dare luogo ad una risposta positiva. Orbene, secondo la Commissione restavano varie aree di incertezza ed essa non poteva quindi concludere con sicurezza che le sue preoccupazioni relative alla creazione di una posizione dominante collettiva sarebbero state fugate.

112 All'udienza del 29 aprile 2008 il Tribunale ha ordinato alla Commissione, in forza degli artt. 65, lett. b), e 67, n. 3, terzo comma, del regolamento di procedura, di produrre tutti i documenti in suo possesso relativi alla valutazione degli impegni presentati il 15 settembre 1999 e redatti fra tale data e quella in cui è stata adottata la decisione Airtours, ossia il 22 settembre 1999.

113 In risposta a tale richiesta, la Commissione ha prodotto due documenti nel corso dell'udienza del 29 aprile 2008. Il primo è una nota al fascicolo, priva di data, che riassume il contenuto delle discussioni tenutesi prima e durante la riunione organizzata presso la Commissione il 15 settembre 1999 per discutere gli impegni, e in modo particolare la proposta di impegni presentata in via informale il 14 settembre 1999. Il secondo documento è una nota datata 16 settembre 1999, redatta dal direttore della Merger Task Force (in prosieguo: la «MTF») all'attenzione del membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza, in cui si pronuncia sugli impegni presentati il 15 settembre 1999 sotto il profilo procedurale e sotto il profilo del

merito. Questo secondo documento espone in sostanza, ai punti 11-13, il contenuto delle osservazioni presentate dalla Commissione in risposta al quesito del Tribunale sulla valutazione degli impegni.

114 Entro il termine prescritto dal Tribunale, la Commissione ha inoltre prodotto altri documenti:

— una nota al fascicolo, datata 16 settembre 1999, redatta da un capo unità della MTF e relativa ai principi applicabili alla presentazione di impegni oltre il termine;

— una nota datata 17 settembre 1999, redatta dal medesimo capo unità all'attenzione di un funzionario del segretariato generale, nonché una versione rivista di tale nota, che contengono il testo della comunicazione che sarebbe stata effettuata dal membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza e in cui si esprimono dubbi e perplessità sulla valutazione nel merito degli impegni proposti il 15 settembre 1999;

— note del membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza destinate ad essere utilizzate durante la riunione della Commissione sul progetto di decisione Airtours, nelle quali si esprimono dubbi e perplessità sulla valutazione nel merito degli impegni proposti il 15 settembre 1999;

— un progetto di decisione Airtours, che non menziona elementi relativi alla valutazione nel merito degli impegni proposti il 15 settembre 1999, ma in cui si fa solo valere che tali impegni sono stati presentati troppo tardivamente;

— una nota che riprende elementi di linguaggio intitolata «Punti difensivi — offerta di impegni», redatta dalla MTF all'attenzione del membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza al fine di presentare argomenti relativi in particolare alla valutazione nel merito degli impegni proposti il 15 settembre 1999.

115 Entro il termine prescritto dal Tribunale, la ricorrente ha presentato osservazioni sui vari documenti prodotti dalla Commissione in ottemperanza alla richiesta del Tribunale.

b) Giudizio del Tribunale

116 Il controllo delle concentrazioni ha lo scopo di fornire alle imprese interessate l'autorizzazione necessaria e preventiva alla realizzazione di qualsiasi operazione di concentrazione di dimensione comunitaria. Nell'ambito di tale controllo le imprese possono proporre impegni alla Commissione per ottenere una decisione che constati la compatibilità della loro operazione con il mercato comune.

117 A seconda dello stato di avanzamento della procedura amministrativa, gli impegni proposti devono consentire alla Commissione di concludere che l'operazione notificata non solleva più gravi perplessità per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune nella fase dell'indagine preliminare (art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89) o di rispondere alle obiezioni sollevate nell'ambito dell'indagine approfondita (art. 18, n. 3, in combinato disposto con l'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89). Pertanto, tali impegni permettono anzitutto di evitare l'apertura di una fase di indagine approfondita o, in seguito, di evitare l'adozione di una decisione che dichiari l'incompatibilità dell'operazione con il mercato comune.

118 L'art. 8, n. 2, del regolamento n. 4064/89 consente infatti alla Commissione di subordinare una decisione che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune in base al criterio definito all'art. 2, n. 2, del medesimo regolamento, a condizioni ed oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano gli impegni assunti nei suoi confronti per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune.

119 Vista sia l'importanza degli interessi finanziari e degli interessi industriali o commerciali sottesi a questo tipo di operazioni, sia i poteri di cui dispone la Commissione in tale materia, ci si può attendere che le imprese interessate facciano di tutto per agevolare il lavoro dell'amministrazione. Per gli stessi motivi la Commissione è tenuta a dare prova della massima diligenza nell'adempimento del suo compito di controllo delle concentrazioni.

120 Nel caso di specie risulta dalla decisione Airtours e dalle risposte delle parti ai quesiti del Tribunale che la Commissione ha deciso di avviare il procedimento di indagine approfondita il 3 giugno 1999. Essa ha inoltre dato alla ricorrente la possibilità di presentare osservazioni sulle obiezioni sollevate dai suoi servizi inviandole una comunicazione degli addebiti in data 9 luglio 1999 e tali questioni sono state esaminate durante l'udienza tenutasi il 28 e 29 luglio 1999. Per rispondere a tali obiezioni, il 19 agosto 1999 la ricorrente ha proposto vari impegni alla Commissione. Inizialmente gli impegni previsti miravano solo a garantire il mantenimento della concorrenza dei piccoli tour operator. La Commissione ha tuttavia segnalato alla ricorrente che la ricostituzione di una quarta forza poteva rappresentare una misura correttiva idonea a risolvere i problemi di concorrenza rilevati in quella fase. Questo punto è stato trattato dalla ricorrente durante una riunione con la Commissione tenutasi il 24 agosto 1999 sugli impegni proposti il 19 agosto 1999. In seguito è stato oggetto della prima serie di impegni, presentati formalmente il 7 settembre 1999 dopo discussioni con i servizi della Commissione, e della seconda serie di impegni, che rivedevano quelli precedenti, presentati formalmente il 15 settembre 1999 a seguito di una riunione con la Commissione tenutasi lo stesso giorno.

121 Si deve inoltre rilevare che, al centonovantatreesimo 'considerando' della decisione Airtours, la Commissione osserva che gli impegni presentati il 15 settembre 1999 non erano stati presi in considerazione dai suoi servizi in quanto erano stati presentati oltre il termine di tre mesi di cui all'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98, che scadeva il 7 settembre 1999, in mancanza di circostanze eccezionali pertinenti e che non era possibile, «nel breve tempo restante prima del termine fissato dall'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento [n. 4064/89, ossia il 5 ottobre 1999], procedere ad una valutazione accurata». Tale punto è pacifico tra le parti.

122 È inoltre pacifico tra le parti che la ricorrente ha presentato spontaneamente nuovi impegni il 15 settembre 1999 al fine di sostituire quelli presentati il 7 settembre 1999. Tale proposta di impegni rivisti è stata formulata, sulla base delle obiezioni sollevate nella comunicazione degli addebiti e del risultato del primo test di mercato realizzato in relazione agli impegni iniziali, per risolvere i problemi di concorrenza individuati in quella fase dalla Commissione. Nella fattispecie occorre prendere in considerazione tale seconda serie di impegni.

123 Infatti, la circostanza che il Tribunale abbia dichiarato illegittima la valutazione degli effetti dell'operazione sulla concorrenza esposta dalla Commissione nella decisione Airtours non significa che il rifiuto di accettare gli impegni proposti il 15 settembre 1999 sia illegittimo solo per tale motivo. Nella fase esaminata dal Tribunale la decisione Airtours non era ancora stata adottata e la ricorrente aveva deciso liberamente e con cognizione di causa di proporre alla Commissione soluzioni che consentissero di rispondere alle obiezioni individuate, al fine di ottenere una decisione di compatibilità. È in tale contesto che occorre valutare l'esistenza di un'eventuale violazione sufficientemente qualificata in fase di analisi degli impegni proposti, e non alla luce di elementi che non erano ancora noti alle parti nell'ambito della discussione sugli impegni.

124 Durante l'udienza del 29 aprile 2008 la Commissione ha precisato che all'epoca dei fatti, nel settembre 1999, la sua prassi relativa all'esame degli impegni presentati fuori termine consisteva nell'accettare tali impegni solo qualora fossero tali da rispondere chiaramente alle obiezioni sollevate in quella fase circa la compatibilità dell'operazione

con la concorrenza sul mercato comune. Tale comportamento è conforme all'obbligo di diligenza che incombe all'amministrazione nell'esercizio dei poteri decisionali ad essa conferiti dall'art. 8, nn. 2 e 3, del regolamento n. 4064/89 (v. supra, punto 49).

125 Secondo le informazioni fornite in risposta ad un quesito del Tribunale su questo punto, la Commissione ha rilevato che il suo atteggiamento iniziale, relativamente indulgente e conciliante, aveva rapidamente mostrato i suoi limiti. Le imprese interessate tendevano ad attendere l'ultimo momento per presentare i loro impegni e ciò minacciava il buon andamento della procedura decisionale in materia di controllo delle concentrazioni impedendo alla Commissione di esaminare tali impegni e di consultare i terzi e i rappresentanti degli Stati membri in condizioni soddisfacenti. A partire dal 27 maggio 1998 la Commissione ha deciso di applicare in maniera più rigorosa il termine di tre mesi di cui all'art. 18, n. 2, del regolamento n. 447/98 per limitare la possibilità di esaminare gli impegni tardivi ai soli casi per i quali sia ancora in grado di effettuare utilmente una valutazione.

126 Tale prassi è stata inoltre ripresa in seguito nella comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento n. 4064/89 e del regolamento n. 447/98 (GU 2001, C 68, pag. 3) al fine di rendere note le informazioni derivanti dall'esperienza acquisita in materia di impegni dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 4064/89. Detta comunicazione precisa al punto 43 che la Commissione accetta di esaminare gli impegni modificati, qualora essi le vengano sottoposti oltre il termine previsto dal regolamento n. 447/98, «se è in grado di determinare chiaramente — in base alla propria valutazione delle informazioni già ricevute nel corso dell'indagine, compresi i risultati della precedente indagine di mercato e senza dover ricorrere ad un'altra indagine — che tali impegni, una volta attuati, risolvono i problemi concorrenziali individuati e se viene lasciato un tempo sufficiente per un'adeguata consultazione degli Stati membri».

127 In una causa vertente su un'operazione di concentrazione notificata nel 2004 il Tribunale ha rilevato che risulta da tale comunicazione, la quale impegna volontariamente la Commissione, che le parti di un'operazione di concentrazione notificata possono ottenere che i nuovi impegni presentati tardivamente vengano presi

in considerazione subordinatamente a due condizioni cumulative, vale a dire, da un lato, che tali impegni risolvano chiaramente e senza necessità di indagini supplementari i problemi concorrenziali preventivamente individuati e, dall'altro, che sussista tempo sufficiente per consultare gli Stati membri in merito a tali impegni (sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-87/05, EDP/Commissione, Racc. pag. II-3745, punti 162 e 163).

128 Si deve constatare che la Commissione, anche se contrariamente a quanto risulta dalla decisione Airtours, non ha respinto gli impegni del 15 settembre 1999 senza essersi chiesta se essi potessero rispondere chiaramente alle obiezioni sollevate in quella fase del procedimento.

129 A tale riguardo, i documenti presentati in risposta alla richiesta del Tribunale espongono i motivi per i quali la Commissione poteva ritenere che tali impegni non rispondessero in modo soddisfacente a dette obiezioni. La nota del direttore della MTF del 16 settembre 1999 e la nota sui punti difensivi redatta dalla MTF all'attenzione del membro della Commissione incaricato delle questioni di concorrenza fanno riferimento ai dubbi della Commissione riguardanti l'affermazione secondo cui la quota di mercato del nuovo raggruppamento proposto dalla ricorrente, la quarta forza, ammontava al 10%. Infatti, non solo la quota di mercato della First Choice era più elevata di quella della quarta forza che veniva proposta dalla ricorrente in via sostitutiva, 11% secondo i dati più sfavorevoli, ma inoltre e soprattutto tale percentuale del 10% veniva raggiunta supponendo che la Cosmos, che costituiva uno degli elementi di tale quarta forza, registrasse una crescita interna significativa, da un anno all'altro, passando da 0,55 milioni di pacchetti vacanza venduti nel 1998/1999 a 0,8 milioni di pacchetti vacanza venduti nel 1999/2000, ossia il 45% in un anno. Orbene, tale crescita interna non era prospettabile, viste le caratteristiche del mercato. I menzionati documenti fanno inoltre riferimento a dubbi e perplessità concernenti vari punti, quali la composizione esatta dei pacchetti vacanza trasferiti alla nuova attività, l'interesse che poteva avere la Cosmos, che non attribuiva grande importanza all'utilizzo di una rete di agenzie, a rilevare la rete di agenzie della First Choice, nonché l'indipendenza della Cosmos nei confronti dei tre principali operatori che sarebbero rimasti sul mercato dopo l'operazione e avrebbero acquistato gran parte dei posti aerei venduti dalla Cosmos. Pertanto, gli impegni presentati il 15 settembre 1999 sono stati effettivamente esaminati dai servizi della Commissione, che hanno rilevato vari elementi tali da far dubitare che detti impegni consentissero di rispondere chiaramente alle obiezioni individuate in quella fase del procedimento.

130 Il fatto che la Commissione, nella decisione Airtours, non esponga l'analisi degli impegni presentati il 15 settembre 1999 effettuata dai suoi servizi non osterebbe a che il Tribunale tenga conto dei documenti pertinenti e sufficientemente probanti presentati in tal senso nell'ambito del ricorso in esame, i quali dimostrano l'esistenza di tale analisi.

131 Senza che occorra prendere posizione sulla possibilità per la Commissione di esaminare nel periodo di tempo disponibile gli impegni rivisti presentati il 15 settembre 1999, risulta da quanto precede che detti impegni non apparivano tali da rispondere chiaramente alle obiezioni sollevate in quella fase in ordine alla compatibilità dell'operazione con la concorrenza nel mercato comune. Il comportamento della Commissione non ha quindi avuto l'effetto di privare la ricorrente di qualsiasi possibilità di ottenere che l'operazione fosse dichiarata compatibile con il mercato comune. Su questo punto, pertanto, la Commissione non ha violato l'obbligo di diligenza ad essa incombente.

132 Di conseguenza la Commissione, nell'analisi degli impegni presentati dalla ricorrente al termine della fase amministrativa, non ha commesso una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli e atta a far sorgere la responsabilità della Comunità.

133 Ne consegue che il ricorso dev'essere respinto.

134 Lo stesso vale per le varie domande di misure di organizzazione del procedimento presentate dalla ricorrente per ottenere taluni documenti o alcuni chiarimenti sui fatti o sulla procedura. Infatti, alla luce delle risposte fornite dalle parti ai quesiti loro rivolti, e in seguito all'esame dei documenti trasmessi dalla Commissione e riguardanti l'analisi degli impegni del 15 settembre 1999 (v. supra, punti 113 e 114), si deve ritenere che le

misure richieste non siano necessarie per statuire sulla controversia in esame e che non si debba quindi dare un seguito favorevole a tali domande.

Sulle spese

135 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Tuttavia, ai sensi dell'art. 87, n. 3, del medesimo regolamento, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, ovvero per motivi eccezionali, il Tribunale può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.

136 Nel caso di specie, il Tribunale rileva che la Commissione afferma nella decisione Airtours di non avere esaminato gli impegni presentati dalla ricorrente il 15 settembre 1999 in ragione della loro presentazione tardiva e della mancanza di tempo disponibile. Di conseguenza, la ricorrente e il Tribunale potrebbero avere ritenuto che tali impegni rivisti, presentati a seguito di una riunione con i servizi della Commissione per modificare la proposta di impegni affinché rispondesse in modo più soddisfacente alle preoccupazioni individuate in questa fase del procedimento, non fossero stati esaminati da detta istituzione per motivi meramente procedurali. Orbene, risulta dalle misure di organizzazione del procedimento e istruttorie adottate dal Tribunale, da un lato, per preparare l'udienza del 29 aprile 2008 e, dall'altro, nel corso di questa stessa udienza, che i servizi della Commissione non si erano limitati a respingere in quanto tardivi gli impegni proposti il 15 settembre 1999, ma avevano anche effettuato un esame preliminare di tali impegni e constatato che essi non erano sufficienti in quella fase.

137 Pertanto, la dimostrazione da parte della Commissione del fatto che i suoi servizi hanno esaminato in maniera adeguata gli impegni presentati il 15 settembre 1999

conformemente alla prassi vigente all'epoca, che costituisce un elemento decisivo per la soluzione della controversia, è stata portata a conoscenza della ricorrente e del Tribunale solo in una fase molto avanzata della fase contenziosa.

138 La tardività di tale informazione è ancora più deplorevole se si considera che, a più riprese nel presente procedimento e nella causa T-403/05 (v. supra, punto 18), la ricorrente ha chiesto alla Commissione di trasmetterle tutti i documenti idonei, in sostanza, a consentirle di far valere i propri argomenti dinanzi al Tribunale. Pur se si può ritenere a priori che i documenti in questione non siano tali da consentire ad una parte di una concentrazione di avere ad essi accesso nell'ambito di un procedimento amministrativo a titolo del regolamento n. 4064/89 o ad un membro del pubblico di avere ad essi accesso previa domanda a titolo del regolamento n. 1049/2001, tuttavia tali documenti erano importanti al fine di consentire alla ricorrente di far valere i suoi argomenti nell'ambito del presente procedimento e al Tribunale di valutare la responsabilità extracontrattuale della Comunità.

139 Pertanto, e anche se ciò non ha influito sul presente giudizio, dato che i documenti in questione sono stati sottoposti al contraddittorio, i documenti prodotti durante e dopo l'udienza del 29 aprile 2008 avrebbero dovuto essere comunicati nel momento in cui la Commissione ha depositato il controricorso, nel quale contestava sia la ricevibilità sia il merito del motivo fondato sull'esistenza di un eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni. Di conseguenza, il Tribunale ritiene che venga operata un'equa valutazione delle circostanze del caso di specie decidendo che la Commissione sopporterà le proprie spese.

140 Ai sensi dell'art. 87, n. 4, primo comma, gli Stati membri intervenuti sopportano le proprie spese. Pertanto, la Repubblica federale di Germania sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

1) Il ricorso è respinto.

2) La MyTravel Group plc sopporterà le proprie spese.

3) La Commissione sopporterà le proprie spese.

4) La Repubblica federale di Germania sopporterà le proprie spese.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 9 settembre 2008.

Il cancelliere Il presidente

E. Coulon J. Azizi

Indice

Fatti all'origine della controversia . . . . . II - 1974

Procedimento e conclusioni delle parti . . . . . II - 1977

In diritto . . . . . II - 1981

A — Considerazioni preliminari sulle condizioni cui è subordinato il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità . . . . . II - 1981

1. Argomenti generali delle parti . . . . . II - 1981

a) Sulla nozione di violazione sufficientemente qualificata . . . . . II - 1982

b) Sulla nozione di norma preordinata a conferire diritti ai singoli . . . . . II - 1982

2. Giudizio del Tribunale . . . . . II - 1983

a) Sulla nozione di violazione sufficientemente qualificata . . . . . II - 1984

b) Sulla nozione di norme preordinate a conferire diritti ai singoli . . . . . II - 1986

B — Sull'esistenza di una «violazione sufficientemente qualificata» in fase di valutazione, da parte della Commissione, degli effetti dell'operazione Airtours/First Choice sulla concorrenza nel mercato comune . . . . . II - 1989

1. Argomenti delle parti . . . . . II - 1989

a) Sull'obbligo di riconoscere i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 . . . . . II - 1990

b) Sull'obbligo di definire la situazione del mercato in mancanza di concentrazione . . . . . II - 1991

c) Sull'obbligo di dimostrare le condizioni di un accordo tacito . . . . . II - 1992

Sull'instabilità delle quote di mercato . . . . . II - 1993

Sull'instabilità della domanda . . . . . II - 1993

Sulla scarsa crescita della domanda . . . . . II - 1994

Sulla trasparenza del mercato . . . . . II - 1995

Sull'obbligo di esaminare l'esistenza di un meccanismo dissuasivo . . . II - 1997

Sull'obbligo di attribuire la debita importanza alla reazione dei concorrenti e dei consumatori effettivi e potenziali . . . . . II - 1998

d) Sull'effetto cumulativo dei casi di travisamento degli elementi di prova e sulla carenza di motivazione . . . . . II - 1998

2. Giudizio del Tribunale . . . . . II - 2000

a) Sull'argomento relativo all'obbligo di riconoscere i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 2 del regolamento n. 4064/89 . . . . . II - 2000

b) Sugli argomenti relativi all'obbligo di definire la situazione di mercato in mancanza di concentrazione e all'obbligo di dimostrare le condizioni di un accordo tacito . . . . . II - 2001

c) Sugli argomenti relativi all'effetto cumulativo dei casi di travisamento degli elementi di prova e alla carenza di motivazione . . . . . II - 2007

C — Sull'eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni . . . . . II - 2009

1. Sulla ricevibilità dell'argomento relativo ad un eventuale illecito commesso in fase di analisi degli impegni . . . . . II - 2009

a) Argomenti delle parti . . . . . II - 2009

b) Giudizio del Tribunale . . . . . II - 2010

2. Nel merito . . . . . II - 2011

a) Argomenti delle parti . . . . . II - 2011

Sull'argomento presentato nelle memorie delle parti . . . . . II - 2011

Sulla possibilità di esaminare gli impegni del 15 settembre 1999 entro la scadenza del termine . . . . . II - 2012

Sul carattere sufficiente o meno degli impegni presentati il 15 settembre 1999 e sul seguito dato alla richiesta del Tribunale relativa alla produzione dei documenti attinenti a tale valutazione . . . . . II - 2013

b) Giudizio del Tribunale . . . . . II - 2016

Sulle spese . . . . . II - 2022