ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer — uitgebreid)

9 september 2008 *

In zaak T-212/03,

MyTravel Group plc, gevestigd te Rochdale, Lancashire (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door D. Pannick, QC, M. Nicholson en S. Cardell, solicitors, A. Lewis, barrister, en R. Gillis, QC,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door R. Lyal, A. Whelan en P. Hellström, vervolgens door R. Lyal en F. Arbault als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en M. Lumma als gemachtigden,

interveniënte,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tot vergoeding van de schade die verzoekster stelt te hebben geleden als gevolg van onregelmatigheden in de procedure strekkende tot controle van de verenigbaarheid van de concentratie tussen haarzelf en First Choice plc met de gemeenschappelijke markt,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, J. D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka en S. Frimodt Nielsen (rapporteur), rechters,

griffier: C. Kantza, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 april en 20 mei 2008,

het navolgende

Arrest

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

1 Op 29 april 1999 heeft verzoekster, de Britse touroperator Airtours plc, nadien MyTravel Group plc geworden, haar voornemen bekendgemaakt om het volledige kapitaal van First Choice plc, een van haar concurrenten in het Verenigd Koninkrijk, op de beurs te verwerven. Diezelfde dag heeft verzoekster dit concentratievoornemen bij

de Commissie aangemeld teneinde een goedkeurend besluit uit hoofde van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989, betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerde versie PB 1990, L 257, blz. 13), gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1), te verkrijgen.

2 Bij beslissing van 3 juni 1999 heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de concentratie grote twijfel deed rijzen over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt en heeft zij besloten overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 de onderzoeksprocedure in te leiden.

3 Op 9 juli 1999 heeft de Commissie verzoekster overeenkomstig artikel 18 van verordening nr. 4064/89 een mededeling van punten van bezwaar gezonden, waarin zij uiteenzette om welke redenen zij op het eerste gezicht van mening was dat de voorgenomen operatie zou leiden tot een collectieve machtspositie op de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen. Verzoekster heeft deze mededeling van punten van bezwaar op 25 juli 1999 beantwoord.

4 De Commissie heeft op 6 september 1999 de derdebelanghebbenden opgeroepen hun standpunten kenbaar te maken ten aanzien van een reeks verbintenissen die verzoekster voorstelde, welke voorstellen door deze laatste op 7 september 1999 formeel zijn ingediend. Deze derden hadden tot 8 september 1999 de tijd om te antwoorden en de gegeven antwoorden hebben de zorgen van de Commissie niet kunnen wegnemen.

5 Op 9 september 1999 heeft een meerderheid van het raadgevend comité voor concentraties geoordeeld dat de door verzoekster aangeboden verbintenissen niet de mededingingsproblemen zouden verhelpen die de Commissie in dat stadium had geïdentificeerd.

6 Voornoemde verbintenissen zijn aangeboden binnen de termijn van drie maanden, te rekenen vanaf de inleiding van de onderzoeksprocedure, voorzien in artikel 18, lid 2, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1), bedoeld om de betrokken ondernemingen in staat te stellen de Commissie verbintenissen voor te leggen die zij bereid zijn aan te gaan in een beschikking gebaseerd op artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89. Deze termijn van drie maanden verstreek op 7 september 1999.

7 Verzoekster heeft de Commissie op 14 september 1999 een nieuwe reeks voorstellen voor verbintenissen gedaan, die op de vorige was geschoeid. Op 15 september 1999 is bij de Commissie een vergadering gehouden om deze voorstellen te bespreken. Na afloop daarvan heeft verzoekster een definitief voorstel voor herziene verbintenissen aan de Commissie gedaan.

8 Verzoekster heeft op 16 september 1999 om verlenging van de termijn van drie maanden van artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 verzocht, welke de Commissie in uitzonderlijke omstandigheden kan toestaan. Verzoekster heeft in casu drie uitzonderlijke gevallen in de zin van deze bepaling ingeroepen: de problemen verwant aan de zoektocht naar een passende oplossing; het feit dat zij gedurende de gehele administratieve procedure constructief had overlegd; de tussentijdse hernieuwing van de Commissie.

9 Op 22 september 1999, dus vijftien dagen vóór het verstrijken van de wettelijke termijn van vier maanden, te rekenen vanaf de inleiding van de onderzoeksprocedure, die in artikel 10, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is voorzien als maximumtermijn voor het geven van een beschikking uit hoofde van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 — die op 5 oktober 1999 afliep —, heeft de Commissie de concentratie bij beschikking 2000/276/EG (Zaak IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (PB 2000, L 93, blz. 1; hierna: „Airtours-beschikking") onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst verklaard.

10 De Commissie geeft in punt 193 van de Airtours-beschikking aan dat deze onderneming in een zeer laat stadium van de procedure (op 15 september 1999) verbintenissen heeft voorgesteld. Zij merkt daarin ook op dat deze verbintenissen niets bevatten dat verzoekster niet had kunnen opnemen in een verbintenis die binnen de termijn van drie maanden van artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 zou zijn voorgesteld, dat verzoekster geen redenen had aangereikt op grond waarvan had kunnen worden aangenomen dat het een „uitzonderlijk geval" betrof zodat voornoemde termijn in de zin van voornoemde bepaling weer had kunnen ingaan en dat zij onvoldoende tijd had om die verbintenissen naar behoren te onderzoeken.

11 Verzoekster heeft een beroep tot nietigverklaring van de Airtours-beschikking ingesteld. Bij arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585; hierna: „Airtours-arrest"), heeft het Gerecht het derde middel gegrond en deze beschikking nietig verklaard. Dit middel had betrekking op de rechtmatigheid van de door de Commissie gemaakte beoordeling van de gevolgen van de operatie Airtours/First Choice voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt, zonder dat behoefde te worden ingegaan op het vierde middel, over de rechtmatigheid van de beoordeling door de Commissie van de in de loop van de administratieve procedure aangeboden verbintenissen.

Procesverloop en conclusies van partijen

12 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 18 juni 2003, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

13 De zaak is bij beslissing van 22 juli 2003 aan een uitgebreide kamer toegewezen.

14 Bij beschikking van 13 november 2003 is de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie in het geding ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

15 De Commissie heeft het Gerecht bij brief van 22 maart 2004 verzocht van verzoekster te verlangen dat zij een garantie van 1,5 miljoen EUR stelt voor de eventuele betaling van de kosten van de Commissie. Het Gerecht heeft de Commissie ervan in kennis gesteld dat er geen rechtsgrondslag voor een dergelijke garantie bestond.

16 Verzoekster heeft het Gerecht bij brief van 14 juli 2004 verzocht om maatregelen tot organisatie van de procesgang vast te stellen opdat haar toegang zou worden verleend tot het verslag van de door de Commissie ingestelde werkgroep voor de beoordeling van de weerslag van het Airtours-arrest, punt 11 supra, alsook de daarin vermelde documenten. De Commissie heeft bij brief van 9 december 2004 haar opmerkingen over dit verzoek meegedeeld, waarbij zij aangaf dat deze documenten konden worden opgevraagd bij wege van een verzoek op grond van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43).

17 Volgend op een dergelijk verzoek om toegang tot de documenten, heeft verzoekster het Gerecht bij brief van 9 januari 2006 opnieuw verzocht om in het kader van het onderhavige beroep maatregelen tot organisatie van de procesgang vast te stellen om de Commissie met name te gelasten het verslag van de werkgroep en de daarop betrekking hebbende documenten openbaar te maken. In die brief stelde verzoekster ook voor om de vraag naar de raming van de schade die zij vergoed wilde zien te beperken tot de periode van drie jaar tussen de Airtours-beschikking en het Airtours-arrest, punt 11 supra. De Commissie heeft bij brief van 17 februari 2006 haar opmerkingen over dit tweede verzoek kenbaar gemaakt.

18 Parallel daaraan heeft de Commissie bij beslissingen van 5 september en 12 oktober 2005 uit hoofde van verordening nr. 1049/2001 verzoekster de toegang geweigerd tot verschillende voorbereidende documenten die aan de Airtours-beschikking vooraf gingen, alsook tot documenten die door haar diensten waren opgesteld na de nietigverklaring van die beschikking bij het Airtours-arrest, punt 11 supra. Verzoekster heeft een beroep tot nietigverklaring van die beslissingen ingesteld (zaak T-403/05, MyTravel Group/Commissie).

19 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en zijn partijen in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang uitgenodigd een reeks vragen te beantwoorden.

20 Bij brief van 25 februari 2008 van de Bondsrepubliek Duitsland en bij brieven van 14 maart 2008 van verzoekster en van de Commissie, hebben partijen hun antwoorden op de vragen van het Gerecht ingediend.

21 Partijen zijn in hun pleidooien en antwoorden op vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 29 april en 20 mei 2008.

22 Ter terechtzitting van 29 april 2008 heeft het Gerecht de Commissie op grond van artikel 65, sub b, en van artikel 67, lid 3, derde alinea, van zijn Reglement voor de procesvoering, gelast alle in haar bezit zijnde documenten met betrekking tot de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen, die tussen die datum en de datum van vaststelling van de Airtours-beschikking, te weten 22 september 1999, zijn opgesteld, over te leggen.

23 De Commissie heeft aan dit verzoek voldaan door overlegging van twee documenten ter terechtzitting van 29 april 2008 en van verschillende documenten daarna.

24 Verzoekster heeft binnen de daartoe door het Gerecht gestelde termijn haar opmerkingen gemaakt over de verschillende documenten die door de Commissie na het verzoek van het Gerecht waren overgelegd.

25 Verzoekster concludeerde aanvankelijk dat het het Gerecht behage de Gemeenschap te veroordelen tot betaling van 517 900 000 pond sterling (GBP) bij wijze van schadevergoeding voor het volgende: gederfde winsten van First Choice, gemiste synergiebesparingen en kosten van het misgelopen bod, met aftrek van de kosten voor het welslagen van het bod.

26 Dit onderdeel van de conclusies is in de loop van de procedure bij het Gerecht gewijzigd, met name als gevolg van de elementen die in de conclusie van repliek naar aanleiding van het verweerschrift, in de brief aan het Gerecht van 9 januari 2006 (zie punt 17 supra) en ter terechtzitting van 20 mei 2008 in aanwezigheid van de door verzoekster en de Commissie aangewezen deskundigen zijn aangereikt.

27 Verzoekster concludeert in laatste instantie dat het het Gerecht behage:

— de Gemeenschap te veroordelen tot betaling van een bedrag dat het Gerecht in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de door partijen aangevoerde elementen heeft vastgesteld als vergoeding voor de schade die zij heeft geleden in de periode tussen de vaststelling van de Airtours-beschikking (22 september 1999) tot het moment waarop zij in beginsel First Choice na het Airtours-arrest had kunnen verwerven (geraamd op 31 oktober 2002);

— te gelasten dat over voornoemde schadevergoeding rente is verschuldigd, te rekenen vanaf de datum van het arrest waarbij de schadevergoedingsplicht in deze zaak wordt vastgesteld, op de voet van 8 % per jaar of elk ander percentage dat het Gerecht in het kader van de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid vaststelt;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

28 De Commissie, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

A — *Voorafgaande overwegingen ten aanzien van de voorwaarden waaronder de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap intreedt*

29 Het Gerecht acht het om te beginnen op zijn plaats de argumenten van partijen te onderzoeken ten aanzien van de voorwaarden waaronder de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap intreedt en meer bepaald de voorwaarde betreffende een onrechtmatige gedraging van de gemeenschapsinstellingen volgens welke sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, alsook het bestaan van een beweerde symmetrie tussen het beroep tot nietigverklaring en het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid.

1. *Algemeen betoog van partijen*

30 Partijen zijn het eens over de definitie van de voorwaarden waaronder de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap intreedt, daarbij verwijzend naar het arrest van het Hof van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291; hierna: „Bergaderm-arrest"), maar zijn het oneens over de betekenis die in het kader van de onderhavige zaak moet worden gegeven aan de voorwaarde van de vaststelling van een „onrechtmatige gedraging", nu er een arrest houdende nietigverklaring is, en over het belang dat moet worden gehecht aan de tekortkomingen die het Gerecht in het Airtours-arrest, punt 11 supra, heeft vastgesteld.

a) Begrip voldoende gekwalificeerde schending

31 Verzoekster betoogt primair dat de voor niet-contractuele aansprakelijkheid vereiste voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, gelijk kan worden gesteld aan de kennelijke beoordelingsfout die in een arrest houdende nietigverklaring wordt vastgesteld. In die omstandigheden heeft het Gerecht naar behoren rekening gehouden met de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie toen het besloot de Airtours-beschikking nietig te verklaren vanwege de door deze instelling gemaakte fouten. Deze analyse op zich volstaat om het bestaan van een onrechtmatige gedraging in de zin van artikel 288 EG vast te stellen.

32 De Commissie, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, verwerpt dit betoog gebaseerd op de symmetrie tussen het beroep tot nietigverklaring en het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid, op de grond dat een arrest houdende nietigverklaring niet volstaat voor de vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het Bergaderm-arrest, punt 30 supra.

b) Begrip rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen

33 Om het bestaan aan te tonen van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen in de zin van het Bergaderm-arrest, punt 30 supra, beroept verzoekster zich in hoofdzaak op artikel 2 van verordening nr. 4064/89, dat de maatstaven vastlegt aan de hand waarvan de Commissie een concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar of onverenigbaar moet verklaren. Deze bepaling kent particulieren rechten toe in de zin van het Bergaderm-arrest, punt 30 supra, nu de beschikkingen die krachtens artikel 8 van verordening nr. 4064/89 worden vastgesteld, betrekking hebben op de aangemelde operatie. Zonder een beschikking waarbij de Commissie ze verenigbaar verklaart, kan de onderneming die de operatie heeft aangemeld deze niet tot stand brengen en dit doet afbreuk aan haar ondernemingsvrijheid. Verordening nr. 4064/89 moet worden geplaatst in de context van het EG-Verdrag, dat op economisch liberalisme berust en de eenmaking van de gemeenschappelijke markt bevordert. Daarnaast betoogt verzoekster dat de Commissie in overeenstemming moet handelen met het beginsel van behoorlijk bestuur en met de zorgvuldigheidsplicht, die particulieren rechten toekennen.

34 De Commissie betoogt dat artikel 2 van verordening nr. 4064/89 niet als zodanig een rechtsregel is die ertoe strekt particulieren te beschermen, maar een rechtsregel die de maatstaven vastlegt op basis waarvan een concentratie in het belang van de consumenten met de gemeenschappelijke markt verenigbaar of onverenigbaar moet worden verklaard. De regels die ertoe strekken particulieren te beschermen, zoals de zorgvuldigheidsplicht, zijn die welke van toepassing zijn op het gedrag van de Commissie wanneer zij regels zoals die van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 toepast.

2. *Beoordeling door het Gerecht*

35 Volgens vaste rechtspraak moet voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in de zin van artikel 288, tweede alinea, EG, wegens een onrechtmatige

gedraging van haar organen, aan een aantal voorwaarden zijn voldaan: onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, het bestaan van schade en een oorzakelijk verband tussen de gedraging en de gestelde schade (arrest Hof van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG, 26/81, Jurispr. blz. 3057, punt 16, en arrest Gerecht van 14 december 2005, Beamglow/Parlement e.a., T-383/00, Jurispr. blz. II-5459, punt 95).

36 Wanneer aan één van die voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap niet is voldaan, moeten de schadevorderingen worden afgewezen zonder dat de twee andere voorwaarden behoeven te worden onderzocht (arrest Hof van 15 september 1994, KYDEP/Raad en Commissie, C-146/91, Jurispr. blz. I-4199, punt 81, en arrest Gerecht van 20 februari 2002, Förde-Reederei/Raad en Commissie, T-170/00, Jurispr. blz. II-515, punt 37).

a) Begrip voldoende gekwalificeerde schending

37 Wanneer, zoals in casu het geval is, aan de schadevordering de onrechtmatigheid van een rechtshandeling ten grondslag ligt, geldt voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap bovendien als voorwaarde, dat die rechtshandeling een voldoende gekwalificeerde schending oplevert van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen. Voor de vaststelling dat aan deze voorwaarde is voldaan, is beslissend dat een gemeenschapsinstelling de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden [Bergaderm-arrest, punt 30 supra, punten 42 en 43, en arrest Hof van 19 april 2007, Holcim (Deutschland)/Commissie, C-282/05 P, Jurispr. blz. I-2941, punt 47].

38 Het door het Hof ontwikkelde stelsel inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap houdt met name rekening met de ingewikkeldheid van de te regelen situaties, de moeilijkheden bij de toepassing of de uitlegging van de teksten en, meer in

het bijzonder, de beoordelingsmarge waarover de auteur van de betrokken handeling beschikt [Bergaderm-arrest, punt 30 supra, punt 40, en arrest Holcim (Deutschland)/ Commissie, punt 37 supra, punt 50].

39 Wanneer de aansprakelijk gestelde instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, kan de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht te doen vaststaan [Bergaderm-arrest, punt 30 supra, punt 44, en arrest Holcim (Deutschland)/Commissie, punt 37 supra, punt 47]. Hetzelfde geldt wanneer de verwerende instelling de toepasselijke materiële of procedurele voorschriften verkeerd toepast (zie in die zin arrest Hof van 14 juli 1967, Kampffmeyer e.a./Commissie, 5/66, 7/66 en 13/66–24/66, Jurispr. blz. 317, 339 en 340).

40 Volgend op een maatregel tot organisatie van de procesgang, waarin partijen werd verzocht aan te geven welke weerslag het arrest van 11 juli 2007, Schneider Electric/ Commissie (T-351/03, Jurispr. blz. II-2237, hogere voorziening hangende, zaak C-440/07 P, Commissie/Schneider Electric), op de onderhavige zaak heeft, met name met betrekking tot de in het Bergaderm-arrest, punt 30 supra, ontwikkelde beginselen, hebben partijen erkend dat uit de rechtspraak volgt dat het begrip voldoende gekwalificeerde schending geen betrekking heeft op vergissingen of fouten die weliswaar ernstig zijn te noemen, maar naar hun aard of omvang passen bij het normale gedrag van een instelling die belast is met de toepassing van de mededingingsregels, die ingewikkeld en lastig zijn en waarvoor een ruime marge bij de uitlegging geldt.

41 Ter terechtzitting van 29 april 2008 op dit punt ondervraagd, heeft verzoekster ook aangegeven dat het feit dat het Gerecht de Airtours-beschikking heeft vernietigd — op grond dat het toekomstgerichte onderzoek van de mededingingssituatie dat daarin was uiteengezet geenszins op solide bewijs was gestoeld, maar gebrekkig was doordat een aantal elementen die voor de beoordeling van het eventuele ontstaan van een collectieve machtspositie van belang waren, verkeerd waren beoordeeld — op zich niet volstond om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen, omdat de rechtspraak inzake schadevorderingen andere maatstaven aanlegt.

42 Als zou worden aanvaard dat dit anders is door zonder nadere analyse de in het Airtours-arrest, punt 11 supra, geconstateerde nietigheid gelijk te stellen aan een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van het Bergaderm-arrest, dan zou de Commissie immers in de uitoefening van de haar door het EG-Verdrag toegekende functie van mededingingsautoriteit kunnen worden belemmerd, vanwege de remmende werking die de dreiging van schadevorderingen van de betrokken ondernemingen op het concentratietoezicht zou kunnen hebben.

43 Om rekening te houden met een dergelijk gevolg, dat indruist tegen het algemeen gemeenschapsbelang, kan de schending van een wettelijke verplichting, hoe betreurenswaardig ook, die wordt verklaard door de objectieve beperkingen die voor de instelling en haar personeel op het gebied van concentratiecontrole gelden, geen aanleiding geven tot een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht met het oog op de intreding van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Wanneer daarentegen het gedrag van de instelling bestaat in de vaststelling van een handeling die duidelijk met de rechtsregel in strijd is en de belangen van derden ernstig schaadt, en die niet kan worden gerechtvaardigd of verklaard door de bijzondere beperkingen die objectief voortvloeien uit de uitoefening van de normale activiteit van de instelling, komt de door dat gedrag veroorzaakte schade wel voor vergoeding in aanmerking.

b) Begrip regels die ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen

44 Verzoekster beroept zich in de eerste plaats op de schending van de materiële regels die door de Commissie zijn toegepast in de Airtours-beschikking om haar recht op schadevergoeding te doen gelden.

45 Dit betreft artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89, volgens welk „concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, onverenigbaar [worden] verklaard met de gemeenschappelijke markt". Als aan dit criterium is voldaan, dient de Commissie een beschikking op

grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 vast te stellen om de concentratie met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar te verklaren.

46 Daarnaast betreft dit artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89, volgens welk „concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, verenigbaar [worden] verklaard met de gemeenschappelijke markt". Als aan dit criterium is voldaan, dient de Commissie een beschikking op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 vast te stellen om de concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te verklaren. Aan deze beschikking kunnen eventueel voorwaarden en verplichtingen worden verbonden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de door hen ten opzichte van de Commissie aangegane verbintenissen, bedoeld om de concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te doen zijn, nakomen.

47 Net als artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89, dat ziet op het geval van een goedkeuringsbeschikking, moet artikel 2, lid 3, dat ziet op het geval van een verbodsbeschikking, worden uitgelegd in het licht van artikel 2, lid 1, van deze verordening, dat de elementen noemt waarmee de Commissie in concreto rekening moet houden om de verenigbaarheid of de onverenigbaarheid van een concentratie met communautaire dimensie met de gemeenschappelijke markt te beoordelen.

48 Tezamen beschouwd hebben deze bepalingen tot doel om particulieren rechten toe te kennen, in die zin dat de Commissie, wanneer bij haar op grond van verordening nr. 4064/89 een concentratie aanhangig is gemaakt, deze in beginsel moet goedkeuren of verbieden, al naargelang haar beoordeling van de meest waarschijnlijke economische ontwikkeling die de betrokken operatie tot gevolg zal hebben. Wanneer dus de in artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89 genoemde voorwaarden zijn vervuld, heeft een onderneming die een concentratie met een communautaire dimensie heeft aangemeld, er recht op dat deze operatie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar

wordt verklaard. Deze onderneming kan die operatie echter niet zonder de toestemming van de Commissie tot stand brengen (zie artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89). Ook een verbodsbeschikking op grond van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 heeft belangrijke gevolgen. Een dergelijke inmenging in het zakenleven door de Gemeenschap, die van een onderneming vereist dat zij voor de totstandbrenging van de voorgenomen concentratie toestemming verkrijgt en die de Commissie verplicht de totstandbrenging van deze operatie te verbieden indien zij met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar zou blijken te zijn, impliceert noodzakelijkerwijs dat de ondernemingen aan wie een goedkeuring wordt geweigerd, om vergoeding kunnen vragen voor de schadetoebrengende gevolgen van een dergelijke beschikking als zou blijken dat deze berust op een voldoende gekwalificeerde schending van de materiële regels die de Commissie heeft toegepast om de verenigbaarheid van de betrokken operatie met de gemeenschappelijke markt te beoordelen.

49 Verzoekster beroept zich in de tweede plaats op de zorgvuldigheidsplicht om het bestaan van een onrechtmatige gedraging van de Commissie aan te tonen. Op dit punt volstaat het op te merken dat wanneer een onregelmatigheid wordt geconstateerd die in overeenkomstige omstandigheden door een normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid niet zou zijn begaan, geconcludeerd kan worden dat de gedraging van de instelling een onrechtmatige handeling is waarvoor de Gemeenschap aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 288 EG (arresten Gerecht van 12 juli 2001, Comafrica en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 en T-225/99, Jurispr. blz. II-1975, punt 134, en 17 maart 2005, Agraz e.a./Commissie, T-285/03, Jurispr. blz. II-1063, punt 40, niet ter discussie gesteld in de hogere voorziening bij arrest Hof van 9 november 2006, Agraz e.a./Commissie, C-243/05 P, Jurispr. blz. I-10833). Het beschermingskarakter van de zorgvuldigheidsplicht jegens particulieren, dat voor de bevoegde instelling de verplichting inhoudt om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, is in de rechtspraak erkend, daaronder begrepen in geval van een beroep tot schadevergoeding (arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14; arrest Gerecht van 18 september 1995, Nölle/Raad en Commissie, T-167/94, Jurispr. blz. II-2589, punten 73-76; beschikking Gerecht van 14 december 2005, Arizona Chemical e.a./Commissie, T-369/03, Jurispr. blz. II-5839, punt 88, en arrest Agraz e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 49; zie ook arrest Gerecht van 9 juli 1999, New Europe Consulting en Brown/Commissie, T-231/97, Jurispr. blz. II-2403, punten 37-45, dat verwijst naar het beginsel van behoorlijk bestuur).

50 Uit het voorgaande volgt dat artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89, gelezen in samenhang met de leden 1 en 2 van deze bepaling en met artikel 8, leden 2 en 3, van deze verordening, evenals de zorgvuldigheidsplicht, regels instellen die tot doel hebben om rechten toe te kennen aan de ondernemingen die betrokken zijn bij een beschikking die de totstandbrenging van een concentratie verbiedt.

51 Met deze beginselen als maatstaf moet worden nagegaan of de onrechtmatigheid van de Airtours-beschikking, die bij het Airtours-arrest, punt 11 supra, nietig is verklaard, van dien aard is dat zij de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan doen intreden vanwege een voldoende gekwalificeerde schending van de materiële en procedurele regels die kunnen worden ingeroepen door een onderneming die om toestemming voor haar concentratie verzoekt. In dat opzicht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de beweringen ten aanzien van het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending in het stadium van de beoordeling van de gevolgen van de operatie voor de mededinging en de beweringen ten aanzien van het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending in het stadium van het onderzoek van de in de loop van de administratieve procedure voorgestelde verbintenissen.

B — *Bestaan van een „voldoende gekwalificeerde schending" in het stadium van de beoordeling door de Commissie van de gevolgen van de operatie Airtours/First Choice voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt*

1. *Argumenten van partijen*

52 Verzoekster betoogt dat de onrechtmatige gedraging die in de rechtspraak volgend op het Bergaderm-arrest is vereist, volgt uit het Airtours-arrest, punt 11 supra, waarin is toegelicht in welk opzicht het gedrag van de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending oplevert. De Commissie heeft door vaststelling van de Airtours-beschikking een voldoende gekwalificeerde schending begaan om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van artikel 288, tweede alinea, EG te doen intreden omdat zij kennelijk en op ernstige wijze de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 heeft overschreden en aan haar algemene zorgvuldigheidsplicht heeft verzaakt. Deze twee grondslagen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en zijn terug te voeren op de enkele vraag of de Commissie bij de

beoordeling van de verenigbaarheid van de operatie Airtours/First Choice met de gemeenschappelijke markt, zich rechtens genoegzaam van haar taak en verplichtingen in de hoedanigheid van mededingingsautoriteit heeft gekweten.

53 Ter ondersteuning van dit betoog onderscheidt verzoekster twee typen van redeneerfouten bij de beoordeling van de gevolgen van de operatie. Verzoekster geeft in de eerste plaats te kennen dat de Commissie niet heeft voldaan aan het competentieniveau dat voor de concentratiecontrole is vereist, dat op zijn minst veronderstelt dat zij het toepasselijke recht kent en dat zij de voor het begrip van de mededingingssituatie en de kwalificatie van collectieve machtspositie nodige elementen aanwijst. Verzoekster kwalificeert de gebreken van de Commissie in dit stadium als gebreken in de eerste rang (zie punten 54-71 hierna). Daarnaast betoogt verzoekster dat deze gebreken zijn verergerd en bevestigd door een groot aantal gebreken in de tweede rang, die verband houden met het feit dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het overgelegd bewijs en de Airtours-beschikking niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Deze gebreken in de tweede rang tonen op zichzelf of in verbinding met de gebreken in de eerste rang aan dat de Commissie kennelijk blijk heeft gegeven van incompetentie bij de beoordeling van de relevante bewijselementen en dat zij deze bewijsmiddelen terzijde heeft gelaten omdat zij ingingen tegen de door haar ontwikkelde theorie (zie de punten 72 en 73 hierna).

a) Verplichting om de beperkte werkingssfeer van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 te erkennen

54 Verzoekster benadrukt wat het toepasselijke recht betreft dat zij in haar verzoek om nietigverklaring had betoogd dat de Airtours-beschikking op zijn minst gedeeltelijk was gegrond op unilaterale effecten, die volgens haar een onjuiste uitlegging van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 betroffen en kennelijk in strijd waren met de beoordelingsruimte waarover de Commissie bij de toepassing van deze bepaling beschikt.

55 De Commissie herinnert eraan dat de Airtours-beschikking was gegrond op de beoordeling van een collectieve machtspositie en niet op de theorie van unilaterale effecten. Het was van weinig belang om in het kader van het onderhavige beroep tot schadevergoeding te weten of de theorie van unilaterale effecten in het kader van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 kon worden toegepast.

b) Verplichting om de marktsituatie zonder de concentratie te definiëren

56 Verzoekster betoogt op het punt van de feitelijke analyse van de gevolgen van de concentratie dat de Commissie ernstig in strijd met haar beoordelingsbevoegdheid heeft gehandeld door niet te preciseren hoe de mededingingssituatie vóór de totstandbrenging van de voorgenomen operatie was, terwijl dit nochtans het aanvangspunt voor de analyse van de gevolgen van de operatie voor de mededinging is (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 84). Deze verzaking van de Commissie aan haar plicht om hierover een standpunt in te nemen, heeft de gehele Airtours-beschikking aangetast (Airtours-arrest, punt 75). Zo zou de Commissie hebben getracht te betogen dat de marktontwikkelingen in de 18 maanden die volgden op de conclusies van het rapport van de Monopolies and Mergers Commission, één van de mededingingsautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk, van dien aard waren dat zij elke grondslag ontnamen aan de in dit rapport getrokken conclusies dat op de markt behoorlijk geconcurreerd werd aan het einde van het jaar 1997 (Airtours-arrest, punten 96-108).

57 De Commissie merkt op dat zij de wijzigingen op de markt voor touroperators in het Verenigd Koninkrijk in de periode tussen 1997, toen het rapport van de Monopolies and Mergers Commission bekend werd gemaakt, en 1999, toen de concentratie werd aangemeld, heeft onderzocht. Zij benadrukt dat zij tot de conclusie was gekomen dat de concentratiegraad sterk verhoogd was, zich daarbij baserend op door derdebelanghebbenden overgelegde bewijselementen, waardoor de beoordeling van de gevolgen van de operatie is beïnvloed. De Commissie geeft evenwel te kennen dat zij zich in de Airtours-beschikking op het standpunt had gesteld dat er vóór de operatie geen machtspositie bestond (zoals het Gerecht ook heeft vastgesteld — zie punt 88 van het Airtours-arrest, punt 11 supra, hoewel het in punt 75 daarvan de kritiek uit dat deze omschrijving „elliptisch" is). Volgens de Commissie moest dus het ontstaan van een dergelijke positie worden aangetoond en niet de versterking ervan. Niemand achtte het

dus noodzakelijk om de marktsituatie zonder de concentratie in kaart te brengen. De enige vraag die opkwam was of er reeds een neiging tot collectieve overheersing bestond, in welk geval de operatie een broos evenwicht zou kunnen verstoren en derhalve de ruimte voor effectieve mededinging ernstig zou kunnen beperken. De Commissie heeft dus geen beoordelingsfout gemaakt door zich niet in de marktsituatie te verdiepen en zich enkel op het standpunt te stellen dat sommige aspecten van de globale situatie op de betrokken markten (te weten de marktkenmerken omschreven in de punten 87-126 van de Airtours-beschikking) de totstandbrenging van een collectieve machtspositie als gevolg van de concentratie in de hand konden werken.

c) Verplichting om de voorwaarden voor stilzwijgende afstemming aan te tonen

58 Verzoekster herinnert eraan dat de Commissie om de totstandbrenging van een collectieve machtspositie aan te tonen, moest nagaan of de drie voorwaarden, gedefinieerd in punt 62 van het Airtours-arrest, punt 11 supra, waren vervuld, te weten: in de eerste plaats het vermogen van elk lid van de oligopolide machtspositie te weten of de andere leden zich bij de gezamenlijke gedragslijn aansloten, hetgeen wijst op voldoende transparantie op de markt; in de tweede plaats of de stilzwijgende coördinatie duurzaam is, hetgeen wijst op een stimulans om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken; in de derde plaats, de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en consumenten die in staat zouden kunnen blijken aan de gemeenschappelijke gedragslijn af te doen. Meerdere door de Commissie in de Airtours-beschikking naar voren geschoven elementen om het bestaan van dergelijke voorwaarden aan te tonen, berusten evenwel op een verkeerde beoordeling van de feiten.

59 De Commissie preciseert dat zij op de verschillende door verzoekster genoemde voorwaarden is ingegaan, zoals volgt uit punt 87 van de Airtours-beschikking waarin de betrokken elementen zijn opgesomd. Haar kennis van de voor de vaststelling van een collectieve machtspositie noodzakelijke voorwaarden, is hier dus niet in het geding.

Instabiliteit van de marktaandelen

60 Verzoekster onderstreept dat de schommelingen in de marktaandelen een relevant element in de beoordeling van de Commissie vormen (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 111). Verzoekster heeft in de onderhavige zaak te kennen gegeven dat de marktaandelen van de verschillende spelers op de relevante markt in het verleden zeer onstabiel waren geweest, hetgeen erop zou kunnen wijzen dat er op de markt geen collectieve machtspositie bestond. Dit feit is in de Airtours-beschikking niet in overweging genomen, waarschijnlijk omdat de Commissie van oordeel was dat dit niet in haar these paste.

61 De Commissie geeft te kennen dat de grote instabiliteit van de marktaandelen terug te voeren is op het feit dat rekening is gehouden met de acquisities die sommige marktdeelnemers hebben gedaan. De marktaandelen zouden integendeel zeer stabiel zijn geweest als met deze acquisities geen rekening was gehouden. De Commissie benadrukt dat zij zich in de Airtours-beschikking op het standpunt heeft gesteld dat het belang van de interne groei het meest relevante criterium was voor de beoordeling van de stimulansen om oligopolide gemeenschappelijk gedrag te vertonen, in die zin dat wanneer er weinig kans bestaat om door vergroting van zijn capaciteit zijn marktaandeel te verhogen, de aanmeting van parallel gedrag het meest waarschijnlijke is. Het Gerecht is deze analyse niet gevolgd, omdat het van oordeel was dat de Commissie niet had aangetoond in welk opzicht de mogelijkheid om elkaar te beconcurreren door middel van acquisities irrelevant was. Dit betekent evenwel niet dat deze analyse flagrant in strijd is met bewijselementen die in het kader van de administratieve procedure zijn verkregen, nu sommige van die bewijselementen aantoonden dat de perspectieven voor acquisities na 1998 beperkt waren.

Instabiliteit van de vraag

62 Verzoekster beklemtoont dat de stabiliteit van de vraag een voor de vorming van een machtspositie gunstige factor is (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 139). Aan dit aspect is in punt 97 van de Airtours-beschikking voorbijgegaan, nu de Commissie heeft aangegeven dat de volatiliteit van de vraag de markt meer geschikt maakte voor de vorming van een collectieve machtspositie. Het is pas in de loop van het debat in het

kader van het beroep tot nietigverklaring dat de Commissie heeft toegegeven dat de economische theorie het gewicht had dat het Gerecht er in het Airtours-arrest aan heeft gegeven en dat zij, zonder daarin te slagen, haar these heeft getracht te verdedigen door zich te baseren op de bijzondere op de zaak betrekking hebbende feiten. Dit is geen juist standpunt. Als de door de Commissie gekozen aanpak in de Airtours-beschikking zich niet liet verenigen met het gewicht van de economische theorie, was zij verplicht tot staving van haar standpunt een coherente these naar voren te brengen, die geschraagd was door een verdedigbare economische theorie.

63 De Commissie geeft aan dat zij tijdens de administratieve procedure het Binmore-rapport, dat door verzoekster was overgelegd, heeft onderzocht op het belang dat aan de instabiliteit van de vraag moest worden gehecht. Zij heeft haar zelfs verzocht om over dit rapport aanvullende opmerkingen te maken. Dit rapport is dus niet door de Commissie genegeerd. Zij merkt evenwel op dat het geen gegevens over de relevante markt bevatte en hoofdzakelijk betrekking had op de coördinatie van prijzen, eerder dan capaciteit. De Commissie benadrukt ook dat in het rapport zelfs werd erkend dat coördinatie op het punt van capaciteit mogelijk was, maar dat daarin werd getwijfeld over de vraag of de touroperators daadwerkelijk ervan weerhouden zouden worden om vals te spelen.

Zwakke groei van de vraag

64 Verzoekster onderstreept dat de zwakke groei van de vraag een voor stilzwijgende afstemming gunstig element is. Zij geeft aan dat zij tijdens de administratieve procedure te kennen heeft gegeven dat de vraag in het verleden sneller was gegroeid dan het bruto binnenlands product in het Verenigd Koninkrijk; dat, niettegenstaande een kleine hapering in 1995 en in 1996, de vraag volgens het belangrijkste sectorrapport opnieuw was gegroeid en dat de verwachting was dat de groei zich in de komende twee jaar zou doorzetten. De Commissie heeft echter met die elementen geen rekening gehouden. Volgens verzoekster heeft de Commissie, zoals ook tijdens het debat voor het Gerecht naar voren is gekomen, zich liever gebaseerd op een alleenstaand, niet gedateerd uittreksel van een bladzijde van een door Ogilvy & Mather uitgewerkt rapport, dat zij nooit in zijn geheel heeft gezien of bestudeerd. Dit stuk is haar meegedeeld door de onderneming die het doelwit van de overname was, First Choice, die tegen de operatie

was gekant. Dit document, dat door de Commissie selectief en onjuist wordt aangehaald, is nooit aan verzoekster getoond opdat zij er tijdens de administratieve procedure haar opmerkingen over zou kunnen maken en wordt tegengesproken door andere aan de Commissie meegedeelde elementen. Dit zou een flagrant voorbeeld zijn van hoe de Commissie kennelijk in strijd met haar algemene zorgvuldigheidsplicht heeft gehandeld.

65 De Commissie herinnert eraan dat de hier relevante vraag is of de groei van de vraag voldoende was om elk parallel gedrag na de concentratie uit te sluiten. Zij onderstreept dat zij bij de beoordeling van dit aspect in de zaak Airtours, de belangrijkste marktdeelnemers heeft verzocht om een schatting van de groei van de vraag in het verleden en de toekomst te geven en dat het haar in die context wordt verweten dat zij het rapport van Ogilvy & Mather niet correct heeft aangehaald. De Commissie merkt in dit verband op dat het in dat rapport aangehaalde marktgroeipercentage 3,7 % was, terwijl het door verzoekster ingeroepen groeipercentage op basis van de statistieken van de British National Travel Survey (BNTS) gelijk was aan 3,4 %. Het debat is des te onbegrijpelijker nu de cijfers van Ogilvy & Mather op de statistieken van de BNTS zouden moeten zijn gebaseerd. Er is dus niet daadwerkelijk sprake van conflicterende bewijzen. De Commissie geeft hoe dan ook te kennen dat verzoekster niet ingaat op de vraag naar de voorspellingen van de groei van de vraag. Op dit punt geeft de Commissie aan dat zij zich ook had kunnen beroepen op verzoeksters opmerkingen tijdens de administratieve procedure, dat het jaarlijkse groeipercentage van de vraag in de periode 2000/2002 op ongeveer 3,3 % moet worden geschat.

Transparantie van de markt

66 Verzoekster benadrukt dat markttransparantie een essentieel element is bij de beoordeling van een collectieve machtspositie, in die zin dat bij gebreke van transparantie het voor de marktdeelnemers moeilijker is om stilzwijgende overeenkomsten te sluiten, om de identiteit van degenen die deze overeenkomsten niet nakomen vast te stellen en hen te bestraffen (Airtours-arrest, punt 11 supra, punten 156 en 159). Volgens haar was het voor de Commissie in de onderhavige zaak een probleem dat er een schier oneindige variëteit in het aanbod van vakanties bestaat. Een dergelijke

heterogeniteit bemoeilijkte de heimelijke afstemming aanzienlijk. Geconfronteerd met deze moeilijkheid om haar these over de stilzwijgende coördinatie aan te tonen, heeft de Commissie gewoonweg besloten er geen rekening mee te houden. Zij heeft er eenvoudigweg de voorkeur aan gegeven te betogen dat de leden van het oligopolie de capaciteit en niet de prijs afstemden en dat „de enige bestaande mogelijkheid [was] om toe te zien op het totale niveau van de capaciteit (het aantal vakantiereizen) dat wordt aangeboden door de afzonderlijke geïntegreerde touroperators" (punt 91 van de Airtours-beschikking). Zij heeft ook staande gehouden dat, aangezien de planning van het volgende seizoen gebaseerd was op de omzet in het voorafgaande seizoen, de markt transparant was. Aldus is de Commissie voorbij gegaan aan bewijsmiddelen die tijdens de administratieve procedure zijn overgelegd. Bovendien verdraait de Commissie de analyse van het Gerecht in het Airtours-arrest, punt 11 supra, door te beweren dat zij zeer veel informatie heeft moeten analyseren alvorens een standpunt hierover in te nemen. Nochtans schuilt hier volgens verzoekster niet de werkelijke moeilijkheid: de Commissie heeft gewoon geweigerd op het precieze punt van de heterogeniteit van het product en de complexe aard van de organisatie van capaciteit in te gaan of zelf het werk te verrichten dat het Gerecht voor zijn rekening heeft genomen, niettegenstaande het grote belang ervan in het kader van elke zaak betreffende een collectieve machtspositie.

67 Volgens de Commissie is het niet omdat het Gerecht heeft vastgesteld dat een conclusie niet rechtens genoegzaam is komen vast te staan, dat het bewijs is geleverd dat zij kennelijk en ernstig tekort is geschoten in haar taak de bewijselementen zorgvuldig te onderzoeken. De Commissie betoogt in casu dat wanneer touroperators zich op de gehele relevante markt parallel gedrag eigen maken, zij in staat moeten zijn om elke afwijking van dit gedrag op de markt snel genoeg te ontdekken om het afwijkend gedrag te bestraffen. Bedoelde transparantie moet dus betrekking hebben op een parameter waarop de afstemming betrekking kan hebben, namelijk de totale capaciteit van de markt gespreid over de bestemmingen waarin de consumenten geïnteresseerd zijn. De kernvraag is dus of er voldoende transparantie bestond om abnormale stijgingen van de capaciteit vroeg genoeg te ontdekken en de overige touroperators in staat te stellen vergelding te nemen. De Commissie heeft op dit punt aangegeven dat zij tot de conclusie kwam dat er aanzienlijke continuïteit van het ene seizoen op het andere bestond. Zij voegt toe dat hoewel de totale capaciteit op ontelbare beslissingen berust, deze beslissingen genomen worden binnen een budget dat door de vraag wordt gedicteerd. De wetenschap van het aanbod van de anderen in het verleden stelt de touroperators in staat, aldus de Commissie, om snel wijzigingen in het actuele aanbod op te merken. Vanwege het feit dat de eerste brochures twaalf tot vijftien maanden vóór

de eigenlijke vakanties worden uitgegeven, zijn de beslissingen inzake luchtvervoer en in zekere mate de hotelcapaciteit voor iedereen zichtbaar.

Verplichting om het bestaan van een vergeldingsmechanisme te onderzoeken

68 Verzoekster geeft te kennen dat ofschoon de noodzaak van een vergeldingsmechanisme in het kader van de vaststelling van een situatie van een collectieve machtspositie wordt erkend (Airtours-arrest, punt 11 supra, punten 192 en 193), het standpunt van de Commissie in de Airtours-beschikking dubbelzinnig is wat de noodzaak van een dergelijk mechanisme betreft (Airtours-arrest, punt 191). Het Gerecht heeft ook de door de Commissie ingeroepen argumenten om het bestaan van een dergelijke mechanisme aan te tonen afgewezen en de Commissie tracht nu deze fouten uit te leggen door te beweren dat zij worden verklaard door het feit dat de beoordeling van de transparantie en de instabiliteit van de vraag door het Gerecht niet dezelfde is als die in de Airtours-beschikking. Een dergelijke verklaring is niet toereikend, omdat een eerdere fout niet kan worden ingeroepen om een latere fout te vergoelijken.

69 De Commissie herinnert eraan dat de in de punten 55 en 150 van de Airtours-beschikking uiteengezette opmerkingen over de noodzaak van een „stringent vergeldingsmechanisme", hetzelfde type van mechanisme betreffen als dat waarvan verzoekster beweert dat het noodzakelijk is (in wezen het type mechanisme dat men over het algemeen eerder bij een kartel dan een oligopolide situatie aantreft). Het feit dat het Gerecht de vaststellingen van de Commissie ten aanzien van de verschillende vergeldingsmogelijkheden heeft verworpen (Airtours-arrest, punt 11 supra, punten 200-207), betekent niet dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met relevante bewijselementen. Uit de punten 148 en volgende van de Airtours-beschikking volgt immers dat het juist de door verzoekster opgeworpen punten zijn die de Commissie heeft onderzocht.

Verplichting om het vereiste belang toe te kennen aan de reactie van daadwerkelijke en potentiële concurrenten en consumenten

70 Verzoekster geeft te kennen dat het Gerecht de Commissie heeft verweten dat zij niet rechtens genoegzaam de mogelijke reactie van kleine touroperators en de andere concurrenten alsook de potentiële consumenten op de totstandbrenging van de operatie heeft onderzocht (Airtours-arrest, punt 11 supra, punten 213, 266, 273 en 274). De Commissie heeft op deze punten de door verzoekster tijdens de administratieve procedure ingeroepen bewijselementen terzijde gelaten.

71 De Commissie merkt op dat volgens de Airtours-beschikking de belangrijkste rem op het vermogen van de kleine touroperators om op de door de grote touroperators opgelegde capaciteitsbeperking te reageren in de toegang tot de vliegtuigstoelen was gelegen. Het Gerecht heeft evenwel geconcludeerd dat er vanuit een aantal hoeken tegen bevredigende voorwaarden stoelen aan de kleine touroperators konden worden aangeboden. De Commissie heeft deze bewijselementen anders beoordeeld, niet genegeerd. Dit geldt ook voor de toegang tot de distributiekanalen. Het feit dat de analyse van de Commissie niet door het Gerecht is aanvaard, volstaat niet om aan te tonen dat zij een fout heeft gemaakt of bewijselementen heeft genegeerd. Wat de potentiële concurrenten betreft merkt de Commissie op dat haar conclusies berusten op overwegingen ten aanzien van de toegang tot de vliegtuigstoelen en de distributiekanalen die aangaande de kleine touroperators zijn genoemd. Dit geldt ook voor het argument over het feit dat de mogelijke reactie van de consumenten niet in aanmerking is genomen, in die zin dat het vermogen van de consumenten om bij kleine touroperators vakanties te kopen afhangt van het vermogen van deze laatsten om die aan te bieden. De Commissie meent dat deze beoordelingen, hoewel zij onjuist zijn geoordeeld, niettemin niet onredelijk zijn.

d) Cumulatief effect van de gevallen waarin bewijselementen zijn genegeerd en de ontoereikendheid van de motivering

72 Verzoekster geeft te kennen dat de Airtours-beschikking een reeks gebreken in de tweede rang vertoont, die de eerdergenoemde gebreken verergeren en bevestigen. Een reeks gebreken, die tezamen worden genomen, kan de aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van artikel 288, tweede alinea, EG teweegbrengen (arrest Gerecht van 28 november 2002, Scan Office Design/Commissie, T-40/01, Jurispr. blz. II-5043, punt 107). Zo heeft verzoekster ten aanzien van elk aspect van het betoog over de collectieve machtspositie bewijselementen ingeroepen die de Commissie heeft genegeerd. Er zouden op dit punt veertig gevallen van negeren van dergelijke elementen door de Commissie zijn. De Commissie kan niet beweren dat haar standpunten ten aanzien daarvan niet onredelijk zijn. De Commissie heeft bovendien staande gehouden dat de Airtours-beschikking toereikend is gemotiveerd, hetgeen onjuist is, nu het derde middel van het beroep tot nietigverklaring niet alleen betrekking had op artikel 2 van verordening nr. 4064/89, maar ook op een schending van artikel 253 EG. In diezelfde zin voorziet artikel 41 van het op 7 december 2000 te Nice afgekondigde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1), dat het recht op behoorlijk bestuur de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden behelst. De Commissie heeft in casu aan haar plicht verzaakt om voldoende overtuigende bewijzen te gebruiken om de Airtours-beschikking binnen de waaier van beschikkingen te brengen die zij gelet op de haar toebedeelde speelruimte kan vaststellen. Er zouden 22 voorbeelden van een dergelijke ontoereikende motivering bestaan.

73 De Commissie betoogt dat het feit dat zij sommige bewijselementen boven andere heeft verkozen niet betekent dat zij de bewijselementen in hun geheel, of zelfs elk van deze elementen, heeft genegeerd. Een dergelijke conclusie zou enkel toelaatbaar zijn indien het op basis van de bewijselementen bereikte resultaat duidelijk en kennelijk met die elementen op gespannen voet zou staan. De Commissie zet in één van de bijlagen bij haar conclusie van dupliek alle bewijselementen op een rij die zij in haar bezit had en die zij met zorg en nauwgezet tijdens de administratieve procedure heeft onderzocht. De Commissie merkt daarnaast op dat een schending van artikel 253 EG niet de aansprakelijkheid van de instelling kan teweegbrengen, omdat de motiveringsplicht geen rechtsregel is die ertoe strekt particulieren te beschermen. Bovendien bevat het Airtours-arrest, punt 11 supra, geen enkele beoordeling op grond waarvan een schending van de motiveringsplicht kan worden vastgesteld. Daarenboven is de

verwijzing naar artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie irrelevant, nu deze bepaling niet aangeeft dat een motiveringsgebrek een beroep tot schadevergoeding rechtvaardigt.

2. *Beoordeling door het Gerecht*

a) Argument betreffende de verplichting de beperkte werkingssfeer van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 te erkennen

74 In antwoord op de bewering van verzoekster dat de Commissie de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden door op zijn minst gedeeltelijk naar de economische theorie die ook wel unilaterale effecten wordt genoemd, te verwijzen om de operatie Airtours/First Choice uit hoofde van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar te verklaren, moet om te beginnen worden vastgesteld dat — net als het Gerecht in de punten 49 tot en met 54 van het Airtours-arrest, punt 11 supra, heeft gedaan — de Commissie ontkent dat zij een nieuwe benadering van deze bepaling heeft gevolgd en betoogt dat zij de reeds eerder gebruikte en door het Gerecht in zijn arrest van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, Jurispr. blz. II-753) goedgekeurde benadering heeft gevolgd.

75 Gelet op deze betwisting door de Commissie en bij gebreke van voldoende gedetailleerde aanwijzingen van de zijde van verzoekster op grond waarvan kan worden aangegeven of en in welke mate deze beweerdelijk nieuwe aanpak de minste weerslag heeft kunnen hebben op de beoordeling van de gevolgen van de operatie Airtours/First Choice voor de mededinging door de Commissie, hoeft geen uitspraak te worden gedaan over de beweerde verzaking van de plicht om de beperkte werkingssfeer van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 te erkennen.

b) Argumenten betreffende de plicht om de marktsituatie zonder de concentratie te omschrijven en de plicht de voorwaarden voor stilzwijgende afstemming vast te stellen

76 Aangaande verzoeksters beweringen dat de Commissie de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden in het kader van haar analyse van de operatie Airtours/First Choice wat de criteria inzake de totstandbrenging van een collectieve machtspositie betreft, moet eraan worden herinnerd waaruit een dergelijke analyse bestaat.

77 Een situatie van collectieve machtspositie die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan aanzienlijk belemmert, kan als gevolg van een concentratie ontstaan wanneer deze, rekening houdend met de kenmerken van de relevante markt en met de wijziging die de totstandkoming van de operatie in de structuur ervan aanbrengt, ertoe leidt dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich bewust wordt van de gemeenschappelijke belangen, en het mogelijk, economisch rationeel en dus verkieselijk vindt om duurzaam één front te vormen op de markt met het doel om boven concurrerende prijzen te verkopen zonder een overeenkomst te hoeven sluiten of zijn toevlucht te hoeven nemen tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 EG en zonder dat de daadwerkelijke of potentiële concurrenten dan wel de cliënten en de consumenten hierop doeltreffend kunnen reageren (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 61).

78 Voor het ontstaan van een aldus beschreven situatie van collectieve machtspositie moet aan drie voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kunnen kennen teneinde na te gaan of zij één front vormen. In de tweede plaats is het noodzakelijk dat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd, dat wil zeggen, er moet een stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken. In de derde plaats moet de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie rechtens voldoende aan te tonen, ook bewijzen dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten de van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 62).

79 In het kader van het beroep tot nietigverklaring had het Gerecht, gelet op al het voorgaande geconcludeerd dat de Commissie in de Airtours-beschikking, die een niet op solide bewijzen gebaseerde prospectieve analyse bevat, elementen die van belang zijn voor de beoordeling van het ontstaan van een collectieve machtspositie verkeerd had beoordeeld. De Commissie heeft de concentratie dus verboden zonder rechtens voldoende aan te tonen dat zij zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van de drie grote touroperators die een significante belemmering voor een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt kon vormen (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 294).

80 Op het gebied van niet-contractuele aansprakelijkheid kan in beginsel niet worden uitgesloten dat kennelijke en ernstige fouten in de economische analyse die de basis vormt voor een op grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde beschikking waarbij een concentratie overeenkomstig artikel 2, leden 1 en 3, van deze verordening met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar wordt verklaard, voldoende gekwalificeerde schendingen kunnen vormen om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in de zin van de rechtspraak teweeg te brengen (zie de punten 37-43 hiervoor).

81 Bij de vaststelling of dit het geval is, moet rekening worden gehouden met het feit dat de economische analyses die met het oog op de mededingingsrechtelijke kwalificatie van een situatie of transactie moeten worden verricht, in het algemeen ingewikkelde en moeilijke intellectuele uiteenzettingen zijn, zowel wat de beschrijving van de feiten als wat de op basis van die beschrijving uitgewerkte redenering betreft, waarin gemakkelijk bepaalde onvolkomenheden kunnen sluipen, zoals ruwe schattingen, tegenstrijdigheden of zelfs leemten. Dit geldt, gelet op de door de instelling in acht te nemen termijnen, temeer bij concentratiecontrole. De Commissie intervenieert immers om redenen van rechtszekerheid, gelegen in het feit dat de marktdeelnemers zo snel mogelijk een beslissing van de Commissie moeten kunnen krijgen opdat zij hun operatie tot stand zouden kunnen brengen, binnen korte en stringente termijnen. In geval van ernstige twijfels over de gevolgen van de aangemelde operatie, beschikt de Commissie over slechts vier maanden om haar onderzoek naar deze operatie te voeren en de mening van alle betrokken of belanghebbende partijen te peilen.

82 Dergelijke tekortkomingen in de economische analyse kunnen zich des te meer voordoen wanneer, zoals in het geval van concentratiecontrole, de analyse voor een deel prospectief is. In die omstandigheden kan een onjuistheid in de weergave van de feiten of in de redenering niet altijd ernstig genoeg worden geacht om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap te doen intreden. In de onderhavige zaak moet worden opgemerkt dat de intrinsieke moeilijkheid die gepaard gaat met het prospectieve aspect van de analyse van de gevolgen van de operatie voor de mededingingssituatie na de totstandbrenging ervan, nog wordt versterkt door het feit dat de betrokken economische situatie buitengewoon complex is, in die zin dat de Commissie moest oordelen over de eventuele totstandbrenging van een collectieve machtspositie, die oligopolide en niet slechts duopolistisch van aard is, op een markt van een product dat een verkoop in een reisbureau combineert met luchtvervoer en een hotelverblijf en waarop de mededinging eerder op capaciteit dan op prijs plaatsvindt.

83 Daarnaast moet er aan worden herinnerd dat de Commissie als communautaire mededingingsautoriteit over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt. Van haar kan dus niet worden verwacht dat zij de relevante bepalingen steeds op exact dezelfde wijze toepast, en zij geniet ook een zekere vrijheid bij de keuze van de haar ter beschikking staande econometrische middelen en van de bij de bestudering van een bepaald fenomeen te volgen benadering (zie in die zin, op het punt van de afbakening van de relevante markt, arresten Gerecht van 17 december 2003, British Airways/Commissie, T-219/99, Jurispr. blz. II-5917, punten 89 en volgende, en 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, Jurispr. blz. II-3601, punt 482), zolang deze keuzen maar niet kennelijk in strijd zijn met de in de economische wetenschap erkende beginselen en op consequente wijze worden toegepast.

84 De complexiteit van de situaties die op het gebied van concentratiecontrole moet worden geregeld, de moeilijkheden verwant aan de tijdsdruk waaronder de instelling in dat kader staat en de beoordelingsruimte waarover de Commissie beschikt, moeten worden meegewogen bij de beoordeling of de Commissie in het kader van haar analyse van de gevolgen voor de mededinging van de operatie Airtours/First Choice, mogelijk een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan.

85 Bijgevolg moet de analyse van het Gerecht in het kader van het beroep tot schadevergoeding noodzakelijkerwijs rekening houden met de gebeurlijkheden en de moeilijkheden die met concentratiecontrole in het algemeen en complexe oligopolide structuren in het bijzonder gepaard gaan. In deze zin moet de beoordelingsvrijheid van de administratie conform de rechtspraak volgend op het Bergaderm-arrest, punt 30 supra, worden uitgelegd. Daaraan worden hogere eisen gesteld dan het geval zou zijn bij een beroep tot nietigverklaring, in het kader waarvan het Gerecht slechts binnen de grenzen van de door de verzoekende partij aangevoerde middelen, de wettigheid van de bestreden beslissing onderzoekt, teneinde te verzekeren dat de Commissie een juiste beoordeling heeft gemaakt van de verschillende elementen op grond waarvan zij de aangemelde operatie in de zin van artikel 2, leden 1 en 3, van verordening nr. 4064/89 met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar heeft verklaard. Bijgevolg kunnen, anders dan verzoekster betoogt, eenvoudige beoordelingsfouten en het feit dat relevante bewijzen die in het kader van het Airtours-arrest, punt 11 supra, zijn gebruikt, niet zijn opgevoerd, als zodanig niet volstaan om een schending te kwalificeren als een kennelijke en ernstige overschrijding van de grenzen waarbinnen de beoordelingsvrijheid van de Commissie op het gebied van concentratiecontrole dient te blijven en dit wanneer zij met een complexe oligopolide situatie wordt geconfronteerd.

86 In die context vraagt het betoog betreffende de zwakke groei van de vraag om een afzonderlijk onderzoek, aangezien de beoordelingen van de Commissie berusten op een onvolledige en onjuiste beoordeling van de haar in het kader van de administratieve procedure verstrekte en in de Airtours-beschikking vermelde gegevens (zie punt 64 supra, Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 127). De aan concentratiecontrole klevende beperkingen zijn evenwel dusdanig dat het enkele feit dat de Commissie een document heeft uitgelegd zonder zich te houden aan de letterlijke inhoud en de teleologische strekking ervan, terwijl zij het wel als een essentieel document heeft betrokken bij haar beoordeling dat het groeipercentage van deze markt in de jaren negentig gematigd is geweest en zal blijven (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 130), niet volstaat om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen (zie punt 82 supra). Hetzelfde geldt ten aanzien van het feit dat de Commissie gegevens uit het dossier, waarnaar het in geding zijnde document verwees, heeft genegeerd (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 132).

87 De Commissie beschikte in de onderhavige zaak immers over bewijsmiddelen uit het administratieve dossier waaruit zij redelijkerwijs had kunnen opmaken dat de groei in de komende jaren licht zou gaan stijgen. Het feit dat de in de Airtours-beschikking

gemaakte beoordeling door het Gerecht aan de kaak is gesteld, is te plaatsen in het kader van het geschil over de wettigheid, waarin het Gerecht de door de Commissie getrokken juridische en feitelijke conclusies heeft onderzocht in het licht van de door verzoeksters in haar beroep aangevoerde argumenten en de in die beschikking opgenomen elementen. Die omstandigheid betekent nog niet dat de Commissie haar beoordelingsvrijheid op het gebied van concentratiecontrole kennelijk en ernstig heeft geschonden, zolang zij — zoals in casu — de redenen kan uiteenzetten waarom zij redelijkerwijs kon denken dat haar beoordeling gegrond was. In dit verband volgt uit het administratieve dossier dat het verzoekster zelf is die de Commissie van gegevens heeft voorzien die een zwak jaarlijks groeipercentage voor de jaren 2000 tot en met 2002 in het vooruitzicht stelden.

88 Aangaande het betoog inzake de transparantie van de markt, kan niet anders worden vastgesteld dan dat de Commissie op dit punt geen rekening heeft gehouden met een essentieel element voor de kwalificatie van een collectieve machtspositie als mededingingsbeperkend (zie punt 66 supra en het Airtours-arrest, punt 11 supra, punten 156-180). Net als bij de groei van de vraag, toont de op dit punt in de Airtours-beschikking uiteengezette redenering dat, ofschoon de conclusies die de Commissie bereikt het Gerecht niet hebben overtuigd omdat zij niet met voldoende bewijsmiddelen waren geschraagd of slecht waren toegelicht, zij niettemin tot haar besluit is gekomen na afloop van een nauwgezet onderzoek van de in het kader van de administratieve procedure overgelegde gegevens. Zelfs indien in het kader van het beroep tot nietigverklaring een onwettigheid is komen vast te staan, kan deze beoordelingsfout worden verklaard door de objectieve beperkingen die vanwege de bepalingen inzake concentratiecontrole voor de instelling en haar personeelsleden gelden (zie punt 43 supra).

89 Immers, zelfs als de door de Commissie gevolgde aanpak in de Airtours-beschikking, die zich ertoe beperkte het totaal aantal pakketreizen dat elk jaar door elke marktdeelnemer werd voorgesteld globaal in aanmerking te nemen, niet door het Gerecht is gevolgd omdat het een voorkeur had voor de door verzoekster verdedigde aanpak, volgens welke het complexe proces niet eenvoudigweg bestond uit voortzetting van de in het verleden geschatte of verkochte capaciteit, maar uit het nemen van talloze heterogene beslissingen op micro-economisch niveau op basis van schattingen van de volatiliteit van de markt en de groei van de vraag, doet dit er niet aan af dat — gelet op de in het administratieve dossier opgenomen elementen — de door de Commissie ontwikkelde these, hoe onjuist zij in het kader van de rechtmatigheidstoetsing ook is,

niet een voldoende gekwalificeerde schending oplevert om te worden beschouwd als gedrag dat afwijkt van het normale gedrag van een instelling die over de toepassing van de mededingingsregels moet waken.

90 Daarenboven moet worden vastgesteld dat de overige in het kader van het Airtours-arrest, punt 11 supra, vastgestelde gebreken, niet voldoende gekwalificeerd zijn om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen.

91 Dit geldt voor de beweerde verzaking van de plicht om de marktsituatie zonder de concentratie te omschrijven (zie punt 56 supra), aangezien uit de door de Commissie aangevoerde argumenten rechtens genoegzaam volgt dat haar diensten deze situatie op basis van de beschikbare bewijselementen hebben onderzocht om vast te stellen welke wijzigingen na de totstandbrenging van de operatie in de concurrentiestructuur zouden worden aangebracht.

92 Dit geldt ook voor de argumenten betreffende de instabiliteit van de marktaandelen (zie punt 60 supra), de beweerde verzaking van de plicht het bestaan van een vergeldingsmechanisme te onderzoeken (zie punt 68 supra), en de beweerde verzaking van de plicht om belang te hechten aan de reactie van de daadwerkelijke en potentiële concurrenten en consumenten (zie punt 70 supra), in die zin dat de these die de Commissie over deze punten heeft ontwikkeld — die het Gerecht niet heeft kunnen overtuigen — geen kennelijke en ernstige schending van de in het administratieve dossier opgenomen elementen oplevert.

93 Dezelfde redenering geldt ook voor het argument inzake de instabiliteit van de vraag (zie punt 62 supra), aangezien de door verzoekster ingeroepen tekortkoming niet van zodanig belang is geweest dat deze moet worden beschouwd als voldoende gekwalificeerd om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap te doen intreden. De

Commissie merkt in dit verband overigens op dat de door de verzoekster op dit punt aangereikte bewijsmiddelen op zich niet volstonden om de instabiliteit van de vraag aan te tonen.

c) Argumenten inzake cumulatief effect van de gevallen waarin bewijselementen zijn genegeerd en de ontoereikendheid van de motivering

94 Afzonderlijk beschouwd zijn de door het Gerecht in het Airtours-arrest, punt 11 supra, vastgestelde beoordelingsfouten te verklaren door de objectieve beperkingen die aan concentratiecontrole eigen zijn en aan de bijzondere complexiteit van de in de onderhavige zaak onderzochte mededingingssituatie. Deze analyse wordt niet op losse schroeven gezet door het cumulatief effect dat wordt ingeroepen door verzoekster, die betoogt dat een reeks tekortkomingen, tezamen genomen, kan volstaan om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen.

95 In dit verband moet worden opgemerkt dat punt 107 van het arrest Scan Office Design/Commissie, punt 72 supra, niet ter ondersteuning van een dergelijk betoog kan worden ingeroepen daar het Gerecht daarin opmerkt dat „de Commissie een reeks ernstige fouten heeft begaan, die ieder voor zich of in ieder geval tezamen genomen moeten worden geacht te voldoen aan de eerste van de drie voorwaarden voor het ontstaan van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap". Deze fouten zijn van een heel andere aard dan de beoordelingsfouten die het Gerecht in het Airtours-arrest heeft vastgesteld. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Scan Office Design/Commissie, punt 72 supra, betreft het gekwalificeerde fouten die zijn begaan in het kader van de beoordeling van een aanbesteding, te weten de weigering van de Commissie documenten over te leggen om de onjuiste reden dat de aanvaarding van een offerte betreffende een aanbesteding die te laat was ingediend, de inaanmerkingneming van een niet-ondertekende en niet-becommentarieerde evaluatie of van onregelmatige evaluaties en de keuze van een offerte die niet voldeed aan het bestek, niet zouden bestaan. In de onderhavige zaak zijn de beoordelingsfouten door de diensten van de Commissie begaan toen zij vele bewijselementen hebben moeten onderzoeken om een bijzonder moeilijk te kwalificeren mededingingssituatie te analyseren. De beoordelingsvrijheid waarover de Commissie beschikt in het kader van

vragen naar de niet-contractuele aansprakelijkheid op het gebied van concentratiecontrole, geldt zowel op het vlak van het afzonderlijk onderzoek naar de vergissingen die bij de analyse van de gevolgen van de operatie kunnen worden begaan als op het vlak van een alomvattend onderzoek van dergelijke vergissingen. Bijgevolg kan er niet van worden uitgegaan dat het loutere feit dat het Gerecht in het Airtours-arrest, punt 11 supra, vele beoordelingsfouten heeft geïnventariseerd, volstaat om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen.

96 Wat, ten slotte, het argument betreffende de ontoereikende motivering van de Airtours-beschikking betreft, volstaat het op te merken dat deze niet volstaat om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap teweeg te brengen. Uit het Airtours-arrest, punt 11 supra, volgt immers dat de analyse van het Gerecht van het derde middel, inzake de schending van zowel artikel 2 van verordening nr. 4064/89 als van artikel 253 EG, enkel betrekking heeft op de argumenten betreffende de schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89. De nietigverklaring van de Airtours-beschikking berust dus op het feit dat de Commissie niet rechtens genoegzaam — in het licht van de bewijzen waarvan in die beschikking gewag wordt gemaakt — heeft vastgesteld dat de concentratie een collectieve machtspositie in het leven zou roepen die de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt aanzienlijk kon belemmeren (Airtours-arrest, punt 11 supra, punt 294). De Airtours-beschikking is dus toereikend gemotiveerd, daar het Gerecht de wettigheid ervan heeft kunnen toetsen, zelfs als deze motivering tijdens die toetsing onjuist is gebleken.

97 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in het kader van haar analyse van de operatie Airtours/First Choice aan de hand van de criteria inzake de totstandbrenging van een collectieve machtspositie, niet in de zin van de rechtspraak een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan van een rechtsregel die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen.

C — *Eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid*

1. *Ontvankelijkheid van het betoog inzake de eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid*

a) Argumenten van partijen

98 De Commissie houdt staande dat het betoog inzake de eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid niet-ontvankelijk is, omdat dit middel in het verzoekschrift niet, zelfs niet beknopt, is toegelicht en verzoekster op dit punt niet kan volstaan met te verwijzen naar de bijlagen waarin de argumenten zijn overgenomen die in het kader van het beroep tot nietigverklaring op dit punt naar voren zijn gebracht.

99 Verzoekster merkt op dat het in casu enkel relevant is te weten of de Commissie ten aanzien van het ingeroepen middel een standpunt kan innemen en of het Gerecht in staat is zijn toetsingsbevoegdheid uit te oefenen. De elementen die op dit punt in het verzoekschrift zijn uiteengezet, voldoen aan dit criterium en zij zijn in de bijlagen 15 en 16 bij die memorie uitgewerkt, welke bijlagen de noodzakelijke bewijselementen bevatten.

b) Beoordeling door het Gerecht

100 Ingevolge artikel 21, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie, dat krachtens artikel 53, eerste alinea, van dat Statuut en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht op de procedure bij het Gerecht van toepassing is, moet het verzoekschrift het voorwerp van het geschil aangeven en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Deze uiteenzetting dient zo duidelijk en precies te zijn, dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het Gerecht zijn rechterlijke controle kan uitoefenen. Teneinde de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is het noodzakelijk, dat de essentiële feitelijke en juridische gronden van het beroep — althans summier, maar coherent en begrijpelijk — uit het verzoekschrift zelf blijken (beschikkingen Gerecht van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, Jurispr. blz. II-523, punt 20, en 11 juli 2005, Internationaler Hilfsfonds/Commissie, T-294/04, Jurispr. blz. II-2719, punt 23).

101 Om aan deze vereisten te voldoen, moet een verzoekschrift waarin vergoeding van de door een gemeenschapsinstelling veroorzaakte schade wordt gevorderd, de gegevens bevatten die het mogelijk maken te bepalen welke gedraging de verzoeker haar verwijt (beschikking Internationaler Hilfsfonds/Commissie, punt 100 supra, punt 24).

102 Verzoekster heeft in casu in haar verzoekschrift te kennen gegeven dat de weigering van de Commissie om de in de loop van de administratieve procedure aangeboden verbintenissen te aanvaarden of zelfs maar te onderzoeken, een voldoende gekwalificeerde schending oplevert van meerdere rechtsregels die ertoe strekken particulieren rechten toe te kennen. De in dit verband opgenomen verwijzingen naar het betoog dat ter ondersteuning van het vierde middel in het kader van het beroep tot nietigverklaring in zaak T-342/99 is aangevoerd (over de wettigheid van de Airtours-beschikking in het licht van de regels over verbintenissen), die gedetailleerd zijn uiteengezet in de bijlagen 15 en 16 bij deze memorie, zijn te beschouwen als een eenvoudig eensluidend afschrift van de uiteenzetting in het verzoek om nietigverklaring die erop gericht was het gedrag van de Commissie aangaande de analyse van de aangeboden verbintenissen onwettig te verklaren.

103 In het licht van die aanwijzigen was de Commissie in staat haar verweer ten aanzien van dit middel voor te bereiden.

104 Bijgevolg moeten de opmerkingen van de Commissie over de ontvankelijkheid van het middel inzake een eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid worden verworpen.

2. *Ten gronde*

a) Argumenten van partijen

Betoog dat in de memories van partijen is gepresenteerd

105 Verzoekster geeft in haar memories te kennen dat de Commissie, door te weigeren de verbintenissen die zij in de loop van de administratieve procedure had aangeboden, te aanvaarden of zelfs maar in overweging te nemen, heeft gehandeld in strijd met artikel 2 en artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel en de verplichting om de onderzoeksprocedure voor verbintenissen naar behoren toe te passen. Deze schendingen leveren een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van de rechtspraak op. Verzoekster betoogt meer bepaald dat, indien de Commissie de door haar voorgestelde verbintenissen had aanvaard en niet ten onrechte had verworpen, de operatie overeenkomstig artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89 zou zijn goedgekeurd en dat dit ook het geval zou zijn geweest als dergelijke verbintenissen niet nodig waren omdat de operatie geen aanleiding tot mededingingsproblemen gaf. Verzoekster betoogt eveneens dat de Commissie rekening had moeten houden met de tweede reeks verbintenissen niettegenstaande het feit dat zij buiten de bij verordening nr. 4064/89 voorziene termijn waren ingediend.

106 De Commissie merkt op dat uit de Airtours-beschikking volgt dat de eerste reeks verbintenissen niet volstond om de aangemelde operatie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te doen zijn, in die zin dat de totstandbrenging van één enkele touroperator van gemiddelde omvang die van de door de grote touroperators gecontroleerde keten van reisbureaus afhankelijk was, niet zou hebben gewaarborgd dat er op de betrokken markt voldoende concurrentie zou zijn geweest (punten 186-192 van de Airtours-beschikking). Wat de tweede reeks verbintenissen betreft, die na afloop van de in artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 voorziene termijn zijn aangeboden, preciseert de Commissie dat, zelfs als deze termijn in uitzonderlijke omstandigheden had kunnen worden verlengd, verzoekster noch om een verlenging heeft verzocht noch uitzonderlijke omstandigheden heeft aangevoerd die een dergelijke maatregel vóór het verstrijken van de termijn rechtvaardigden. Bovendien behelsde de tweede reeks van verbintenissen geen enkel element dat niet in de eerste reeks van verbintenissen had kunnen worden opgenomen. Daarenboven stond tijdnood aan een behoorlijk onderzoek van de nieuwe verbintenissen in de weg (punt 193 van de Airtours-beschikking). De afwijzing van de aangeboden verbintenissen was dus terecht en levert geen voldoende gekwalificeerde schending op die de aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan teweegbrengen.

Mogelijkheid om de verbintenissen van 15 september 1999 nog binnen de resterende termijn te onderzoeken

107 In antwoord op de maatregelen tot organisatie van de procesgang waartoe het Gerecht had besloten, die erop gericht waren te weten om welke redenen de Commissie niet in staat was de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen in de „korte tijd die haar restte" te beoordelen en welke de aanvullende onderzoeken waren die voor de beoordeling van deze verbintenissen waren vereist, heeft verzoekster te kennen gegeven dat de Commissie wel degelijk in staat was de verbintenissen te onderzoeken en dat haar weigering om dit te doen gerechtvaardigd noch verklaard werd door de bijzondere beperkingen die objectief op de normale werking van de instelling van toepassing waren.

108 De Commissie zet de redenen uiteen waarom, ofschoon de termijn voor het nemen van een beslissing over de operatie Airtours op 5 oktober 1999 afliep, de conceptbeschikking op dinsdag 21 september 1999 voor de middag klaar moest zijn. De praktijk van de Commissie bestaat er immers in een conceptbeschikking voor te bereiden ten behoeve

van de vergadering van haar leden die plaats vindt in de week die voorafgaat aan de week waarin de termijn afloopt, om zo rekening te kunnen houden met de mogelijkheid dat een meerderheid van hen om wijzigingen verzoekt. In casu beschikten de diensten van de Commissie dus slechts over drieënhalve dag om de op woensdag 15 september 1999 aangeboden verbintenissen te onderzoeken (zijnde donderdag 16, vrijdag 17, maandag 20 en de ochtend van dinsdag 21 september 1999). Gelet op het feit dat er nog belangrijke onzekerheden waren, dat een nieuwe markttoets en een nieuwe raadpleging van het raadgevend comité binnen drieënhalve dag moesten worden uitgevoerd, dat de commentaren die op de eerste markttoets waren ontvangen zeer negatief waren, dat alles wat er in de tweede reeks verbintenissen was opgenomen ook aanvankelijk had kunnen worden aangeboden en dat verzoekster niet om afwijking had verzocht of overtuigende uitzonderlijke omstandigheden had aangevoerd om daarvan te genieten, is de Commissie van oordeel dat de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen niet hoefden te worden onderzocht.

(On)toereikendheid van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen en de gevolgen die zijn gegeven aan het verzoek van het Gerecht om overlegging van documenten betreffende die beoordeling

109 In antwoord op de maatregel tot organisatie van de procesgang waartoe het Gerecht had besloten, die erop gericht was te weten in hoeverre op basis van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen de problemen konden worden opgelost die de Commissie in dat stadium van de procedure had geïdentificeerd, geeft verzoekster te kennen dat de Commissie gewag heeft gemaakt van twee zorgen, te weten de noodzaak om een vierde kracht met een marktaandeel van ten minste 10 % op de relevante markt in het leven te roepen, met toegang tot een distributienetwerk. Aan deze twee punten werd door de voorgestelde verbintenissen tegemoet gekomen: de vierde kracht (Cosmos met 0,8 miljoen verkochte pakketten in 1998) zou een activiteit verkrijgen die 0,7 miljoen verkochte pakketten vertegenwoordigde — waardoor hij met 1,5 miljoen een aandeel zou krijgen van meer dan 10 % van de relevante markt, die in 1998 op 13,9 miljoen passagiers werd geraamd —, terwijl aan hem ook het distributienetwerk van First Choice zou worden overgedragen en hem gedurende een periode van vijf jaar toegang tot het netwerk van verzoekster zou worden verschaft.

110 De Commissie geeft te kennen dat haar zorgen in de eerste plaats betrekking hadden op het herstel van een vierde kracht met toegang tot een distributienetwerk, en daarnaast te verzekeren dat de concurrentiedruk die door de kleine touroperators werd uitgeoefend, behouden zou blijven. Zij geeft aan dat deze zorgen hoofdzakelijk voortsproten uit de opmerkingen van de ondernemingen en verenigingen die hadden geantwoord op de markttoets die met betrekking tot de eerste reeks verbintenissen was uitgevoerd.

111 De Commissie betoogt in die context dat de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen (na afloop van een vergadering met de Commissie die zelfde dag) nieuw en aanzienlijk gewijzigd waren ten opzichte van de eerdere versie en dat op grond daarvan de in dat stadium geïdentificeerde problemen niet duidelijk en definitief konden worden verholpen. De Commissie geeft dus aan dat zij, hoewel zij de verbintenissen formeel om procedurele redenen had verworpen, niettemin een voorafgaande beoordeling van die verbintenissen heeft gemaakt om te bepalen of de raadpleging van belanghebbenden en het raadplegend comité had kunnen leiden tot een positief antwoord. Volgens de Commissie was er op verschillende gebieden nog onzekerheid en kon zij niet met overtuiging besluiten dat haar zorgen ten aanzien van het in leven roepen van een collectieve machtspositie zouden worden weggenomen.

112 Het Gerecht heeft de Commissie ter terechtzitting van 29 april 2008 overeenkomstig artikel 65, sub b, en artikel 67, lid 3, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering gelast, alle in haar bezit zijnde documenten over te leggen betreffende de beoordeling van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen, die tussen die datum en de datum van vaststelling van de Airtours-beschikking, te weten 22 september 1999, zijn opgesteld.

113 In antwoord op dat verzoek heeft de Commissie ter terechtzitting van 29 april 2008 twee documenten overgelegd. Het eerste document is een ongedateerde dossiernotitie met daarin een samenvatting van de inhoud van de discussies die in de aanloop naar en tijdens de vergadering van de Commissie van 15 september 1999 op het punt van de verbintenissen waren gevoerd en heel in het bijzonder de op 14 september 1999 informeel aangeboden verbintenissen. Het tweede document is een op 16 september 1999 gedateerde notitie die door de directeur van de Merger Task Force (hierna: „MTF") was voorbereid ter attentie van het lid van de Commissie dat met mededingingszaken was belast, waarin deze uitspraak doet over de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen vanuit procedurele en inhoudelijke invalshoek. Het

tweede document zet in de punten 11 tot en met 13 in wezen de opmerkingen uiteen die de Commissie in antwoord op de vraag van het Gerecht naar de beoordeling van deze verbintenissen heeft gemaakt.

114 De Commissie heeft binnen de daartoe door het Gerecht gestelde termijn ook andere documenten overgelegd:

— een op 16 september 1999 gedateerde dossiernotitie die door het afdelingshoofd van de MTF was voorbereid en die betrekking had op de beginselen die van toepassing zijn op buiten de termijn aangeboden verbintenissen;

— een op 17 september 1999 gedateerde notitie, die door hetzelfde afdelingshoofd is voorbereid ter attentie van een ambtenaar van het secretariaat-generaal, evenals een herziene versie van deze notitie, waarin de tekst van de mededeling die het lid van de Commissie belast met mededingingszaken zou doen en waarin gewag wordt gemaakt van twijfels en onzekerheden in verband met de inhoudelijke beoordeling van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen;

— aantekeningen die bestemd waren te worden gebruikt bij de toespraak van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken tijdens de vergadering van de Commissie over het concept van de Airtours-beschikking waarin gewag wordt gemaakt van twijfels en onzekerheden in verband met de inhoudelijke beoordeling van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen;

— een concept van de Airtours-beschikking waarin geen elementen in verband met de inhoudelijke beoordeling van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen zijn genoemd, maar enkel wordt gesteld dat deze verbintenissen te laat zijn aangeboden;

— een notitie met daarin stukken tekst, die de titel „Punten van verweer — aangeboden verbintenissen" draagt, die door de MTF is voorbereid ter attentie van het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, met name bedoeld om argumenten ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen weer te geven.

115 Verzoekster heeft binnen de daartoe door het Gerecht gestelde termijn haar commentaar geleverd op de verschillende door de Commissie naar aanleiding van het verzoek van het Gerecht overgelegde documenten.

b) Beoordeling door het Gerecht

116 Concentratiecontrole heeft tot doel de betrokken ondernemingen te voorzien van de benodigde en voorafgaande goedkeuring voor de totstandbrenging van elke concentratie met een communautaire dimensie. In het kader van die controle, kunnen deze ondernemingen verbintenissen aanbieden aan de Commissie teneinde een beslissing te verkrijgen waarin wordt vastgesteld dat hun operatie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is.

117 Afhankelijk van de staat van voortgang van de administratieve procedure moeten de voorgestelde verbintenissen de Commissie in staat stellen om ofwel tot het oordeel te komen dat de aangemelde operatie in het stadium van het voorafgaande onderzoek geen twijfels meer doet rijzen over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt (artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89), ofwel tegemoet komen aan de bezwaren die in het kader van het diepgaande onderzoek zijn geuit (artikel 18, lid 3, juncto artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89). Deze verbintenissen moeten dus in eerste instantie de inleiding van het diepgaand onderzoek voorkomen of voorkomen dat daarna een beschikking wordt vastgesteld waarbij de operatie met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar wordt verklaard.

118 Op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie immers aan haar beschikking waarbij een concentratie in overeenstemming met de maatstaf van artikel 2, lid 2, van deze verordening met de gemeenschappelijke markt verenigbaar wordt verklaard, voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de door hen ten opzichte van haar aangegane verbintenissen, bedoeld om de concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te maken, nakomen.

119 Gelet op zowel de omvangrijke financiële belangen en de industriële of commerciële inzet die aan dit type van operatie eigen is, als de bevoegdheden waarover de Commissie op dit gebied beschikt, kan van de betrokken ondernemingen worden verwacht dat zij alles in het werk zullen stellen om de taak van de administratie te vergemakkelijken. Om diezelfde redenen is de Commissie verplicht de grootst mogelijke zorgvuldigheid te betrachten bij de uitoefening van haar taak op het gebied van concentratiecontrole.

120 In casu volgt uit de Airtours-beschikking en de antwoorden van partijen op vragen van het Gerecht dat de Commissie op 3 juni 1999 heeft besloten de diepgaande onderzoeksprocedure in te leiden. Zij heeft verzoekster ook de gelegenheid geboden haar opmerkingen ten aanzien van de door haar diensten opgeworpen bezwaren in de vorm van een op 9 juli 1999 toegezonden mededeling van punten van bezwaar te maken en deze punten zijn tijdens een op 28 en 29 juli 1999 gehouden hoorzitting behandeld. Om aan deze bezwaren tegemoet te komen, heeft verzoekster op 19 augustus 1999 meerdere verbintenissen aan de Commissie aangeboden. Aanvankelijk waren deze verbintenissen enkel bedoeld om het behoud van de concurrentie van de kleine touroperators te waarborgen. De Commissie heeft evenwel aan verzoekster aangegeven dat het herstel van een vierde kracht een doeltreffende corrigerende maatregel zou zijn om aan de in dat stadium geïdentificeerde mededingingsproblemen tegemoet te komen. Dit punt is door verzoekster ter sprake gebracht tijdens een vergadering met de Commissie op 24 augustus 1999, over de op 19 augustus 1999 voorgestelde verbintenissen. Het is vervolgens onderdeel geworden van de eerste reeks verbintenissen die, na gesprekken met de diensten van de Commissie, formeel zijn aangeboden op 7 september 1999, alsook van de tweede reeks verbintenissen, die een herziening van de daaraan voorafgaande inhielden, die op 15 september 1999 formeel is aangeboden na afloop van een op die dag gehouden vergadering met de Commissie.

121 Bovendien moet worden opgemerkt dat de Commissie in punt 193 van de Airtours-beschikking van oordeel is dat de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen niet door haar diensten in overweging hoefden te worden genomen, omdat zij waren aangeboden buiten de termijn van drie maanden voorzien in artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 — die afliep op 7 september 1999 — bij gebreke van relevante uitzonderlijke omstandigheden en dat het niet mogelijk was geweest het nieuwe voorstel „daadwerkelijk te beoordelen in de korte tijd die haar restte vóór het verstrijken van de termijn van artikel 10, lid 3, van verordening [nr. 4064/89]", te weten 5 oktober 1999. Partijen hebben dit punt niet betwist.

122 Door partijen is evenmin betwist dat verzoekster op 15 september 1999 op eigen initiatief nieuwe verbintenissen heeft voorgesteld ter vervanging van die welke zij op 7 september 1999 had aangeboden. Dit voorstel met herziene verbintenissen werd gedaan op basis van de bezwaren die in de mededeling van punten van bezwaar waren uiteengezet en van het resultaat van de eerste markttoets van de aanvankelijke verbintenissen, teneinde tegemoet te komen aan de mededingingsproblemen die de Commissie in dat stadium had geïdentificeerd. Het is dit laatste voorstel voor verbintenissen dat in casu in overweging moet worden genomen.

123 Immers, het feit dat het Gerecht de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging die door de Commissie in de Airtours-beschikking zijn uiteengezet, nietig heeft verklaard, betekent niet dat de weigering om de op 15 september 1999 voorgestelde verbintenissen te aanvaarden vanwege dit enkele feit onwettig is. In het stadium waarop de analyse van het Gerecht betrekking heeft, is de Airtours-beschikking nog niet vastgesteld en het is vrijelijk en met kennis van zaken dat verzoekster heeft besloten de Commissie oplossingen aan te reiken om aan de bezwaren tegemoet te komen om een beschikking strekkende tot verenigbaarverklaring te verkrijgen. In die context moet worden beoordeeld of sprake is van een mogelijk voldoende gekwalificeerde schending in het stadium van de analyse van de voorgestelde verbintenissen en niet in het licht van elementen die partijen nog niet kenden in het kader van de discussie over de verbintenissen.

124 De Commissie heeft ter terechtzitting van 29 april 2008 gepreciseerd dat ten tijde van de feiten, in september 1999, haar praktijk ten aanzien van buiten de termijn aangeboden verbintenissen erin bestond dergelijke verbintenissen alleen te aanvaarden indien zij van dien aard waren dat zij duidelijk tegemoet kwamen aan de in dat stadium geuite bezwaren ten aanzien van de verenigbaarheid van de operatie met de mededinging op de gemeenschappelijke markt. Deze handelwijze is in overeenstem-

ming met de zorgvuldigheidsplicht die op de administratie rust in het kader van de uitoefening van de beslissingsbevoegdheden die haar bij artikel 8, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89 zijn toegekend (zie punt 49 supra).

125 Volgens de aanwijzingen die in antwoord op een vraag van het Gerecht op dit punt zijn verstrekt, heeft de Commissie opgemerkt dat haar aanvankelijke houding — eerder toegeeflijk en inschikkelijk — snel zijn grenzen had bereikt. De betrokken ondernemingen hadden de neiging om tot het laatste moment te wachten met hun aanbod van verbintenissen en dat bracht het deugdelijke verloop van de besluitvormingsprocedure inzake concentratiecontrole in gevaar doordat de Commissie niet naar behoren de verbintenissen kon onderzoeken en derden en de vertegenwoordigers van de lidstaten kon raadplegen. De Commissie had besloten om vanaf 27 mei 1998 de termijn van drie maanden voorzien in artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 stringenter toe te passen om de mogelijkheid om laattijdige verbintenissen te onderzoeken te beperken tot de gevallen waarin een deugdelijke beoordeling nog mogelijk was.

126 Deze praktijk is vervolgens overgenomen in haar mededeling betreffende op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad en verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2001, C 68, blz. 3), teneinde de lessen weer te geven die zij had getrokken uit haar ervaring met verbintenissen sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 4064/89. Deze mededeling geeft in punt 43 aan dat de Commissie aangepaste verbintenissen die haar na de termijn voorzien bij verordening nr. 447/98 worden voorgelegd, enkel accepteert „indien zij duidelijk kan uitmaken — op basis van haar beoordeling van de inlichtingen die zij in de loop van het onderzoek heeft ontvangen, met inbegrip van de uitkomsten van eerdere marktonderzoeken, en zonder dat verder marktonderzoek moet plaatsvinden — of met de uitvoering van deze verbintenissen de mededingingsbezwaren worden weggenomen die waren vastgesteld, en of voldoende tijd wordt gelaten voor passend overleg met lidstaten".

127 In een zaak betreffende een in 2004 aangemelde concentratie heeft het Gerecht overwogen dat uit deze mededeling, waaraan de Commissie zich vrijwillig heeft gebonden, volgt dat de partijen bij een aangemelde concentratie mogen verwachten dat

te laat voorgestelde verbintenissen in aanmerking worden genomen, op voorwaarde dat, in de eerste plaats, die verbintenissen, zonder dat nader onderzoek nodig is, duidelijk een oplossing voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen bieden, en in de tweede plaats, dat er voldoende tijd blijft voor overleg met de lidstaten over die verbintenissen (arrest Gerecht van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punten 162 en 163).

128 Vastgesteld moet worden dat, inderdaad anders dan in de Airtours-beschikking is aangegeven, de Commissie de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen pas heeft verworpen nadat zij had onderzocht of zij duidelijk een oplossing voor de in dat stadium van de procedure vastgestelde mededingingsproblemen boden.

129 De in dat verband op verzoek van het Gerecht overgelegde documenten zetten de redenen uiteen waarom de Commissie zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat de verbintenissen niet volstonden om aan de bezwaren tegemoet te komen. De notitie van de directeur van de MTF van 16 september 1999 en de notitie inzake de punten van verweer die door de MTF ter attentie van het lid van de Commissie belast met mededinging was voorbereid, maken gewag van twijfels van de Commissie ten aanzien van de bewering dat het marktaandeel van de nieuwe door verzoekster voorgestelde groep, de vierde kracht, 10 % bedroeg. Immers, niet alleen was het marktaandeel van First Choice groter dan dat van de vierde kracht die door verzoekster als vervanging was voorgesteld (11 % volgens de laagste gegevens), maar ook en vooral werd het cijfer van 10 % bereikt door te vooronderstellen dat Cosmos, één van de elementen van de vierde kracht, een aanzienlijke interne groei van jaar tot jaar zou realiseren (van 0,55 miljoen in 1998/99 verkochte pakketten tot 0,8 miljoen in 1999/2000 verkochte pakketten, dus 45 % per jaar). Een dergelijke interne groei zou gelet op de marktomstandigheden nauwelijks denkbaar zijn geweest. Deze documenten maken daarnaast gewag van twijfels en onzekerheden ten aanzien van meerdere punten, zoals de exacte samenstelling van de aan de nieuwe activiteit over te dragen pakketten, het belang dat Cosmos erbij zou hebben om het netwerk van reisbureaus van First Choice over te nemen, nu zij geen groot belang hechtte aan het gebruik van een netwerk van reisbureaus, en de onafhankelijkheid van Cosmos ten opzichte van de drie belangrijkste spelers die na de operatie op de markt overbleven en die het gros van de door Cosmos verkochte vliegtuigstoelen kochten. De op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen zijn dus wel onderzocht door de diensten van de Commissie, die meerdere elementen hebben genoemd die twijfel deden rijzen over de vraag of zij duidelijk tegemoet kwamen aan de in dat stadium van de procedure geïdentificeerde bezwaren.

130 Het feit dat de Commissie in de Airtours-beschikking geen gewag heeft gemaakt van de analyse van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen waartoe haar diensten zijn overgegaan, kan het Gerecht er niet van weerhouden rekening te houden met in die zin in het kader van de onderhavige procedure overgelegde relevante en voldoende bewijskrachtige documenten die het bestaan van die analyse rechtens genoegzaam aantonen.

131 Zonder dat een standpunt hoeft te worden ingenomen ten aanzien van de mogelijkheid voor de Commissie om de herziene, op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen binnen het beschikbare tijdsbestek te beoordelen, volgt uit het voorgaande dat deze verbintenissen niet dusdanig waren dat zij duidelijk tegemoet kwamen aan de in dat stadium opgeworpen bezwaren ten aanzien van de verenigbaarheid met de mededinging op de gemeenschappelijke markt. Het gedrag van de Commissie heeft dus niet tot gevolg gehad dat verzoekster de kans op een verenigbaarverklaring van de operatie met de gemeenschappelijke markt is ontnomen. De Commissie heeft op dit punt dus niet in strijd met haar zorgvuldigheidsplicht gehandeld.

132 Bijgevolg heeft de Commissie geen voldoende gekwalificeerde schending gepleegd van een rechtsregel die ertoe strekt ten voordele van particulieren rechten toe te kennen, die de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in het kader van de analyse van de door verzoekster aan het einde van de administratieve procedure aangeboden verbintenissen kon teweegbrengen.

133 Mitsdien moet het beroep worden verworpen.

134 Hetzelfde geldt voor de verschillende verzoeken om maatregelen tot organisatie van de rechtsgang die door verzoekster zijn ingediend met het oog op de verkrijging van documenten of een aantal opheldering van feitelijke of procedurele aard. In het licht van de antwoorden die door partijen zijn gegeven op de hun gestelde vragen en na onderzoek van de door de Commissie overgelegde documenten betreffende de analyse van de verbintenissen van 15 september 1999 (zie punten 113 en 114 supra), moet

worden vastgesteld dat de gevraagde maatregelen niet nodig zijn om het onderhavige geschil te beslechten en dat aan deze verzoeken geen gunstig gevolg moet worden gegeven.

Kosten

135 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Niettemin kan het Gerecht ingevolge artikel 87, lid 3, van diezelfde verordening, de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

136 Het Gerecht merkt op dat de Commissie in casu in de Airtours-beschikking te kennen heeft gegeven dat zij de door verzoekster op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen niet heeft onderzocht omdat zij te laat zijn ingediend en er geen tijd meer beschikbaar was. Aldus hebben zowel verzoekster als het Gerecht kunnen menen dat de herziene verbintenissen, die na afloop van een vergadering met de diensten van de Commissie zijn aangeboden om het oorspronkelijke aanbod van verbintenissen zo aan te passen dat beter tegemoet werd gekomen aan de in dat stadium van de procedure geïdentificeerde zorgen, louter om procedurele redenen niet door deze instelling zijn onderzocht. Uit de maatregelen tot organisatie van de procesgang en van instructie waartoe het Gerecht ter voorbereiding van de terechtzitting van 29 april 2008 heeft besloten en uit het verloop van die terechtzitting volgt evenwel dat de diensten van de Commissie de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen niet enkel als laattijdig hebben afgedaan, maar ook dat zij een eerste onderzoek van die verbintenissen heeft verricht om vast te stellen dat zij in dat stadium niet volstonden.

137 De bewijsvoering van de Commissie ten aanzien van het feit dat haar diensten de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen wel degelijk overeenkomstig haar

toenmalige praktijk hebben onderzocht, hetgeen voor de oplossing van het onderhavige geschil een beslissend punt is, is pas in een zeer laat stadium van de gerechtelijke procedure ter kennis van verzoekster en van het Gerecht gekomen.

138 De laattijdigheid van deze informatie is nog betreurenswaardiger nu verzoekster de Commissie in het kader van de onderhavige procedure en in het kader van zaak T-403/05 (zie punt 18 supra), meerdere malen heeft verzocht haar alle documenten te verstrekken op grond waarvan zij, in wezen, haar betoog bij het Gerecht kon doen gelden. Zelfs als op het eerste gezicht kan worden aangenomen dat de betrokken documenten niet van dien aard zijn dat zij voor een partij bij een concentratie in het kader van de administratieve procedure uit hoofde van verordening nr. 4064/89 toegankelijk zijn of dat een lid van het publiek er toegang toe zou kunnen hebben naar aanleiding van een verzoek uit hoofde van verordening nr. 1049/2001, doet hieraan niet af dat deze documenten voor verzoekster van belang waren om haar betoog in het kader van de onderhavige procedure te doen gelden en voor het Gerecht om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap te beoordelen.

139 Bijgevolg, en zelfs als dit geen weerslag op de onderhavige zaak heeft gehad, in die zin dat bedoelde documenten aan een procedure op tegenspraak onderworpen zijn geweest, hadden de ter terechtzitting van 29 april 2008 en daarna overgelegde documenten moeten worden meegedeeld bij gelegenheid van de neerlegging van het verweerschrift door de Commissie, waarin deze zowel de ontvankelijkheid als de gegrondheid betwistte van het middel inzake het bestaan van een eventuele onwettigheid in het stadium van de analyse van de verbintenissen. Het Gerecht meent bijgevolg dat het recht doet aan de beoordeling van de omstandigheden van het geval wanneer het beslist dat de Commissie haar eigen kosten zal dragen.

140 Ingevolge artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Bijgevolg zal de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) MyTravel Group plc zal haar eigen kosten dragen.

3) De Commissie zal haar eigen kosten dragen.

4) De Bondsrepubliek Duitsland zal haar eigen kosten dragen.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 september 2008.

De griffier

E. Coulon

De president van de Derde kamer

J. Azizi

Inhoud

Aan het geding ten grondslag liggende feiten . . . . . II - 1974

Procesverloop en conclusies van partijen . . . . . II - 1977

In rechte . . . . . II - 1981

A — Voorafgaande overwegingen ten aanzien van de voorwaarden waaronder de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap intreedt . . . . . II - 1981

1. Algemeen betoog van partijen . . . . . II - 1981

a) Begrip voldoende gekwalificeerde schending . . . . . II - 1982

b) Begrip rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen . . II - 1982

2. Beoordeling door het Gerecht . . . . . II - 1983

a) Begrip voldoende gekwalificeerde schending . . . . . II - 1984

b) Begrip regels die ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen . . . II - 1986

B — Bestaan van een „voldoende gekwalificeerde schending" in het stadium van de beoordeling door de Commissie van de gevolgen van de operatie Airtours/First Choice voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt . . . . . II - 1989

1. Argumenten van partijen . . . . . II - 1989

a) Verplichting om de beperkte werkingssfeer van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 te erkennen . . . . . II - 1990

b) Verplichting om de marktsituatie zonder de concentratie te definiëren . . . . II - 1991

c) Verplichting om de voorwaarden voor stilzwijgende afstemming aan te tonen II - 1992

Instabiliteit van de marktaandelen . . . . . II - 1993

Instabiliteit van de vraag . . . . . II - 1993

Zwakke groei van de vraag . . . . . II - 1994

Transparantie van de markt . . . . . II - 1995

Verplichting om het bestaan van een vergeldingsmechanisme te onderzoeken II - 1997

Verplichting om het vereiste belang toe te kennen aan de reactie van daadwerkelijke en potentiële concurrenten en consumenten . . . . . II - 1998

d) Cumulatief effect van de gevallen waarin bewijselementen zijn genegeerd en de ontoereikendheid van de motivering . . . II - 1998

2. Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2000

a) Argument betreffende de verplichting de beperkte werkingssfeer van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 te erkennen . . . II - 2000

b) Argumenten betreffende de plicht om de marktsituatie zonder de concentratie te omschrijven en de plicht de voorwaarden voor stilzwijgende afstemming vast te stellen . . . II - 2001

c) Argumenten inzake cumulatief effect van de gevallen waarin bewijselementen zijn genegeerd en de ontoereikendheid van de motivering . . . II - 2007

C — Eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid . . II - 2009

1. Ontvankelijkheid van het betoog inzake de eventuele in het kader van de analyse van de verbintenissen begane onwettigheid . . . II - 2009

a) Argumenten van partijen . . . II - 2009

b) Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2010

2. Ten gronde . . . II - 2011

a) Argumenten van partijen . . . II - 2011

Betoog dat in de memories van partijen is gepresenteerd . . . II - 2011

Mogelijkheid om de verbintenissen van 15 september 1999 nog binnen de resterende termijn te onderzoeken . . . II - 2012

(On)toereikendheid van de op 15 september 1999 aangeboden verbintenissen en de gevolgen die zijn gegeven aan het verzoek van het Gerecht om overlegging van documenten betreffende die beoordeling . . . II - 2013

b) Beoordeling door het Gerecht . . . II - 2016

Kosten . . . II - 2022