SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera ampliada)

de 9 de septiembre de 2008 *

En el asunto T-212/03,

MyTravel Group plc, con domicilio social en Rochdale, Lancashire (Reino Unido), representado por el Sr. D. Pannick, QC, el Sr. M. Nicholson y la Sra. S. Cardell, Solicitors, el Sr. A. Lewis, Barrister, y el Sr. R. Gillis, QC,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por los Sres. R. Lyal, A. Lyal, A. Whelan y P. Hellström, y posteriormente por los Sres. Lyal y F. Arbault, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

República Federal de Alemania, representada por los Sres. W.-D. Plessing y M. Lumma, en calidad de agentes,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: inglés.

que tiene por objeto un recurso de indemnización por los daños supuestamente sufridos por la demandante como consecuencia de las ilegalidades en las que incurre el procedimiento de examen de la compatibilidad con el mercado común de la operación de concentración entre ella misma y First Choice plc,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera ampliada),

integrado por el Sr. J. Azizi, Presidente, y el Sr. J.D. Cooke, las Sras. E. Cremona e I. Labucka y el Sr. S. Frimodt Nielsen (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. C. Kantza, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebradas las vistas el 29 de abril y el 20 de mayo de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes de hecho del litigio

1 El 29 de abril de 1999, la demandante, operador turístico en Reino Unido, Airtours plc, que posteriormente pasó a ser MyTravel Group plc, anunció su intención de adquirir en bolsa la totalidad del capital de First Choice plc, una de sus competidoras en el Reino

Unido. El mismo día, la demandante notificó a la Comisión el mencionado proyecto de concentración con el fin de obtener una autorización con arreglo al Reglamento CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión rectificada en DO 1990, L 257, p. 13), modificado por el Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1).

2 Mediante Decisión de 3 de junio de 1999, la Comisión consideró que la operación de concentración suscitaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y decidió incoar el procedimiento de examen pormenorizado previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c) del Reglamento nº 4064/89.

3 El 9 de julio de 1999, la Comisión notificó a la demandante, con arreglo al artículo 18 del Reglamento nº 4064/89, un pliego de cargos en el que exponía los motivos por los cuales estimaba, a primera vista, que la operación proyectada crearía una posición dominante colectiva en el mercado británico de los viajes combinados en el extranjero hacia destinos cercanos. La demandante respondió a este pliego de cargos el 25 de julio de 1999.

4 El 6 de septiembre de 1999, la Comisión solicitó la opinión de terceros interesados respecto a una serie de propuestas de compromisos presentados por la demandante, que fueron formalizados por esta última el 7 de septiembre de 1999. Dichos terceros tuvieron hasta el 8 de septiembre de 1999 para responder y sus respuestas no permitieron a la Comisión eliminar sus preocupaciones.

5 El 9 de septiembre de 1999, la mayoría de los miembros del comité consultivo en materia de concentraciones consideró que los compromisos presentados por la demandante no permitían eliminar los problemas de competencia señalados en esa fase por la Comisión.

6 Los compromisos anteriormente citados fueron presentados en el plazo máximo de tres meses, a partir de la fecha de incoación del procedimiento de examen pormenorizado, previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) nº 4064/89 (DO L 61, p. 1), para permitir a las empresas interesadas someter a la Comisión los compromisos que ellas deseaban que fueran tomados en consideración en una decisión basada en el artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89. Este plazo de tres meses expiraba el 7 de septiembre de 1999.

7 El 14 de septiembre de 1999, la demandante remitió a la Comisión una nueva serie de propuestas de compromisos inspirada en la anterior. El 15 de septiembre de 1999 se celebró una reunión con el fin de debatir estas propuestas y, al término de la misma, la demandante presentó a la Comisión una propuesta firme de compromisos revisados.

8 El 16 de septiembre de 1999, la demandante solicitó una ampliación del plazo de tres meses previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 447/98, que, en circunstancias excepcionales, puede ser acordada por la Comisión. En el presente asunto, la demandante invocaba tres circunstancias excepcionales conforme a esta disposición: las dificultades relacionadas con la búsqueda de una solución adecuada; el hecho de haber proseguido un diálogo constructivo durante el procedimiento administrativo y la renovación de la Comisión en curso.

9 El 22 de septiembre de 1999, es decir, quince días antes del término del plazo legal de cuatro meses a partir de la incoación del procedimiento de examen pormenorizado, previsto en el artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 como plazo máximo para adoptar una decisión con arreglo al artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 —plazo que finalizaba el 5 de octubre de 1999—, la Comisión declaró esta operación de concentración incompatible con el mercado común mediante la Decisión 2000/276/CE (Asunto IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (DO 2000, L 93, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Airtours»).

10 La Comisión indica en el considerando 193 de la Decisión Airtours que esta empresa presentó compromisos en una fase bastante tardía del procedimiento (el 15 de septiembre de 1999). Señala igualmente que dichos compromisos no contenían ningún elemento que la demandante no hubiese podido incluir en un compromiso presentado dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 447/98, que la demandante no esgrimió ninguna razón que pudiera ser considerada una «circunstancia excepcional» que permitiese volver a abrir el plazo de tres meses en el sentido de la disposición antes citada y que ella misma ya no disponía de tiempo suficiente para examinar estos compromisos de manera satisfactoria.

11 La demandante interpuso un recuso de anulación contra la Decisión Airtours. Mediante sentencia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, (T-342/99, Rec. p. II-2585, en lo sucesivo, «sentencia Airtours»), el Tribunal de Primera Instancia anuló esta Decisión y declaró fundado el tercer motivo, referido a la legalidad de la apreciación, hecha por la Comisión, de los efectos de la operación Airtours/First Choice sobre la competencia en el mercado común, sin considerar necesario examinar el cuarto motivo, referido a la legalidad de la apreciación, realizada por la Comisión, de los compromisos presentados durante el procedimiento administrativo.

Procedimiento y pretensiones de las partes

12 Mediante demanda presentada el 18 de junio de 2003, la demandante interpuso el presente recurso.

13 Mediante resolución de 22 de julio de 2003, el asunto se atribuyó a una Sala ampliada.

14 Mediante auto de 13 de noviembre de 2003, se admitió la intervención de la República Federal de Alemania en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

15 Mediante escrito de 22 de marzo de 2004, la Comisión solicitó al Tribunal que exigiera a la demandante garantizar el pago eventual de las costas de la Comisión por importe de 1,5 millones de euros. El Tribunal de Primera Instancia informó a la Comisión de que no existía fundamento legal alguno para exigir tal garantía.

16 Mediante escrito de 14 de julio de 2004, la demandante solicitó al Tribunal de Primera Instancia que acordara diligencias de ordenación del procedimiento con el fin de que le fuera comunicado el informe del grupo de trabajo instaurado por la Comisión para apreciar las repercusiones de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* así como los documentos que son citados en la misma. Mediante escrito de 9 de diciembre de 2004, la Comisión formuló sus observaciones sobre dicha solicitud e indicó que estos documentos podían ser objeto de una solicitud presentada con arreglo al Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43).

17 Tras dicha solicitud de acceso a los documentos, la demandante solicitó de nuevo al Tribunal de Primera Instancia, mediante escrito de 9 de enero de 2006, que acordara diligencias de ordenación del procedimiento en el marco del presente recurso, especialmente con el fin de que se ordenara a la Comisión que divulgara el informe del grupo de trabajo y los documentos correspondientes. En dicho escrito, la demandante proponía igualmente que se limitara la cuestión de la evaluación de los daños, cuya indemnización se solicitaba, al período de tres años comprendido entre la Decisión Airtours y la sentencia Airtours, apartado 11 *supra.* Mediante escrito de 17 de febrero de 2006, la Comisión formuló sus observaciones sobre esta segunda solicitud.

18 Paralelamente, mediante decisiones de 5 de septiembre y 12 de octubre de 2005, la Comisión denegó a la demandante el acceso, con arreglo al Reglamento nº 1049/2001, a determinados documentos preparatorios de la Decisión Airtours, así como a los documentos redactados por sus servicios a raíz de la anulación de dicha Decisión mediante la sentencia Airtours, apartado 11 *supra.* La demandante interpuso un recurso de anulación contra ambas decisiones (asunto T-403/05, MyTravel Group/ Comisión).

19 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, se instó a las partes a responder a una serie de preguntas.

20 Mediante escrito de la República Federal de Alemania de 25 de febrero de 2008 y escritos de la demandante y de la Comisión de 14 de marzo de 2008, las partes presentaron sus respuestas a las cuestiones del Tribunal de Primera Instancia.

21 En las vistas celebradas el 29 de abril y el 20 de mayo de 2008 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

22 En la vista de 29 de abril de 2008, el Tribunal de Primera Instancia ordenó a la Comisión, con arreglo al artículo 65, letra b), y al artículo 67, apartado 3, párrafo tercero, de su Reglamento de Procedimiento, que aportara todos los documentos en su posesión, relativos a la apreciación de los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999, que fueron redactados entre esa fecha y la fecha en la que fue adoptada la Decisión Airtours, a saber, el 22 de septiembre de 1999.

23 La Comisión se atuvo a dicha petición y en la vista de 29 de abril de 2008 aportó dos documentos y otros documentos varios después de ésta.

24 En el plazo previsto a este efecto por el Tribunal de Primera Instancia, la demandante presentó sus comentarios sobre los diferentes documentos aportados por la Comisión a instancias del Tribunal de Primera Instancia.

25 La demandante solicitaba inicialmente al Tribunal de Primera Instancia, en particular, que condenara a la Comunidad a pagarle la cantidad de 517.900.000 libras esterlinas (GBP) como indemnización por los daños siguientes: la pérdida de beneficios de First Choice, la pérdida de ahorros imputables a las sinergias y costes correspondientes a la oferta que no prosperó, después de haber deducido los costes correspondientes al éxito de la oferta.

26 Estas pretensiones fueron modificadas durante el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, en consideración principalmente a los elementos aportados en la réplica, contenida en el escrito dirigido al Tribunal de Primera Instancia de 9 de enero de 2006 (véase el apartado 17 anterior), y durante la vista de 20 de mayo de 2008 ante la presencia de expertos designados por la demandante y la Comisión.

27 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Condene a la Comunidad a pagarle la cantidad que determine el Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de su facultad de apreciación en concepto de indemnización de los daños sufridos durante el período comprendido entre la adopción de la Decisión Airtours (22 de septiembre de 1999) y el momento en que habría podido, en principio, adquirir First Choice a raíz de la sentencia Airtours (estimado al 31 de octubre de 2002).

— Ordene que los intereses sean exigibles en lo que se refiere a la indemnización antes citada a partir de la fecha de la sentencia por la que se establezca la obligación de indemnizar los daños en este asunto, al tipo del 8 % anual o cualquier otro tipo que el Tribunal de Primera Instancia pueda fijar en el ejercicio de su facultad de apreciación.

— Condene en costas a la Comisión.

28 La Comisión, apoyada por la República Federal de Alemania, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

A. *Consideraciones preliminares sobre los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad*

29 Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia estima adecuado examinar las alegaciones de las partes relativas a los requisitos que deben concurrir para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, y más concretamente, respecto al requisito del comportamiento ilegal de las instituciones comunitarias que requiere la violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares así como respecto a la existencia de una supuesta simetría entre el recurso de anulación y el recurso de responsabilidad extracontractual.

1. *Argumentación general de las partes*

30 Las partes coinciden en la definición de los requisitos que deben concurrir para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y se remiten a la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000, Bergaderm y Goupil/Comisión (C-352/98 P, Rec. p. I-5291; en lo sucesivo, «sentencia Bergaderm»), pero discrepan en cuanto al significado que debe darse al requisito relativo a la identificación de un «comportamiento ilegal» ante la existencia de una sentencia de anulación, así como respecto a la importancia que debe darse a las insuficiencias señaladas por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* en el marco del presente asunto.

a) Sobre el concepto de violación suficientemente caracterizada

31 La demandante alega, con carácter principal, que la violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares requerida en materia de responsabilidad extracontractual es asimilable al error manifiesto de apreciación definido en una sentencia de anulación. En estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia tuvo correctamente en cuenta la facultad de apreciación de la Comisión cuando decidió anular la Decisión Airtours debido a los errores cometidos por esta institución, y este análisis basta como tal para establecer la existencia de un comportamiento ilegal con arreglo al artículo 288 CE.

32 La Comisión, apoyada por la República Federal de Alemania, se opone a esta alegación basada en la simetría entre el recurso de anulación y el recurso por responsabilidad extracontractual, debido a que una sentencia de anulación no basta para establecer una violación suficientemente caracterizada en el sentido de la sentencia Bergaderm, apartado 30 *supra.*

b) Sobre el concepto de la norma que tiene por objeto conferir derechos a los particulares

33 Para alegar la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares en el sentido de la sentencia Bergaderm, apartado 30 *supra,* la demandante invoca esencialmente el artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, que establece los criterios en cuyos términos la Comisión debe declarar una concentración compatible o incompatible con el mercado común. Esta disposición confiere derechos a los particulares en el sentido de la sentencia Bergaderm, apartado 30 *supra,* en la medida en que las decisiones adoptadas en virtud del artículo 8 del Reglamento nº 4064/89 se refieren a la operación notificada. A falta de decisión de compatibilidad por parte de la Comisión, la empresa que ha notificado la operación de que se trate no podrá realizarla y su libertad de empresa se ve perjudicada. El Reglamento nº 4064/89 debe analizarse en el contexto del Tratado CE, que descansa en el liberalismo económico y persigue el fomento de la integración del mercado común. Por lo demás, la demandante sostiene que la Comisión debe actuar con arreglo al principio de buena administración y a la obligación de diligencia, los cuales confieren derechos a los particulares.

34 La Comisión por su parte sostiene que el artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 no es en sí mismo una norma jurídica que persiga proteger a los particulares, sino una norma jurídica que enuncia los criterios conforme a los cuales una operación de concentración deberá ser declarada compatible o incompatible con el mercado común en interés de los consumidores. Las normas que persiguen garantizar la protección de los particulares son aquéllas que, como la obligación de diligencia, rigen el comportamiento de la Comisión cuando aplica normas semejantes a la del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

35 Como resulta de reiterada jurisprudencia, para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo,

por comportamiento ilícito de sus órganos es necesario que concurran una serie de requisitos, a saber, ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones, realidad del perjuicio y existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento alegado y el perjuicio invocado (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1982, Oleifici Mediterranei/CEE, 26/81, Rec. p. 3057, apartado 16, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, Beamglow/Parlamento y otros, T-383/00, Rec. p. II-5459, apartado 95).

36 En el supuesto de que no se cumpla alguno de esos requisitos, deberá desestimarse el recurso en su totalidad sin que sea necesario examinar los otros dos requisitos (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199, apartado 81, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2002, Förde-Reederei/Consejo y Comisión, T-170/00, Rec. p. II-515, apartado 37).

a) Sobre el concepto de violación suficientemente caracterizada

37 Cuando, como en el presente caso, se invoca la ilegalidad de un acto jurídico como fundamento de la acción de indemnización, dicha ilegalidad, para poder generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, debe constituir una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares. A este respecto, el criterio decisivo es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación [sentencias del Tribunal de Justicia Bergaderm, apartado 30 *supra,* apartados 42 y 43, y de 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comisión, C-282/05 P, Rec. p. I-2941, apartado 47].

38 El régimen establecido por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de

interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido [sentencias Bergaderm, apartado 30 *supra,* apartado 40, y Holcim (Deutschland)/Comisión, apartado 37 *supra,* apartado 50].

39 Cuando la institución de que se trata sólo dispone de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada [sentencias Bergaderm, apartado 30 *supra,* apartado 44, y Holcim (Deutschland)/Comisión, apartado 37 *supra,* apartado 47]. Lo mismo ocurre cuando la institución demandada aplica de forma abusiva las normas sustanciales o procedimentales pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1967, Kampffmeyer y otros/Comisión, 5/66, 7/66 y 13/66 a 24/66, Rec. pp. 317 y ss., especialmente pp. 339 y 340).

40 A raíz de una diligencia de ordenación del procedimiento acordada por el Tribunal de Primera Instancia, por la que se instaba a las partes a tener en cuenta la repercusión de la sentencia de 11 de julio de 2007, Schneider Electric/Comisión (T-351/03, Rec. p. II-2237, actualmente en casación, asunto C-440/07 P, Comisión/Schneider Electric), en el presente asunto, en particular, a la luz de los principios consagrados por la sentencia Bergaderm, apartado 30 *supra,* las partes han reconocido que de la jurisprudencia se desprende que el concepto de violación suficientemente caracterizada no incluye los errores o faltas, que, aunque revistan claramente un carácter grave, no son ajenos a la actuación normal de una institución encargada de velar por la aplicación de las normas sobre competencia, que son complejas, delicadas y están sujetas a un amplio margen de interpretación.

41 Cuando, en la vista de 29 de abril de 2008, se planteó a la demandante la cuestión sobre este punto, ésta señaló también que el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia hubiese anulado la Decisión Airtours —al considerar que el análisis prospectivo de la situación de competencia expuesto en dicha Decisión no se había basado en pruebas sólidas, sino que había incurrido en varios errores de apreciación respecto a elementos importantes para evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva— no bastaba por sí mismo para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, en la medida en que la jurisprudencia requería otros criterios en materia de recursos de indemnización.

42 En efecto, aceptar que fuera de otro modo amenazaría con menoscabar la capacidad de la Comisión para ejercer plenamente la función de regulador de la competencia que le confiere el Tratado CE debido al efecto inhibidor sobre el control de las concentraciones que podría ocasionar el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas.

43 Para tener en cuenta tal efecto, contrario al interés general comunitario, no puede considerarse que el incumplimiento de una obligación legal, que, por lamentable que resulte, puede explicarse debido a las cargas objetivas que recaen sobre la institución y sus agentes en materia de control de concentraciones, sea constitutivo de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario a efectos de generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. En cambio, existe derecho a la reparación de los daños que resultan del comportamiento de la institución cuando éste se traduce por un acto manifiestamente contrario a la norma jurídica y gravemente perjudicial para los intereses de terceros que no pueda justificarse ni explicarse en virtud de las cargas particulares que recaen objetivamente sobre el servicio en el marco de un funcionamiento normal.

b) Sobre el concepto de normas que tienen por objeto conferir derechos a los particulares

44 En primer lugar, la demandante invoca la violación de las normas materiales aplicadas por la Comisión en la Decisión Airtours para fundamentar su derecho a indemnización.

45 Se trata, por una parte, del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, en cuyo tenor «se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva,

al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo». Si se cumple este requisito, la Comisión debe adoptar una decisión sobre la base del artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 que declare que tal concentración es incompatible con el mercado común.

46 Se trata, por otra parte, del artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, a cuyo tenor «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo». Si se cumple este requisito, la Comisión debe adoptar una decisión sobre la base del artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89 que declare que tal concentración es compatible con el mercado común. Esta decisión irá acompañada en su caso de condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión con miras a que la concentración se declare compatible con el mercado común.

47 Al igual que el artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, que contempla el supuesto de una decisión de autorización, el artículo 2, apartado 3, de dicho Reglamento, que contempla el supuesto de una decisión de prohibición, debe interpretarse a la luz del artículo 2, apartado 1, del mismo Reglamento, que establece los elementos que la Comisión debe concretamente tener en cuenta para apreciar la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración de dimensión comunitaria con el mercado común.

48 Consideradas conjuntamente, estas disposiciones tienen por objeto conferir derechos a los particulares en el sentido de que la Comisión, al presentársele una operación de concentración en virtud del Reglamento nº 4064/89, debe, en principio, adoptar una decisión, ya sea en el sentido de autorizar dicha operación, ya sea en el sentido de prohibirla, en función de su apreciación de cuál sea la evolución económica atribuible a la operación en cuestión que tiene mayores probabilidades. De este modo, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, una

empresa que haya notificado una operación de concentración de dimensión comunitaria tiene derecho a que dicha operación sea declarada compatible con el mercado común. Esta empresa no puede, sin embargo, realizar esta operación sin la autorización de la Comisión (véase el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89) y una decisión de prohibición adoptada con arreglo al artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 acarrea graves consecuencias. Semejante intervención de la Comunidad en el tráfico económico, que exige que una empresa obtenga una autorización antes de realizar la concentración proyectada y que obliga a la Comisión a prohibir la realización de dicha operación si ésta resulta incompatible con el mercado común, implica necesariamente que las empresas a las que se deniegue la autorización, puedan reclamar una indemnización por las consecuencias perjudiciales de tal decisión si se demuestra que la misma se basa en una violación suficientemente caracterizada de las normas materiales aplicadas por la Comisión para apreciar la compatibilidad de la operación de que se trate con el mercado común.

49 En segundo lugar, la demandante alega la obligación de diligencia para demostrar que existe un comportamiento ilícito por parte de la Comisión. Sobre este punto, basta con señalar que la comprobación de una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente, permite afirmar que el comportamiento de la institución ha constituido una ilegalidad que genera la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 288 CE (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Comafrica y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 y T-225/99, Rec. p. II-1975, apartado 134, y de 17 de marzo de 2005, Agraz y otros/Comisión, T-285/03, Rec. p. II-1063, apartado 40, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2006, Agraz y otros/Comisión, C-243/05 P, Rec. p. I-10833). Este carácter protector del deber de diligencia frente a los particulares, que obliga a la institución competente, cuando la misma disponga de una facultad de apreciación, a examinar con atención e imparcialidad todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate, ha sido reconocido jurisprudencialmente, incluso en el marco de recursos de indemnización (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, apartado 14; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, Nölle/Consejo y Comisión, T-167/94, Rec. p. II-2589, apartados 73 a 76; auto del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, Arizona Chemical y otros/Comisión, T-369/03, Rec. p. II-5839, apartado 88, y sentencia Agraz y otros/Comisión, antes citada, apartado 49; véase igualmente la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T-231/97, Rec. p. II-2403, apartados 37 a 45, que hace referencia al principio de buena administración).

50 De todo lo anterior se infiere que el artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, interpretado conjuntamente con los apartados 1 y 2 de esta disposición y con el artículo 8, apartados 2 y 3, de dicho Reglamento, así como la obligación de diligencia consagran normas que tienen por objeto conferir derechos a las empresas interesadas por una decisión que prohíbe la realización de una operación de concentración.

51 Es a la vista de estos principios que procede comprobar si la ilegalidad en que incurre la Decisión Airtours anulada por la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* puede generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad debido a una violación suficientemente caracterizada de las normas materiales y procedimentales que pueden ser invocadas por una empresa que solicita la autorización de su operación de concentración. A este respecto, debe distinguirse entre las alegaciones relativas a la existencia de una violación suficientemente caracterizada en la fase de apreciación, por la Comisión, de los efectos de la operación sobre la competencia y las alegaciones relativas a la existencia de una violación suficientemente caracterizada en la fase de análisis de los compromisos propuestos durante el procedimiento administrativo.

B. *Sobre la existencia de una «violación suficientemente caracterizada» en la fase de apreciación, por la Comisión, de los efectos de la operación Airtours/First Choice sobre la competencia en el mercado común*

1. *Alegaciones de las partes*

52 La demandante sostiene que el comportamiento ilícito que requiere la jurisprudencia resultante de la sentencia Bergaderm se desprende de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* que indica en qué medida el comportamiento de la Comisión corresponde a una violación suficientemente caracterizada. Al adoptar la Decisión Airtours, la Comisión cometió una violación suficientemente caracterizada que genera la responsabilidad de la Comunidad en virtud del artículo 288 CE, segundo párrafo, debido a la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación conforme al artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 y de la obligación general

de diligencia. Para la demandante ambos fundamentos, distintos, pero indisociables, llevan a plantearse la cuestión única de si, al apreciar la compatibilidad de la operación Airtours/First Choice con el mercado común, la Comisión cumplió de modo suficiente con arreglo a Derecho su misión y sus obligaciones en su calidad de autoridad de competencia.

53 En apoyo de esta alegación, la demandante distingue dos tipos de deficiencias en el razonamiento utilizado para apreciar los efectos de la operación. Por una parte, la demandante alega que la Comisión no ha cumplido el nivel de competencia requerido en materia de control de concentraciones, que exige como mínimo el conocimiento del Derecho aplicable y la identificación de los elementos suficientes para comprender la situación de la competencia y caracterizar una posición dominante colectiva. La demandante califica los incumplimientos cometidos por la Comisión en esa fase como deficiencias de primer nivel (véanse los apartados 54 a 71 posteriormente). Por otra parte, la demandante sostiene que dichas deficiencias han sido agravadas y corroboradas por numerosas deficiencias de segundo nivel, relacionadas con el hecho de que la Comisión no ha tenido en cuenta las pruebas aportadas y tampoco ha motivado debidamente la Decisión Airtours. Estas deficiencias de segundo nivel, por sí solas o en relación con las deficiencias de primer nivel, demuestran que la Comisión ha sido manifiestamente incompetente al examinar los elementos probatorios pertinentes y ha omitido dichos elementos probatorios porque contradecían la teoría que ésta había desarrollado (véanse los apartados 72 y 73 más adelante).

a) Sobre la obligación de reconocer el ámbito de aplicación limitado del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89

54 Por lo que se refiere al Derecho aplicable, la demandante destaca que, en su recurso de anulación, alegaba que la Decisión Airtours estaba basada al menos parcialmente en efectos unilaterales, lo cual constituía, en su opinión, una interpretación incorrecta del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 y la inobservancia manifiesta del margen de apreciación del que disponía la Comisión para aplicar dicha disposición.

55 La Comisión recuerda que la Decisión Airtours se basaba en la apreciación de una posición dominante colectiva y no en la teoría de los efectos unilaterales. Es irrelevante, pues, saber en el marco del presente recurso de indemnización si puede aplicarse la teoría de los efectos unilaterales en el ámbito del artículo 2 del Reglamento n° 4064/89.

b) Sobre la obligación de definir la situación del mercado a falta de concentración

56 En cuanto al análisis fáctico de los efectos de la operación sobre la competencia, la demandante sostiene que la Comisión ha inobservado gravemente su facultad de apreciación al no precisar cuál era la situación de la competencia antes de que se realizara la operación proyectada, lo cual constituye, sin embargo, la premisa para el análisis de los efectos de la operación sobre la competencia (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 84). El incumplimiento de la obligación de la Comisión de adoptar una decisión sobre este punto vicia la totalidad de la Decisión Airtours (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 75). La Comisión pretendió entonces que las modificaciones del mercado durante los 18 meses que siguieron a la publicación de las conclusiones del informe de la Monopolies and Mergers Commission, una de las autoridades de la competencia en el Reino Unido, podían privar de fundamento a dichas conclusiones, según las cuales el mercado era ampliamente competitivo al final del año 1997 (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 96 a 108).

57 La Comisión por su parte señala que examinó los cambios producidos en el mercado de los operadores turísticos en el Reino Unido entre 1997, fecha de publicación del informe de la Monopolies and Mergers Commission, y 1999, fecha en que se notificó la concentración. Destaca que llegó a la conclusión de que el nivel de concentración había aumentado considerablemente, sobre la base de elementos probatorios aportados por terceros interesados, lo cual influyó en la apreciación de los efectos de la operación. No obstante, la Comisión alega que consideró en la Decisión Airtours que no existía posición dominante antes de la operación (como señaló el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 88 de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* aunque éste criticara en el apartado 75 el carácter «elíptico» de su descripción). Según la Comisión,

por tanto, debía demostrarse la creación y no el refuerzo de dicha posición. Entonces, nadie habría discutido la necesidad de identificar la situación del mercado a falta de concentración. La cuestión que se habría planteado sería únicamente la de dilucidar si ya existía una tendencia a una situación de posición dominante colectiva, en cuyo caso la operación corría el riesgo de romper un equilibrio frágil y, en consecuencia, de restringir considerablemente el alcance de la competencia efectiva. La Comisión no cometió, por tanto, un error por no comprender cuál era la situación del mercado, sino solamente por considerar que determinados aspectos de la situación existente del mercado, considerados globalmente (a saber, las características del mercado descritas en los considerandos 87 a 126 de la Decisión Airtours) podían favorecer la creación de una posición dominante colectiva después de la concentración.

c) Sobre la obligación de establecer los requisitos de una práctica colusoria tácita

58 La demandante recuerda que, para demostrar la creación de una posición dominante colectiva, la Comisión tenía que comprobar si se cumplían los tres requisitos establecidos en el apartado 62 de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* a saber: en primer lugar, la capacidad de cada uno de los miembros del oligopolio dominante de saber si los demás miembros van a comportarse conforme a la línea de conducta común, lo cual depende de una transparencia suficiente del mercado; en segundo lugar, la viabilidad en el tiempo de tal situación de coordinación tácita, lo cual implica la existencia de un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común; en tercer lugar, la reacción previsible de los competidores y de los consumidores actuales y futuros que no pudiera poner en cuestión esta línea de acción común. Ahora bien, según la demandante, algunos elementos destacados por la Comisión en la Decisión Airtours para demostrar la existencia de dichos requisitos se basan en una apreciación errónea de los hechos.

59 La Comisión precisa, por su parte, que ha abordado los diferentes requisitos evocados por la demandante, como se desprende del considerando 87 de la Decisión Airtours, que enumera los elementos en cuestión. Por tanto, no puede ponerse en tela de juicio su conocimiento de los requisitos necesarios para comprobar si existe una posición dominante colectiva.

Sobre la inestabilidad de la cuotas de mercado

60 La demandante destaca que las fluctuaciones de las cuotas de mercado son un elemento pertinente a efectos de la apreciación de la Comisión (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 111). En el presente asunto, la demandante alega que la dificultad residía en que las cuotas de mercado de los distintos operadores presentes en el mercado de referencia habían sido sensiblemente inestables en el pasado, lo que podía dar a entender que este mercado no era objeto de una posición dominante colectiva. Pues bien, este hecho no fue tomado en consideración en la Decisión Airtours, probablemente porque la Comisión consideró que no encajaba con su tesis.

61 La Comisión alega que la gran inestabilidad de las cuotas de mercado se debe a la toma en consideración de las adquisiciones realizadas por algunos operadores. Al contrario, las cuotas de mercado serían muy estables si se excluyesen estas adquisiciones. La Comisión destaca que, en la Decisión Airtours, consideró que la importancia del crecimiento interno era el criterio más adecuado a efectos de la apreciación de las incitaciones a adoptar un comportamiento paralelo oligopolístico, en la medida en que, cuando hay pocas posibilidades de aumentar su cuota de mercado mediante el aumento de la capacidad, la adopción de un comportamiento paralelo es más probable. Este análisis no fue seguido por el Tribunal de Primera Instancia, que consideró que la Comisión no había demostrado en qué carecía de pertinencia la posibilidad de hacer la competencia a través de adquisiciones. Sin embargo, esto no significa para la Comisión que dicho análisis se basara en la omisión flagrante de los elementos probatorios obtenidos en el marco del procedimiento administrativo, dado que algunos de dichos elementos probatorios demostraban que las perspectivas de adquisición eran limitadas después de 1998.

Sobre la inestabilidad de la demanda

62 La demandante subraya que la estabilidad de la demanda es un factor propicio a la formación de una posición dominante (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 139). Ahora bien, este aspecto fue omitido en el considerando 97 de la Decisión Airtours, en el que la Comisión indica que la volatilidad de la demanda haría

que el mercado fuese más favorable a la creación de una posición dominante colectiva. Fue únicamente durante los debates en el marco del recurso de anulación cuando la Comisión admitió que la teoría económica tenía la importancia que se le reconocía en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* y que pretendió sin éxito defender su tesis esgrimiendo hechos propios al asunto. Esta no puede considerarse una solución correcta. Si la importancia de la teoría económica era incompatible con el enfoque adoptado por la Comisión en la Decisión Airtours, ésta tenía la obligación de alegar una tesis coherente, corroborada por una teoría económica defendible en apoyo de su posición.

63 La Comisión indica que, durante el procedimiento administrativo, examinó el informe Binmore, transmitido por la demandante, sobre la importancia que debe acordarse a la inestabilidad de la demanda. Le pidió incluso que presentase observaciones adicionales sobre este informe. Por tanto, la Comisión no ignoró este informe y señala, sin embargo, que el informe no mencionaba los datos relativos al mercado de referencia y versaba esencialmente sobre la posibilidad de coordinación de los precios más bien que de las capacidades. La Comisión subraya igualmente que este informe reconocía incluso que era posible la coordinación de las capacidades, pero dudaba de que se pudiese realmente disuadir a los operadores turísticos de hacer trampas.

Sobre el escaso crecimiento de la demanda

64 La demandante subraya que el escaso crecimiento de la demanda es un elemento propicio a una práctica colusoria tácita. Ahora bien, indica que, durante el procedimiento administrativo, había señalado que la demanda había aumentado en el pasado a un ritmo más rápido que el del producto interior bruto en el Reino Unido; que, pese a una breve ralentización en 1995 y en 1996, la demanda había aumentado de nuevo, según el principal informe sectorial, y que era de esperar que su crecimiento prosiguiese durante los dos años siguientes. No obstante, la Comisión no tuvo en cuenta estos elementos. Según la demandante, como se desprendió de los debates ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión prefirió basarse en un extracto aislado, sin fecha, de una página de un informe elaborado por Ogilvy & Mather y del que nunca vio ni examinó la totalidad. Este documento le fue transmitido por la sociedad participada,

First Choice, opuesta a la operación. Dicho documento, citado selectivamente y de forma inexacta por la Comisión, nunca fue presentado a la demandante para que ésta pudiese formular sus observaciones durante el procedimiento administrativo y se ve contradicho por otros elementos transmitidos a la Comisión. Se trata, en este caso, de un ejemplo flagrante de incumplimiento manifiesto de la obligación general de diligencia.

65 La Comisión recuerda que la cuestión que se plantea es la de dilucidar si el crecimiento de la demanda era suficientemente elevado para excluir cualquier comportamiento paralelo después de la concentración. Subraya que, al apreciar este aspecto en el asunto Airtours, pidió a los principales operadores sus estimaciones sobre el crecimiento pasado y futuro de la demanda y que es en este contexto que se le ha reprochado no haber citado correctamente el informe de Ogilvy & Mather. A este respecto, la Comisión alega que el porcentaje de crecimiento del mercado citado en dicho informe era del 3,7 %, mientras que el porcentaje de crecimiento invocado por la demandante sobre la base de las estadísticas del British National Travel Survey (BNTS) equivalía al 3,4 %. Este debate es tanto más incomprensible por cuanto se supone que las cifras de Ogilvy & Mather se basan en las estadísticas del BNTS. No existe, por consiguiente, un real conflicto de pruebas. En cualquier caso, la Comisión alega que la demandante guarda silencio sobre las previsiones del crecimiento de la demanda. Sobre este punto, la Comisión indica que podía basarse en las observaciones que la demandante había formulado durante el procedimiento administrativo, según las cuales el porcentaje de crecimiento anual de la demanda en 2000-2002 se había estimado en aproximadamente 3,3 %.

Sobre la transparencia del mercado

66 La demandante pone de manifiesto que la transparencia del mercado es un elemento esencial en la apreciación de la posición dominante colectiva, en la medida en que, si no hay transparencia, a los operadores económicos les cuesta más concluir acuerdos tácitos e identificar y sancionar a aquellos que no cumplan tales acuerdos (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 156 y 159). Según ella, en el presente asunto, para la Comisión la dificultad residía en la casi infinita variedad de vacaciones ofrecidas.

Semejante heterogeneidad del producto hacía bastante más difícil la práctica colusoria. Ahora bien, ante esta dificultad de alegar su tesis sobre la coordinación tácita, la Comisión decidió sencillamente no tenerla en cuenta. Prefirió simplemente sostener que los miembros del oligopolio coordinaban la capacidad y no los precios y que «lo único importante e[ra] conocer la capacidad global (número de vacaciones) ofrecida por cada operador turístico integrado» (considerando 91 de la Decisión Airtours). Sostuvo igualmente, que, puesto que la planificación sobre la siguiente temporada se realizaba en función del volumen de negocios de la temporada anterior, el mercado era transparente. De este modo, la Comisión ignoró elementos probatorios aportados durante el procedimiento administrativo. Además, la Comisión desnaturaliza el análisis del Tribunal de Primera Instancia contenido en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* al sostener que ha tenido que analizar una cuantiosa información para forjarse una opinión sobre la cuestión. Sin embargo, según la demandante, la verdadera dificultad no radicaba en este punto: la Comisión se negó simplemente a abordar la cuestión precisa de la heterogeneidad del producto y de la naturaleza compleja del trabajo de organización de la capacidad, y a realizar ella misma la labor que el Tribunal de Primera Instancia había emprendido, pese a su importancia crucial en el marco de asuntos relativos a una posición dominante colectiva.

67 La Comisión alega que el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya considerado que no se había demostrado una conclusión de modo suficiente conforme a Derecho no permite afirmar que esta institución había cometido una infracción manifiesta y grave de su deber de examinar detenidamente los elementos probatorios. En el caso de autos, la Comisión sostiene que, cuando los operadores turísticos adoptan un comportamiento paralelo en el conjunto del mercado de referencia, deben poder descubrir suficientemente pronto cualquier desviación de dicho comportamiento en el mercado para sancionar el comportamiento divergente. La transparencia en cuestión debe, por tanto, versar sobre el parámetro al que se refiere la práctica colusoria, a saber, la capacidad total del mercado y no el reparto de dicha capacidad entre los diferentes destinos que interesan a los consumidores. La cuestión central es, por tanto, dilucidar si existía suficiente transparencia para poder descubrir de forma temprana los incrementos anormales de capacidad y para que los otros operadores turísticos pudieran tomar represalias. Sobre este punto, la Comisión indica haber concluido que existía una continuidad bastante grande entre una y otra temporada. Añade que, si bien la capacidad total abarca una multitud de decisiones, estas decisiones son adoptadas dentro de los límites de un conjunto determinado por la demanda prevista. Según la Comisión, el hecho de conocer las ofertas anteriores de los otros permitía a los operadores turísticos comprobar rápidamente las modificaciones de las ofertas en curso. El hecho de publicar los primeros folletos entre doce y quince meses antes de las

propias vacaciones hacía que todos pudieran ver las decisiones en materia de transporte aéreo y, en cierta medida, en materia de capacidad hotelera.

Sobre la obligación de examinar la existencia de un mecanismo disuasivo

68 La demandante señala que, aun cuando se reconozca la necesidad de aplicar un mecanismo disuasivo en lo que ser refiere a la identificación de una situación de posición dominante colectiva (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 192 y193), la posición de la Comisión en la Decisión Airtours es ambigua en lo que se refiere a la necesidad de dicho mecanismo (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 191). El Tribunal de Primera Instancia desestimó también las alegaciones de la Comisión para sostener la existencia de tal mecanismo y la Comisión intenta sin embargo explicar estos errores alegando que los mismos se explican porque la apreciación de la transparencia y de la inestabilidad de la demanda efectuada por el Tribunal de Primera Instancia no coincide con la adoptada por la Comisión en la Decisión Airtours. Semejante explicación no es satisfactoria, pues no se puede invocar un error anterior para disculpar un error posterior.

69 La Comisión recuerda que las observaciones formuladas en los considerandos 55 y 150 de la Decisión Airtours acerca de la necesidad de un «mecanismo estricto de represalia» se referían al tipo de mecanismo que la demandante había considerado necesario (esencialmente, un mecanismo como los que se encuentran generalmente más bien en una práctica colusoria que en una situación de oligopolio). El hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya rechazado las afirmaciones de la Comisión sobre los diferentes medios de tomar represalias (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 200 a 207) no significa que la Comisión no haya tomado en consideración los elementos probatorios pertinentes. En efecto, de los considerandos 148 y siguientes de la Decisión Airtours se desprende que éstos son precisamente los puntos suscitados por la demandante que fueron examinados por la Comisión.

Sobre la obligación de conceder la importancia debida a la reacción de los competidores y de los consumidores actuales y futuros

70 La demandante señala que el Tribunal de Primera Instancia reprochó a la Comisión no haber examinado de modo suficiente con arreglo a Derecho la posible reacción de los pequeños operadores turísticos y de otros competidores, así como la de los potenciales consumidores, frente a la realización de la operación (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 213, 266, 273 y 274). Respecto a estos puntos, la Comisión hizo caso omiso de los elementos probatorios invocados por la demandante en el procedimiento administrativo.

71 La Comisión señala por su parte que, según la Decisión Airtours, el principal obstáculo a la capacidad de los pequeños operadores turísticos de reaccionar frente a la limitación de las capacidades impuesta por los grandes operadores turísticos residía en el acceso a los billetes de avión. El Tribunal de Primera Instancia concluyó, sin embargo, que existía un determinado número de fuentes que podían proveer billetes a los pequeños operadores turísticos en condiciones satisfactorias. Se trata de una apreciación diferente de los elementos probatorios y no de que la Comisión los haya ignorado. Esto es válido igualmente para el acceso a los canales de distribución. El hecho de que el Tribunal de Primera Instancia no haya aceptado el análisis de la Comisión no basta para demostrar que ésta ha cometido una falta o ignorado los elementos probatorios. Por lo que se refiere a los competidores potenciales, la Comisión señala que sus afirmaciones se basaban en las consideraciones sobre el acceso a los billetes de avión y a los canales de distribución, expuestas en cuanto a los pequeños operadores turísticos. Lo mismo puede decirse de la alegación basada en el hecho de no haber tomado en consideración la posible reacción de los consumidores, en la medida en que la capacidad de los consumidores de comprar vacaciones a los pequeños operadores turísticos depende de la capacidad de éstos para ofrecerlas. La Comisión estima que, aunque dichas apreciaciones hayan sido consideradas erróneas, sin embargo no eran irracionales.

d) Sobre el efecto acumulado del desconocimiento de elementos probatorios y de la insuficiencia de motivación

72 La demandante sostiene que la Decisión Airtours pone de relieve una serie de incumplimientos de segundo nivel, que agravan y corroboran los incumplimientos antes citados. Una serie de errores, considerados globalmente, pueden generar la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de noviembre de 2002, Scan Office Design/Comisión, T-40/01, Rec. p. II-5043, apartado 107). En consecuencia, por lo que se refiere a cada aspecto de la alegación relativa a la posición dominante colectiva, la demandante invocó elementos probatorios que fueron ignorados por la Comisión. En este punto, la demandante alega unos cuarenta casos en los que la Comisión hizo caso omiso de dichos elementos. La Comisión no puede alegar válidamente que su posición sobre estos puntos no era irracional. Además, la Comisión sostiene que la Decisión Airtours está suficientemente motivada, lo cual es erróneo, puesto que el tercer motivo del recurso de anulación tenía por objeto no solamente la infracción del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, sino también la infracción del artículo 253 CE. Igualmente, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO 2000, C 364, p. 1), prevé que el derecho a una buena administración implica para la administración la obligación de motivar sus decisiones. En el presente asunto, la Comisión incumplió su obligación de apoyarse en pruebas sólidas que permitieran clasificar a la Decisión Airtours en la serie de decisiones que le es posible adoptar habida cuenta de la discrecionalidad que le es acordada. Existen 22 ejemplos de tal motivación insuficiente.

73 La Comisión alega que el hecho de preferir unos elementos probatorios a otros no constituye un desconocimiento manifiesto de los elementos probatorios en su conjunto ni siquiera un desconocimiento manifiesto de cada uno de dichos elementos. Semejante afirmación sólo sería aceptable si el resultado alcanzado sobre la base de los elementos probatorios estuviese clara y manifiestamente en contradicción con dichos elementos. La Comisión expone en uno de los anexos de su escrito de dúplica todos los elementos probatorios que estaban en su posesión y que fueron examinados detenida y cuidadosamente durante el procedimiento administrativo. Por otra parte, la Comisión señala que una infracción del artículo 253 CE no genera la responsabilidad de la institución porque la obligación de motivación no constituye una norma jurídica que proteja a los particulares. Es más, la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* no contiene ninguna apreciación que permita identificar la existencia de un incumplimiento de la obligación de motivación. Además, la referencia al artículo 41 de la Carta de los

Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es pertinente, pues esta disposición no indica que una falta de motivación justifique un recurso de indemnización.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

a) Sobre la alegación relativa a la obligación de reconocer el ámbito de aplicación limitado del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89

74 Con carácter preliminar, en respuesta a la alegación de la demandante según la cual la Comisión no observó de manera manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación al referirse, al menos parcialmente, a la teoría económica denominada de efectos unilaterales para declarar la operación Airtours/First Choice incompatible con el mercado común en virtud del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89, procede señalar que, como lo hizo el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 49 a 54 de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* la Comisión niega haber actuado con un nuevo enfoque de esta disposición y sostiene haber aplicado el enfoque que ya había utilizado con anterioridad y que el Tribunal de Primera Instancia había aprobado en su sentencia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, Rec. p. II-753).

75 Ahora bien, habida cuenta de la contestación de la Comisión y a falta de indicaciones suficientemente detalladas por parte de la demandante que permitan indicar si y en qué medida este supuesto nuevo enfoque ha podido tener la menor incidencia en la apreciación, por la Comisión, de los efectos de la operación Airtours/First Choice sobre la competencia, no procede pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de la obligación de reconocer el ámbito de aplicación limitado del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89.

b) Sobre las alegaciones relativas a la obligación de definir la situación del mercado a falta de concentración y a la obligación de establecer los requisitos de una práctica colusoria tácita

76 En cuanto a las alegaciones de la demandante relativas a la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de la Comisión en el marco de su análisis de la operación Airtours/First Choice a la luz de los requisitos relativos a la creación de una posición dominante colectiva, procede recordar en qué consiste dicho análisis.

77 Una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste se puede crear como consecuencia de una concentración, cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y, por tanto, preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 61).

78 La creación de una posición dominante colectiva así definida requiere el cumplimiento de tres requisitos. En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe acreditar asimismo que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionará los resultados esperados de la línea de acción común (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 62).

79 En el marco del recurso de anulación, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, a la luz de todo lo anterior, era necesario concluir que la Comisión, en la Decisión Airtours, no había basado su análisis prospectivo en pruebas sólidas, sino que había incurrido en varios errores de apreciación de elementos importantes para evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva. En consecuencia, la Comisión había prohibido la operación sin haber demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que la operación de concentración crearía una posición dominante colectiva de los tres grandes operadores turísticos, la cual podría suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado de referencia (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 294).

80 En materia de responsabilidad extracontractual, no cabe excluir, en principio, que los vicios manifiestos y graves de que adolece el análisis económico subyacente a una decisión, adoptada sobre la base del artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, por la que se declare una operación de concentración incompatible con el mercado común en virtud del artículo 2, apartados 1 y 3, de dicho Reglamento, puedan constituir violaciones suficientemente caracterizadas para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en el sentido de la jurisprudencia (véanse los apartados 37 a 43 anteriores).

81 No obstante, esta apreciación requiere tener en cuenta que los análisis económicos necesarios para la calificación de una situación o de una operación respecto al Derecho de la competencia son generalmente, tanto en el plano de los hechos como en el del razonamiento elaborado a partir de su descripción, enunciados intelectuales complejos y difíciles, en los que pueden deslizarse algunas insuficiencias, tales como aproximaciones, incoherencias, incluso ciertas omisiones. Ello es tanto más cierto en el marco del control de concentraciones, habida cuenta especialmente de las limitaciones de plazos que recaen sobre la institución. Debe señalarse, en efecto, que por razones de seguridad jurídica vinculadas a la necesidad de permitir a los operadores económicos obtener una decisión de la Comisión lo más rápidamente posible para poder realizar su operación, ésta interviene dentro de plazos cortos y estrictos. En caso de serias dudas sobre los efectos de la operación notificada respecto a la competencia, la Comisión sólo dispone de cuatro meses para investigar sobre dicha operación y recabar la opinión de todas las partes afectadas o interesadas.

82 Tales insuficiencias en el análisis económico corren más riesgo de producirse, cuando, como ocurre en el caso del control de las concentraciones, el análisis incluye un aspecto prospectivo. En estas circunstancias, es posible que la gravedad de una insuficiencia documental o lógica no constituya siempre una circunstancia suficiente para acarrear el nacimiento de la responsabilidad comunitaria. En el presente asunto, debe señalarse que la dificultad intrínseca propia al aspecto prospectivo del análisis de los efectos de la operación sobre la situación de competencia, tras su realización, es aún mayor por cuanto que la situación económica en cuestión era especialmente compleja, en la medida en que se trataba, para la Comisión, de apreciar la posible creación de una posición dominante colectiva, de naturaleza oligopolística y no simplemente duopolística, en un mercado referido a un producto que combinaba la venta en agencia de viaje, el transporte aéreo y una estancia hotelera y en que la competencia se ejerce más sobre la capacidad que sobre los precios.

83 Es igualmente necesario recordar que la Comisión dispone de un margen de apreciación para mantener el control de la política comunitaria de la competencia, lo que implica que no cabe esperar de ella una práctica rigurosamente constante e invariable en la aplicación de las normas pertinentes y, correlativamente, que goza de cierta libertad en la elección de los instrumentos econométricos a su disposición, así como en la de los enfoques apropiados para el estudio de un fenómeno (véase, en este sentido, en cuanto a la definición del mercado relevante, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, Rec. p. II-5917, apartados 89 y siguientes, y de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, Rec. p. II-3601, apartado 482), siempre que tales elecciones no sean manifiestamente contrarias a las normas admitidas de la disciplina económica y se apliquen de manera consecuente.

84 La complejidad de las situaciones que deben ser reguladas en materia de control de concentraciones, las dificultades de aplicación vinculadas a las limitaciones temporales que se imponen a la Administración en este contexto, así como el margen de apreciación que debe reconocerse a la Comisión, deben ser tomadas en consideración para apreciar la existencia de una posible violación suficientemente caracterizada cometida por la Comisión en el marco de su análisis sobre los efectos de la operación Airtours/First Choice sobre la competencia.

85 En consecuencia, el análisis del Tribunal de Primera Instancia en el marco del recurso de indemnización debe tomar en consideración necesariamente las contingencias y dificultades propias al control de concentraciones, en general, y a las estructuras de oligopolios complejas, en particular. Es de este modo que procede interpretar la facultad de apreciación de la Administración en el sentido de la jurisprudencia resultante de la sentencia Bergaderm, apartado 30 *supra.* Esta tarea es de por sí más exigente que la que se impone en el marco de un recurso de anulación, en el que el Tribunal de Primera Instancia se contenta, dentro de los límites de los motivos presentados por la parte demandante, a examinar la legalidad de la decisión impugnada para garantizar que la Comisión ha apreciado correctamente los diferentes elementos que le han permitido declarar la operación notificada incompatible con el mercado común conforme al artículo 2, apartados 1 y 3, del Reglamento nº 4064/89. Por consiguiente, contrariamente a la afirmación de la demandante, simples errores de apreciación y la falta de presentación de pruebas pertinentes utilizadas en el marco de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* no bastan como tales para calificar una violación manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de la Comisión en materia de control de concentraciones y ante una situación de oligopolio compleja.

86 En este contexto, la alegación relativa al escaso crecimiento de la demanda requiere un examen particular, en la medida en que las apreciaciones de la Comisión sobre este punto se basan en una apreciación incompleta y errónea de los datos que le fueron comunicados en el marco del procedimiento administrativo y de los que se sirve en la Decisión Airtours (véase el apartado 64 anterior, sentencia Airtours, apartado 12 *supra,* apartado 127). No obstante, las limitaciones propias al control de concentraciones son tales que el simple hecho de que la Comisión haya interpretado este documento sin respetar su tenor literal ni su alcance teleológico, aun cuando decidió considerarlo un documento esencial en su apreciación según la cual el índice de crecimiento de este mercado fue moderado durante la década de 1990 y seguirá siéndolo (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 130), no constituye una circunstancia suficiente para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (véase el apartado 82 anterior). Lo mismo puede afirmarse respecto al hecho de que la Comisión haya ignorado determinados datos existentes en el expediente a los que se refería el documento que de aquí se trata (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 132).

87 En el presente asunto, la Comisión disponía en efecto de elementos probatorios en el expediente administrativo que razonablemente le podían hacer pensar que el crecimiento iba a aumentar ligeramente en los siguientes años. El hecho de que la

apreciación adoptada en la Decisión Airtours haya sido criticada por el Tribunal de Primera Instancia se inscribe en el marco de litigios en materia de legalidad, en los que el Tribunal de Primera Instancia examina las pretensiones de Derecho y de hecho formuladas por la Comisión a la luz de las alegaciones presentadas por la demandante en su recurso y de los elementos reproducidos en dicha Decisión. Esta circunstancia no significa, sin embargo, que la Comisión haya cometido una violación manifiesta y grave de su facultad de apreciación en materia de control de concentraciones, siempre que, como ocurre en el presente asunto, sea capaz de explicar los motivos por los que razonablemente podía pensar que su apreciación era fundada. A este respecto, del expediente administrativo se desprende que la propia demandante había aportado a la Comisión datos que preveían un ligero crecimiento anual de la demanda entre los años 2000 y 2002.

88 Por lo que se refiere a la alegación relativa a la transparencia del mercado, no puede discutirse que la Comisión no haya tenido en cuenta sobre este punto un elemento clave para caracterizar una posición dominante colectiva restrictiva de la competencia (véase el apartado 66 anterior y la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartados 156 a 180). Sin embargo, al igual que ocurre con el crecimiento de la demanda, el razonamiento expuesto sobre este punto en la Decisión Airtours demuestra que si las conclusiones a las que llega la Comisión no han convencido al Tribunal de Primera Instancia en la medida en que dicho razonamiento no fue apoyado por pruebas o fue mal explicado, no es menos cierto que aquella se pronunció después de haber examinado atentamente los datos aportados en el marco del procedimiento administrativo. Aunque se haya demostrado una ilegalidad en el marco del recurso de anulación, este error de apreciación puede explicarse debido a las cargas objetivas que recaen sobre la institución y sus agentes como consecuencia de las disposiciones que rigen el control de concentraciones (véase el apartado 43 anterior).

89 En efecto, aunque el enfoque adoptado por la Comisión en la Decisión Airtours, que se limitaba a tomar globalmente en consideración el número total de viajes combinados propuesto por cada operador, no fue adoptado por el Tribunal de Primera Instancia, que prefirió el enfoque defendido por la demandante, según el cual este proceso complejo no consiste en prorrogar simplemente la capacidad estimada o vendida en el pasado, sino en adoptar una multitud de decisiones heterogéneas a nivel microeconómico en consideración a estimaciones relativas a la volatilidad del mercado y al crecimiento de la demanda, no es menos cierto que, vistos los elementos existentes en el expediente administrativo, la tesis desarrollada por la Comisión, por errónea que sea a

la luz del control de la legalidad, no constituye un error suficientemente caracterizado para ser considerado ajeno a la actuación normal de una institución encargada de velar por la aplicación de las normas sobre competencia.

90 Por lo demás, cabe afirmar que los otros errores señalados en el marco de la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* tampoco son suficientemente caracterizados para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

91 Así sucede con el supuesto incumplimiento de la obligación de definir la situación del mercado a falta de concentración (véase el apartado 58 anterior), en la medida en que de las alegaciones presentadas por la Comisión se desprende de modo suficiente con arreglo a Derecho que sus servicios examinaron dicha situación sobre la base de los elementos probatorios disponibles con el fin de identificar cuáles eran las modificaciones aportadas a la estructura de la competencia después de la realización de la operación.

92 Lo mismo puede decirse de las alegaciones basadas en la inestabilidad de la cuotas de mercado (véase el apartado 60 anterior), del supuesto incumplimiento de la obligación de examinar la existencia de un mecanismo disuasivo (véase el apartado 68 anterior) y del supuesto incumplimiento de la obligación de conceder importancia a la reacción de los competidores y consumidores actuales y futuros (véase el apartado 70 anterior), en la medida en que la tesis defendida sobre estos puntos por la Comisión, tesis que no convenció al Tribunal de Primera Instancia, no corresponde a una omisión manifiesta y grave de los elementos existentes en el expediente administrativo.

93 El mismo razonamiento es válido en cuanto a la alegación basada en la inestabilidad de la demanda (véase el apartado 62 anterior), en la medida en que la insuficiencia invocada por la demandante no ha tenido tanta importancia como para ser considerada

suficientemente caracterizada para generar la responsabilidad de la Comunidad. La Comisión señala además, a este respecto, que los elementos probatorios esgrimidos sobre este punto por la demandante no eran en sí suficientes para demostrar la inestabilidad de la demanda.

c) Sobre las alegaciones relativas al efecto acumulado de los casos de desconocimiento de elementos probatorios y de la insuficiencia de motivación

94 Considerados individualmente, los errores de apreciación señalados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* pueden explicarse por las limitaciones objetivas propias al control de concentraciones y a la complejidad particular de la situación de competencia examinada en el presente asunto. Este análisis no se ve desvirtuado por el efecto acumulado invocado por la demandante, que sostiene que una serie de errores, considerada globalmente, puede bastar para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

95 A este respecto, procede señalar que el apartado 107 de la sentencia Scan Office Design/Comisión, apartado 72 *supra,* no puede ser invocado en apoyo de dicha alegación, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia señala en dicho apartado que la Comisión cometió en este asunto una «serie de faltas graves, respecto de las cuales debe estimarse que cumplen, individualmente o, al menos, consideradas en su conjunto, el primero de los tres requisitos para generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad». Dichas faltas tienen una naturaleza muy distinta a la de los errores de apreciación identificados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra.* Se trataba, en el asunto que dio lugar a la sentencia Scan Office Design/Comisión, antes citada, de faltas caracterizadas en el marco de la evaluación de un contrato público, a saber, la negativa de la Comisión a comunicar documentos por el motivo erróneo de que no existían la aceptación de una oferta relativa a un contrato público presentada fuera de plazo, la toma en consideración de una evaluación no firmada y no comentada o de evaluaciones irregulares y la elección de una oferta no conforme al pliego de cláusulas administrativas. En el presente asunto, los errores de apreciación fueron cometidos por los servicios de la Comisión cuando éstos tuvieron

que examinar numerosos elementos probatorios con el fin de analizar una situación de competencia especialmente difícil de calificar. El margen de apreciación que debe reconocerse a la Comisión en el marco de las cuestiones de responsabilidad extracontractual relativas al control de concentraciones se aplica tanto a nivel del examen individual de los errores que pueden ser cometidos en la fase del análisis de los efectos de la operación en la competencia como en la fase del examen global de dichos errores. En consecuencia, en el presente asunto no cabe considerar que el mero hecho de que numerosos errores de apreciación se hayan detectado en la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* genere necesariamente la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

96 Por último, por lo que se refiere a la alegación basada en la insuficiencia de motivación de la Decisión Airtours, procede señalar que, en el presente asunto, ésta no puede generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. De la sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* se desprende, en efecto, que el análisis por el Tribunal de Primera Instancia del tercer motivo, basado en la infracción tanto del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 como del artículo 253 CE, se concentra únicamente en las alegaciones relativas a la infracción del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89. La anulación de la Decisión Airtours se basa así en el hecho de que la Comisión no demostró de modo suficiente con arreglo a Derecho, a la vista de las pruebas de las que se sirvió en dicha Decisión, que la operación de concentración crearía una posición dominante colectiva que podría suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado de referencia (sentencia Airtours, apartado 11 *supra,* apartado 294). La Decisión Airtours contenía de este modo una motivación suficiente que permitió al Tribunal de Primera Instancia controlar su legalidad, aunque, sobre el fondo, esta motivación fue considerada errónea al cabo de dicho control.

97 De las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no cometió una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares en el sentido de la jurisprudencia en el marco de su análisis de la operación Airtours/First Choice a la luz de los requisitos relativos a la creación de una posición dominante colectiva.

C. *Sobre la posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos*

1. *Sobre la admisibilidad de la alegación relativa a una posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos*

a) Alegaciones de las partes

98 La Comisión sostiene que la alegación relativa a una posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos es inadmisible, puesto que la demanda no desarrolla, ni tan siquiera de forma sumaria, este motivo y que la demandante no puede contentarse con remitirse en este punto a los anexos que reproducen las alegaciones expuestas en el marco del recurso de anulación.

99 La demandante señala que en este caso solamente procede dilucidar si la Comisión puede tomar posición sobre el motivo invocado y si el Tribunal de Primera Instancia puede ejercer su poder de control. Los elementos presentados sobre este punto en la demanda cumplen con este requisito y fueron desarrollados en los anexos 15 y 16 de este escrito, que contienen los elementos probatorios necesarios.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

100 En virtud del artículo 21, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, aplicable al Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 53, párrafo primero, del mismo Estatuto, y del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, la demanda deberá contener la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Esta exposición debe ser suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal pronunciarse sobre el recurso, en su caso, sin apoyarse en otros datos. A fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de la Justicia, es necesario, para que pueda acordarse la admisión de un recurso, que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa dicho recurso resulten, al menos de forma sumaria, pero de modo coherente y comprensible, del propio texto de la demanda (autos del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1993, De Hoe/Comisión, T-85/92, Rec. p. II-523, apartado 20, y de 11 de julio de 2005, Internationaler Hilfsfonds/Comisión, T-294/04, Rec. p. II-2719, apartado 23).

101 Para cumplir estos requisitos, toda demanda que tenga por objeto la reparación de los daños causados por una institución comunitaria deberá contener los elementos que permitan identificar el comportamiento que el demandante reprocha a la institución (auto Internationaler Hilfsfonds/Comisión, apartado 100 *supra,* apartado 24).

102 En el presente asunto, la demandante indica, en su demanda, que la negativa por parte de la Comisión a aceptar e incluso a examinar los compromisos presentados durante el procedimiento administrativo constituyen una violación suficientemente caracterizada de varias normas jurídicas que tienen por objeto conferir derechos a los particulares. A este respecto, las remisiones efectuadas en la demanda a la alegación sostenida en apoyo del cuarto motivo, en el marco del recurso de anulación en el asunto T-342/99 (sobre la legalidad de la Decisión Airtours a la luz de las normas relativas a los compromisos), presentada detalladamente en los anexos 15 y 16 de dicho escrito, deben ser consideradas como una mera ampliación de la exposición, que figura en la demanda, de la ilegalidad en la que supuestamente incurre el comportamiento reprochado a la Comisión por lo que se refiere al análisis de los compromisos propuestos.

103 A la luz de estas indicaciones, la Comisión estaba en condiciones de preparar su defensa sobre el fondo de este motivo.

104 Por tanto, procede rechazar las observaciones de la Comisión en cuanto a la admisibilidad del motivo relativo a la existencia de una posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos.

2. *Sobre el fondo*

a) Alegaciones de las partes

Sobre las alegaciones presentadas en los escritos de las partes

105 En sus escritos, la demandante alega que la Comisión, al negarse a aceptar e incluso a examinar los compromisos que ella había propuesto durante el procedimiento administrativo, infringió el artículo 2 y el artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, el principio de proporcionalidad, el principio de buena administración, la obligación de diligencia, así como la obligación de aplicar correctamente sus propios procedimientos para el examen de los compromisos. Estas infracciones constituyen una violación suficientemente caracterizada en el sentido de la jurisprudencia. En particular, la demandante aduce que, si la Comisión hubiese aceptado y no hubiese rechazado erróneamente los compromisos que ella le había propuesto, la operación habría sido autorizada con arreglo al artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89, y que ello habría sido así incluso si tales compromisos no eran necesarios, en la medida en que la operación no causaba problemas de competencia. La demandante sostiene igualmente que la Comisión debió tener en cuenta la segunda serie de compromisos pese al hecho de que habían sido propuestos fuera del plazo previsto por el Reglamento nº 4064/89.

106 La Comisión señala que de la Decisión Airtours se desprende que la primera serie de compromisos no era suficiente para que la operación notificada fuese declarada compatible con el mercado común, en la medida en que la creación de un solo operador turístico de tamaño mediano dependiente de las cadenas de agencias de viaje controladas por los grandes operadores turísticos, no habría podido garantizar una competencia suficiente en el mercado de referencia (considerandos 186 a 192 de la Decisión Airtours). En cuanto a la segunda serie de compromisos, presentada después de haber expirado el plazo previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 447/98, la Comisión precisa que, aunque este plazo puede ser ampliado en circunstancias excepcionales, la demandante no solicitó una ampliación, ni invocó circunstancias que pudiesen justificar dicha medida antes de la expiración del plazo. Además, la segunda serie de compromisos no contenía ningún nuevo elemento que no pudiese ser incluido en la primera serie de compromisos. En cualquier caso, habría faltado tiempo para examinar correctamente los nuevos compromisos (considerando 193 de la Decisión Airtours). El rechazo de los compromisos propuestos estaba, por tanto, justificado y no constituye una violación suficientemente caracterizada que pueda generar la responsabilidad de la Comunidad.

Sobre la posibilidad de examinar los compromisos del 15 de septiembre de 1999 en el período restante por transcurrir

107 En respuesta a las diligencias de ordenación del procedimiento acordadas por el Tribunal de Primera Instancia, que tenían por objeto averiguar cuáles fueron las razones por las que la Comisión no pudo evaluar eficazmente los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 en el «breve período restante», así como cuáles fueron las investigaciones adicionales que hubiesen sido necesarias para evaluar dichos compromisos, la demandante alega que la Comisión estaba plenamente en condiciones de examinar estos compromisos y que su negativa a hacerlo no puede justificarse ni explicarse por las limitaciones particulares que objetivamente tiene el servicio dentro de un funcionamiento normal.

108 La Comisión expone las razones por las que, aunque el plazo para pronunciarse sobre la operación Airtours expiraba el 5 de octubre de 1999, el proyecto de decisión debía estar

terminado el martes 21 de septiembre de 1999 antes del mediodía. En efecto, la práctica de la Comisión consiste en preparar el proyecto de decisión para una reunión colegial de sus miembros que tiene lugar la semana que precede la fecha en que termina el plazo, con el fin de tener en cuenta la posibilidad de que una mayoría entre ellos solicite modificaciones. En el presente caso, los servicios de la Comisión sólo dispusieron, por tanto, de tres días y medio hábiles para examinar los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999, esto es, el jueves 16, el viernes 17, el lunes 20 y la mañana del martes 21 de septiembre de 1999. Habida cuenta de que aún planeaban importantes incertidumbres, de que en tres día y medio se debía hacer un nuevo estudio de mercado y una nueva consulta del comité consultivo, de que los comentarios recabados respecto al primer estudio de mercado eran muy negativos, de que todo lo que figuraba en la segunda serie de compromisos había podido ser presentado inicialmente y de que la demandante no había solicitado una ampliación ni presentado circunstancias excepcionales para poder beneficiarse de la misma, la Comisión estima que los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 no debían ser examinados.

Sobre el carácter suficiente o no de los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 y las reacciones posteriores al requerimiento del Tribunal de Primera Instancia para que se presentaran documentos relativos a esta apreciación

109 En respuesta a la diligencia de ordenación del procedimiento acordada por el Tribunal de Primera Instancia, que tenía por objeto averiguar en qué medida los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 permitían o no responder a los problemas identificados por la Comisión en esa fase del procedimiento, la demandante alega que la Comisión había manifestado su preocupación en torno a dos puntos, a saber, la necesidad de constituir una cuarta fuerza con al menos el 10 % del mercado pertinente y el acceso de dicha entidad a la red de distribución. Con los compromisos propuestos se daba satisfacción a ambos puntos: la cuarta fuerza, Cosmos, o sea 0,8 millón de viajes combinados vendidos en 1998, recibiría una actividad representativa de 0,7 millón de viajes combinados vendidos, lo que le permitiría con 1,5 millón representar más del 10 % del mercado pertinente evaluado en 1998 en 13,9 millones de pasajeros, y además le sería cedida la red de distribución de First Choice así como un acceso a una parte de la red de la demandante durante cinco años.

110 La Comisión alega que sus preocupaciones tenían por objeto, por una parte, permitir la reconstitución de una cuarta fuerza con acceso a una red de distribución y, por otra parte, garantizar el mantenimiento de la competencia ejercida por los pequeños operadores turísticos. Indica que dichas preocupaciones resultaban principalmente de las observaciones formuladas por las empresas y asociaciones que habían respondido al estudio de mercado realizado respecto a la primera serie de compromisos.

111 En este contexto, la Comisión sostiene que los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999, tras una reunión con la Comisión el mismo día, eran nuevos y sustancialmente modificados respecto a la versión anterior y que no permitían responder claramente y de manera definitiva a los problemas identificados en esa fase. En este sentido, aunque rechazó formalmente dichos compromisos por razones procedimentales, la Comisión indica que hizo una apreciación preliminar de estos compromisos con el fin de determinar si la posibilidad de interrogar a las partes interesadas y al comité consultivo podía dar lugar a una respuesta positiva. Ahora bien, según la Comisión, quedaban en suspenso numerosas incertidumbres y no podía concluir con seguridad que sus preocupaciones en lo que se refiere a la posición dominante colectiva hubieran desaparecido.

112 En la vista de 29 de abril de 2008, el Tribunal de Primera Instancia ordenó a la Comisión, en virtud del artículo 65, letra b), y del artículo 67, apartado 3, párrafo tercero, de su Reglamento de Procedimiento, que aportara todos los documentos en su posesión relativos a la apreciación de los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999, que habían sido redactados entre esa fecha y la fecha en que fue adoptada la Decisión Airtours, a saber, el 22 de septiembre de 1999.

113 En respuesta a esta petición, la Comisión presentó dos documentos en el marco de la vista de 29 de abril de 2008. El primer documento es una nota incorporada al expediente, sin fecha, que resume el contenido de las discusiones que tuvieron lugar antes y durante la reunión organizada en la Comisión el 15 de septiembre de 1999 en lo referente a los compromisos y, especialmente, la propuesta de compromisos presentada con carácter informal el 14 de septiembre de 1999. El segundo documento es una nota con fecha de 16 de septiembre de 1999, elaborada por el Director de la Merger Task Force (en lo sucesivo, «MTF») y dirigida al miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia, nota que se pronuncia sobre los

compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 tanto desde el punto de vista procedimental como sobre el fondo. Este segundo documento expone sustancialmente, en los puntos 11 a 13, el contenido de las observaciones presentadas por la Comisión en respuesta a la cuestión del Tribunal de Primera Instancia sobre la apreciación de los compromisos.

114 En el plazo previsto a este efecto por el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión presentó igualmente otros documentos:

— Una nota incorporada al expediente, con fecha de 16 de septiembre de 1999, elaborada por un Jefe de Unidad de la MTF y relativa a los principios aplicables a la presentación de compromisos fuera de plazo.

— Una nota con fecha de 17 de septiembre de 1999, elaborada por el mismo Jefe de Unidad y dirigida a un funcionario de la Secretaría General, así como una versión revisada de dicha nota, que contienen el texto de la comunicación por publicar procedente del miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia y que ponen de manifiesto las dudas e incertidumbres en cuanto a la apreciación del contenido de los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999.

— Notas del discurso del miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia destinadas a ser utilizadas en la reunión de la Comisión sobre el proyecto de la Decisión Airtours, las cuales ponen de manifiesto las dudas e incertidumbres en cuanto a la apreciación del contenido de los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999.

— Un proyecto de Decisión Airtours, que no menciona elementos relativos a la apreciación del contenido de los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999, sino que simplemente afirma que dichos compromisos fueron presentados demasiado tarde.

— Una nota que reproduce elementos del lenguaje titulada «Elementos de defensa — Propuesta de compromisos» elaborada por la MTF y dirigida a la atención del miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia con el fin de presentar alegaciones relativas principalmente a la apreciación del contenido de los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999.

115 En el plazo previsto a este efecto por el Tribunal de Primera Instancia, la demandante presentó sus comentarios sobre los diferentes documentos presentados por la Comisión a instancias del Tribunal de Primera Instancia.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

116 El control de las concentraciones tiene por objeto brindar a las empresas interesadas la autorización necesaria y previa a la realización de toda operación de concentración de dimensión comunitaria. En el marco de dicho control, estas empresas pueden proponer compromisos a la Comisión con el fin de obtener una decisión por la que se declare la compatibilidad de su operación con el mercado común.

117 En función del estado de evolución del procedimiento administrativo, los compromisos propuestos deben permitir a la Comisión o bien considerar que la operación notificada ya no suscita serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común en la fase de investigación preliminar (artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89) o bien responder a las objeciones formuladas en el marco de la investigación en profundidad (artículo 18, apartado 3, leído conjuntamente con el artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89). Estos compromisos permiten por tanto, en un primer momento, evitar que se incoe la fase de investigación en profundidad o, en una fase ulterior, evitar que se adopte una decisión por la que se declare la incompatibilidad de la operación con el mercado común.

118 El artículo 8, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89 permite, en efecto, a la Comisión incorporar a una decisión por la que se declare que una concentración es compatible con el mercado común, con arreglo a los criterios definidos en el artículo 2, apartado 2, de dicho Reglamento, condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con esta institución para hacer que la concentración sea compatible con el mercado común.

119 Teniendo en cuenta tanto la importancia de los intereses económicos y las consecuencias industriales o comerciales inherentes a este tipo de operaciones como los poderes de los que dispone la Comisión en este ámbito, se puede esperar que las empresas interesadas hagan todo por facilitar el trabajo de la administración. Estas mismas razones obligan igualmente a la Comisión a dar muestras de la mayor diligencia posible en el ejercicio de su misión de control de las concentraciones.

120 En el presente caso, de la Decisión Airtours y de las respuestas de las partes a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia resulta que la Comisión decidió incoar el procedimiento de investigación en profundidad el 3 de junio de 1999. Dio igualmente a la demandante la posibilidad de formular sus observaciones sobre las objeciones suscitadas por sus servicios al dirigirle un pliego de cargos el 9 de julio de 1999 y estas cuestiones fueron abordadas durante la audiencia administrativa que tuvo lugar los días 28 y 29 de julio de 1999. Con el fin de responder a estas objeciones, la demandante propuso el 19 de agosto de 1999 varios compromisos a la Comisión. Inicialmente, los compromisos previstos sólo tenían por objeto garantizar el mantenimiento de la competencia por los pequeños operadores turísticos. La Comisión indicó, sin embargo, a la demandante que la reconstitución de una cuarta fuerza podía constituir una medida correctiva eficaz para responder a los problemas de competencia identificados en esa fase. Este punto fue abordado por la demandante en la reunión que se organizó con la Comisión el 24 de agosto de 1999 à propósito de los compromisos propuestos el 19 de agosto de 1999. A continuación, fue objeto de la primera serie de compromisos, presentados formalmente el 7 de septiembre de 1999 tras las discusiones con los servicios de la Comisión, y de la segunda serie de compromisos, que revisaba los anteriores, presentados formalmente el 15 de septiembre de 1999 tras una reunión que tuvo lugar ese mismo día con la Comisión.

121 Por otra parte, cabe señalar que en el considerando 193 de la Decisión Airtours, la Comisión considera que los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 no fueron tomados en consideración por sus servicios, porque fueron presentados fuera del plazo de tres meses previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 447/98, que finalizaba el 7 de septiembre de 1999, a falta de circunstancias excepcionales pertinentes y porque no era posible «realizar una valoración eficaz del nuevo compromiso en el breve período restante hasta el vencimiento del plazo establecido en el apartado 3 del artículo 10 del Reglamento [nº 4064/89]», a saber, el 5 de octubre de 1999. Este punto no ha sido discutido por las partes.

122 Tampoco discuten las partes que, por propia iniciativa, la demandante presentó nuevos compromisos el 15 de septiembre de 1999 con el fin de sustituir los que habían sido presentados el 7 de septiembre de 1999. Esta propuesta de compromisos revisados fue realizada sobre la base de las objeciones identificadas en el pliego de cargos y del resultado del primer estudio de mercado realizado en relación con los compromisos iniciales, con miras a responder a los problemas de competencia identificados en esa fase por la Comisión. Es esta última propuesta de compromisos que procede tomar en consideración en el presente asunto.

123 En efecto, el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya declarado ilegal la apreciación de los efectos de la operación sobre la competencia, expuesta por la Comisión en la Decisión Airtours, no significa que la negativa a aceptar los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999 sea, sólo por esta razón, ilegal. En la fase en que el Tribunal de Primera Instancia efectúa su análisis, la Decisión Airtours aún no había sido adoptada y es, libremente y con conocimiento de causa, que la demandante decidió proponer a la Comisión soluciones que permitiesen responder a las objeciones identificadas entonces con el fin de obtener una decisión de compatibilidad. Es en este contexto en el que procede apreciar la existencia de una posible violación suficientemente caracterizada en la fase del análisis de los compromisos propuestos y no a la vista de elementos desconocidos entonces por las partes en el marco de la discusión sobre los compromisos.

124 En la vista de 29 de abril de 2008, la Comisión precisó que, en la época de los hechos, en septiembre de 1999, la práctica habitual de examen de los compromisos presentados fuera de plazo consistía en aceptar tales compromisos solamente si permitían responder claramente a las objeciones suscitadas en esa fase en cuanto a la

compatibilidad de la operación con la competencia en el mercado común. Este comportamiento es conforme a la obligación de diligencia que pesa sobre la Administración en el marco de la aplicación de los poderes de decisión que le son atribuidos en virtud del artículo 8, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 4064/89 (véase el apartado 49 anterior).

125 Conforme a las indicaciones aportadas en respuesta a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia sobre este punto, la Comisión señaló que su actitud inicial, relativamente benévola y conciliadora, había mostrado rápidamente sus límites. Las empresas interesadas tenían tendencia a esperar al último momento para presentar sus compromisos y esto amenazaba con perjudicar el buen desarrollo del procedimiento de toma de decisiones en materia de control de concentraciones al impedir a la Comisión examinar estos compromisos y consultar a terceros y representantes de los Estados miembros en condiciones adecuadas. A partir del 27 de mayo de 1998, la Comisión decidió aplicar más estrictamente el plazo de tres meses previsto en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 447/98 con el fin de limitar la posibilidad de examinar los compromisos presentados tardíamente a los únicos casos en que aún fuese posible hacer una evaluación válida.

126 Además, esta práctica fue seguida a continuación, en su Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento nº 4064/89 y al Reglamento nº 447/98 (DO 2001, C 68, p. 3), con el fin de exponer las enseñanzas resultantes de la experiencia adquirida en materia de compromisos desde la entrada en vigor del Reglamento nº 4064/89. Dicha Comunicación indica en su punto 43 que la Comisión aceptará examinar los compromisos modificados, cuando éstos le sean presentados después de la fecha límite prevista en el Reglamento nº 447/98, «en caso de poder determinar (a partir de su evaluación de la información ya recibida a lo largo de la investigación, incluidos los resultados de anteriores pruebas en el mercado y sin necesidad de ulteriores pruebas en el mercado) que dichos compromisos, una vez ejecutados, resuelven los problemas de competencia determinados y ofrecen tiempo suficiente para la oportuna consulta a los Estados miembros».

127 En un asunto referido a una operación de concentración notificada en 2004, el Tribunal de Primera Instancia consideró que de dicha Comunicación, que vinculaba de forma voluntaria a la Comisión, resultaba que los compromisos presentados extemporánea-

mente por las partes en una operación de concentración notificada pueden tenerse en cuenta si se cumplen dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, que dichos compromisos resuelvan claramente y sin necesidad de investigación adicional los problemas de competencia identificados y, por otra parte, que haya tiempo suficiente para consultar a los Estados miembros sobre estos compromisos (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005, EDP/Comisión, T-87/05, Rec. p. II-3745, apartados 162 y 163).

128 Resulta obligado declarar que, contrariamente a lo que se indica en la Decisión Airtours, la Comisión no rechazó los compromisos de 15 de septiembre de 1999 sin haberse preguntado si no podían responder claramente a las objeciones suscitadas en esa fase del procedimiento.

129 A este respecto, los documentos presentados a instancias del Tribunal de Primera Instancia exponen las razones por las que la Comisión podía considerar que estos compromisos no eran satisfactorios para responder a dichas objeciones. La nota del Director de la MTF de 16 de septiembre de 1999 y la nota sobre los elementos de defensa elaborada por la MTF y dirigida al miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia ponen de manifiesto las dudas de la Comisión respecto a la alegación de que la cuota de mercado del nuevo conjunto propuesto por la demandante, la cuarta fuerza, era del 10 %. En efecto, no sólo la cuota de mercado de First Choice era mayor que la de la cuarta fuerza propuesta en sustitución por la demandante (11 % según los datos más bajos), sino que también, y sobre todo, se alcanzaba el porcentaje del 10 % en el supuesto de que Cosmos, que constituía uno de los elementos de esta cuarta fuerza, conociera un crecimiento interno significativo de un año a otro, de 0,55 millones de viajes combinados vendidos en 1998/1999 a 0,8 millones de viajes combinados vendidos en 1999/2000, o sea del 45 % en un año. Ahora bien, semejante crecimiento no era en absoluto previsible, habida cuenta de las características del mercado. Igualmente, estos documentos ponen de manifiesto dudas e incertidumbres respecto a numerosos puntos, tales como la composición exacta de los viajes combinados transferidos a la nueva actividad, el interés que podía tener Cosmos, que no concedía demasiada importancia a la utilización de una red de agencias, a hacerse con la red de agencias de First Choice, y la independencia de Cosmos frente a los tres principales operadores que subsistían en el mercado tras la operación y que compraban esencialmente los billetes de avión vendidos por Cosmos. Los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 fueron, por tanto, perfectamente examinados por los servicios de la Comisión, que señalaron numerosos elementos que hacían dudar de que los mismos permitieran responder claramente a las objeciones identificadas en esta fase del procedimiento.

130 El hecho de que la Comisión no exponga, en la Decisión Airtours, el análisis que efectuaron sus servicios sobre los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999, no impide al Tribunal de Primera Instancia tener en cuenta documentos pertinentes y suficientemente probatorios presentados en este sentido en el marco del presente recurso, los cuales demuestran la realidad de este análisis de modo suficiente con arreglo a Derecho.

131 Sin que sea necesario pronunciarse sobre la posibilidad de que la Comisión examinara en el período de tiempo que le quedaba disponible los compromisos revisados presentados el 15 de septiembre de 1999, de lo anterior se desprende que resulta acreditado que estos compromisos no permitían responder claramente a las objeciones suscitadas en esa fase acerca de la compatibilidad de la operación con la competencia en el mercado común. El comportamiento de la Comisión no tuvo, por tanto, como consecuencia privar a la demandante de toda posibilidad de que se declarase que la operación era compatible con el mercado común. La Comisión no incumplió, pues, su obligación de diligencia sobre este punto.

132 En consecuencia, la Comisión no cometió una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica, que tiene por objeto conferir derechos a los particulares, que permita generar la responsabilidad de la Comunidad en el marco del análisis de los compromisos presentados por la demandante a raíz del procedimiento administrativo.

133 Por consiguiente, debe desestimarse el recurso.

134 Lo mismo puede decirse de las diferentes solicitudes de diligencias de ordenación del procedimiento presentadas por la demandante con el fin de obtener determinados documentos o de proceder a ciertas aclaraciones respecto a los hechos o al procedimiento. En efecto, a la luz de las respuestas a las preguntas formuladas a las partes y tras examinar los documentos aportados por la Comisión respecto al análisis de los compromisos de 15 de septiembre de 1999 (véanse los apartados 113 y 114 anteriores), debe considerarse que las diligencias solicitadas no son necesarias para

pronunciarse sobre el presente litigio y, por tanto, no procede acceder dichas solicitudes.

Costas

135 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. No obstante, en virtud del artículo 87, apartado 3, del mismo Reglamento, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.

136 En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia señala que la Comisión alega en la Decisión Airtours que, debido a su presentación tardía y a la falta de tiempo disponible, no examinó los compromisos presentados por la demandante el 15 de septiembre de 1999. De este modo, tanto la demandante como el Tribunal de Primera Instancia han podido pensar que estos compromisos revisados, presentados después de una reunión con los servicios de la Comisión con el fin de modificar la propuesta inicial de compromisos para responder mejor a las preocupaciones identificadas en esa fase del procedimiento, no habían sido examinados por dicha institución por razones puramente procedimentales. Ahora bien, de las diligencias de ordenación del procedimiento y de las diligencias de prueba, acordadas por el Tribunal de Primera Instancia, por una parte, con vistas a preparar la vista de 29 de abril de 2008 y, por otra parte, durante esta vista, se desprende que los servicios de la Comisión no se habían contentado con rechazar por tardíos los compromisos propuestos el 15 de septiembre de 1999, sino que los habían examinado con carácter preliminar antes de considerarlos insuficientes en esa fase.

137 La prueba por la Comisión de que sus servicios sí había realizado un examen adecuado de los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 conforme a su práctica habitual en aquella época, prueba que constituye un punto crucial en la resolución del

litigio, sólo fue conocida por la demandante y por el Tribunal de Primera Instancia en una fase muy avanzada del procedimiento contencioso.

138 El carácter tardío de esta información es tanto más lamentable por cuanto que, en varias ocasiones en el marco del presente asunto y en el marco del asunto T-403/05 (véase el apartado 18 anterior), la demandante solicitó a la Comisión que le transmitiera todos los documentos que le permitieran preparar sus alegaciones ante el Tribunal de Primera Instancia. Aunque puede considerarse *a priori* que los documentos en cuestión no permiten a una parte en una concentración acceder a los mismos en el marco de un procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento nº 4064/83 o a un miembro del público de tener acceso a los mismos con arreglo al Reglamento nº 1049/2001, no es menos cierto que dichos documentos eran importantes para que la demandante pudiera hacer valer sus alegaciones en el marco del presente procedimiento y para permitir al Tribunal de Primera Instancia apreciar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

139 En consecuencia, aunque esto no ha tenido ninguna incidencia en el presente asunto, en la medida en que dichos documentos fueron sometidos a un debate contradictorio, los documentos aportados durante la vista de 29 de abril de 2008 y ulteriormente debieron ser comunicados desde el momento en que la Comisión presentó su escrito de contestación tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo del motivo basado en la existencia de una posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que se hace una justa apreciación de las peculiaridades del caso de autos decidiendo que la Comisión cargue con sus propias costas.

140 A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo primero, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. En consecuencia, la República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera ampliada)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) MyTravel Group plc cargará con sus propias costas.

3) La Comisión cargará con sus propias costas.

4) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 9 de septiembre de 2008.

El Secretario El Presidente

E. Coulon J. Azizi

Índice

Antecedentes de hecho del litigio . . . . . II - 1974

Procedimiento y pretensiones de las partes . . . . . II - 1977

Fundamentos de Derecho . . . . . II - 1981

A. Consideraciones preliminares sobre los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad . . . . . II - 1981

1. Argumentación general de las partes . . . . . II - 1982

a) Sobre el concepto de violación suficientemente caracterizada . . . . . II - 1982

b) Sobre el concepto de la norma que tiene por objeto conferir derechos a los particulares . . . . . II - 1983

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1983

a) Sobre el concepto de violación suficientemente caracterizada . . . . . II - 1984

b) Sobre el concepto de normas que tienen por objeto conferir derechos a los particulares . . . . . II - 1986

B. Sobre la existencia de una «violación suficientemente caracterizada» en la fase de apreciación, por la Comisión, de los efectos de la operación Airtours/First Choice sobre la competencia en el mercado común . . . . . II - 1989

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1989

a) Sobre la obligación de reconocer el ámbito de aplicación limitado del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 . . . . . II - 1990

b) Sobre la obligación de definir la situación del mercado a falta de concentración II - 1991

c) Sobre la obligación de establecer los requisitos de una práctica colusoria tácita . II - 1992

Sobre la inestabilidad de la cuotas de mercado . . . . . II - 1993

Sobre la inestabilidad de la demanda . . . . . II - 1993

Sobre el escaso crecimiento de la demanda . . . . . II - 1994

Sobre la transparencia del mercado . . . . . II - 1995

Sobre la obligación de examinar la existencia de un mecanismo disuasivo . . . II - 1997

Sobre la obligación de conceder la importancia debida a la reacción de los competidores y de los consumidores actuales y futuros . . . . . II - 1998

d) Sobre el efecto acumulado del desconocimiento de elementos probatorios y de la insuficiencia de motivación . . . . . II - 1999

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 2000

a) Sobre la alegación relativa a la obligación de reconocer el ámbito de aplicación limitado del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 . . . . . II - 2000

b) Sobre las alegaciones relativas a la obligación de definir la situación del mercado a falta de concentración y a la obligación de establecer los requisitos de una práctica colusoria tácita . . . . . II - 2001

c) Sobre las alegaciones relativas al efecto acumulado de los casos de desconocimiento de elementos probatorios y de la insuficiencia de motivación . . . . . II - 2007

C. Sobre la posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos . . . . . II - 2009

1. Sobre la admisibilidad de la alegación relativa a una posible ilegalidad cometida en la fase del análisis de los compromisos . . . . . II - 2009

a) Alegaciones de las partes . . . . . II - 2009

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 2010

2. Sobre el fondo . . . . . II - 2011

a) Alegaciones de las partes . . . . . II - 2011

Sobre las alegaciones presentadas en los escritos de las partes . . . . . II - 2011

Sobre la posibilidad de examinar los compromisos del 15 de septiembre de 1999 en el período restante por transcurrir . . . . . II - 2012

Sobre el carácter suficiente o no de los compromisos presentados el 15 de septiembre de 1999 y las reacciones posteriores al requerimiento del Tribunal de Primera Instancia para que se presentaran documentos relativos a esta apreciación . . . . . II - 2013

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 2016

Costas . . . . . II - 2022