FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

av den 9 september 2008 *

I mål T-212/03,

MyTravel Group plc, med säte i Rochdale, Lancashire (Förenade kungariket), företrätt av D. Pannick, QC, M. Nicholson och S. Cardell, solicitors, A. Lewis, barrister, och R. Gillis, QC,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av R. Lyal, A. Whelan och P. Hellström, därefter av R. Lyal och F. Arbault, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing och M. Lumma, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ersättning för den skada som sökanden anser sig ha lidit till följd av kommissionens rättsstridiga handlande i förfarandet för bedömning av huruvida koncentrationen mellan sökanden och First Choice plc var förenlig med den gemensamma marknaden,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden J. Azizi samt domarna J.D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka och S. Frimodt Nielsen (referent),

justitiesekreterare: handläggaren C. Kantza,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 april och den 20 maj 2008,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Den 29 april 1999 tillkännagav sökanden, den brittiska researrangören Airtours plc, numera MyTravel Group plc, att företaget hade för avsikt att på aktiemarknaden förvärva hela kapitalet i företaget First Choice plc, en av dess konkurrenter i Förenade kungariket. Samma dag anmälde sökanden den föreslagna företagskoncentrationen till

kommissionen för att erhålla ett beslut om godkännande i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, rättad i EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, område 8, volym 3, s. 16), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1).

2 I beslut av den 3 juni 1999 bedömde kommissionen att företagskoncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och inledde därför ett fördjupat utredningsförfarande i enlighet med artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.

3 Den 9 juli 1999 tillsände kommissionen sökanden ett meddelande om anmärkningar i enlighet med artikel 18 i förordning nr 4064/89, där den redogjorde för av vilka skäl den vid en första anblick gjorde bedömningen att den avsedda företagskoncentrationen skulle ge upphov till en kollektiv dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet. Sökanden besvarade meddelandet om anmärkningar den 25 juli 1999.

4 Den 6 september 1999 begärde kommissionen att berörda tredje män skulle yttra sig om ett antal förslag till åtaganden som sökanden hade lämnat in som hade formaliserats av den sistnämnda den 7 september 1999. De berörda tredje männen skulle svara senast den 8 september 1999 och deras svar kunde inte undanröja de tvivel som kommissionen gett uttryck för.

5 Den 9 september 1999 fastställde majoriteten i rådgivande kommittén för koncentrationer att de åtaganden som sökanden hade lämnat in inte kunde undanröja de konkurrensproblem som kommissionen hade identifierat i detta skede.

6 De ovan nämnda förslagen lämnades in inom en tidsfrist på tre månader från tidpunkten för inledande av det fördjupade utredningsförfarande som föreskrivs i artikel 18.2 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) för att göra det möjligt för de berörda företagen att föreslå åtaganden till kommissionen, vilka av parterna är avsedda att utgöra grunden för ett beslut enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89. Denna tremånadersfrist löpte ut den 7 september 1999.

7 Den 14 september lämnade sökanden in ett antal nya förslag till åtaganden till kommissionen, vilka grundade sig på de tidigare förslagen. Den 15 september 1999 hölls ett möte med kommissionen för att diskutera dessa förslag. Under detta möte lämnade sökanden in ett slutgiltigt förslag med ändrade åtaganden till kommissionen.

8 Den 16 september 1999 lämnade sökanden in en begäran om förlängning av den tremånadersfrist som föreskrivs i artikel 18.2 i förordning nr 447/98, vilken kommissionen får godkänna under exceptionella förhållanden. I förevarande fall åberopade sökanden tre exceptionella förhållanden för att motivera en sådan förlängning, närmare bestämt, svårigheten att finna en lämplig lösning, den omständigheten att en konstruktiv dialog hade förts under det administrativa förfarandet och utnämningen av en ny kommission vid den tidpunkten.

9 Den 22 september 1999, det vill säga femton dagar före utgången av den lagstadgade tidsfristen på fyra månader som började löpa då det fördjupade utredningsförfarande som föreskrivs i artikel 10.3 i förordning nr 4064/89 inleddes och som utgör den maximala tidsfristen för att anta ett beslut enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89, vilken löpte ut den 5 oktober 1999, förklarade kommissionen genom beslut 2000/276/EG (ärende IV/M.1524 – Airtours/First Choice) (EGT L 93, 2000, s. 1) (nedan kallat Airtoursbeslutet) att den föreslagna koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet.

10 Kommissionen angav i skäl 193 i Airtoursbeslutet att företaget hade lagt fram åtaganden i ett mycket sent skede av förhandlingarna (den 15 september 1999). I samma skäl påpekades även att dessa åtaganden inte innehöll något som Airtours inte kunde ha föreslagit genom de åtaganden som lämnades inom den tremånadersfrist som föreskrivs i artikel 18.2 i förordning nr 447/98, att Airtours inte hade angett några skäl som skulle kunna utgöra sådana ”exceptionella förhållanden” som innebär att den nämnda fristen ska börja löpa på nytt i den mening som avses i ovan nämnda bestämmelse och att kommissionen själv inte hade tillräckligt med tid för att på ett tillfredsställande sätt undersöka dessa åtaganden.

11 Sökanden väckte talan om ogiltigförklaring av Airtoursbeslutet. Genom dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen (REG 2002, s. II-2585) (nedan kallad Airtoursdomen), ogiltigförklarade förstainstansrätten detta beslut, varvid den fastslog att den tredje grunden var välgrundad. Den grunden avsåg frågan huruvida kommissionens bedömning av den inverkan som transaktionen mellan Airtours och First Choice hade på konkurrensen på marknaden var lagenlig. Förstainstansrätten ansåg därmed att det inte var nödvändigt att pröva den fjärde grunden som avsåg frågan huruvida kommissionens bedömning av de åtaganden som hade lämnats in under det administrativa förfarandet var lagenlig.

Förfarandet och parternas yrkanden

12 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom den 18 juni 2003.

13 Genom beslut av den 22 juli 2003 tilldelades en avdelning i utökad sammansättning detta mål.

14 Genom beslut av den 13 november 2003 tilläts Förbundsrepubliken Tyskland att intervenera i målet till stöd för kommissionens yrkanden.

15 Genom skrivelse av den 22 mars 2004 begärde kommissionen att förstainstansrätten skulle förplikta sökanden att garantera en eventuell betalning av kommissionens rättegångskostnader upp till 1,5 miljoner euro. Förstainstansrätten upplyste kommissionen om att det inte fanns någon rättslig grund för en sådan garanti.

16 Genom skrivelse av den 14 juli 2004 begärde sökanden att förstainstansrätten skulle vidta åtgärder för processledning så att den fick tillgång till den rapport som en av kommissionen inrättad arbetsgrupp hade upprättat för att bedöma verkningarna av den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen och de handlingar som omnämns där. Genom skrivelse av den 9 december 2004 ingav kommissionen sitt yttrande avseende denna begäran och påpekade att dessa handlingar kunde vara föremål för en begäran framställd på grundval av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43).

17 Till följd av en sådan begäran om tillgång till handlingar, begärde sökanden på nytt genom skrivelse av den 9 januari 2006 att förstainstansrätten skulle vidta åtgärder för processledning inom ramen för förevarande talan och bland annat ålägga kommissionen att lämna ut den rapport som arbetsgruppen hade upprättat och de handlingar som hänförde sig till rapporten. I denna skrivelse föreslog sökanden även att uppskattningen av den skada för vilken sökanden har begärt ersättning skulle vidtas enbart med avseende på treårsperioden mellan Airtoursbeslutet och den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen. Genom skrivelse av den 17 februari 2006 yttrade sig kommissionen avseende den andra begäran.

18 Kommissionen nekade samtidigt, genom beslut av den 5 september och den 12 oktober 2005, sökanden tillgång enligt förordning nr 1049/2001 till vissa handlingar som utgjorde underlag för Airtoursbeslutet samt till de handlingar som hade upprättats av dess tjänstemän till följd av ogiltigförklaringen av detta beslut genom den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen. Sökanden väckte talan om ogiltigförklaring av dessa beslut (mål T-403/05, MyTravel Group mot kommissionen).

19 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, inom ramen för åtgärderna för processledning, parterna att besvara ett antal frågor.

20 Genom Förbundsrepubliken Tysklands skrivelse av den 25 februari 2008 och genom sökandens och kommissionens skrivelser av den 14 mars 2008 besvarade parterna förstainstansrättens frågor.

21 Vid förhandlingen den 29 april 2008 och den 20 maj 2008 utvecklade parterna sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor.

22 Förstainstansrätten ålade kommissionen vid förhandlingen den 29 april 2008, med stöd av artiklarna 65 b och 67.3 tredje stycket i förstainstansrättens rättegångsregler, att inkomma med alla handlingar som den hade tillgång till avseende bedömningen av de åligganden som lämnades in den 15 september 1999 och som hade upprättats mellan denna tidpunkt och den tidpunkt vid vilken Airtoursbeslutet fattades, nämligen den 22 september 1999.

23 Kommissionen efterkom denna begäran och inkom med två handlingar vid förhandlingen den 29 april 2008 och flera andra handlingar efter förhandlingen.

24 Sökanden lämnade inom den tidsfrist som förstainstansrätten hade angett in sina kommentarer avseende de olika handlingar som kommissionen hade inkommit med till följd av förstainstansrättens begäran.

25 Sökanden gjorde inledningsvis gällande att förstainstansrätten bland annat skulle förplikta gemenskapen att betala ett belopp på 517 900 000 pund sterling (GBP) till sökanden som ersättning för följande skada: förlust av de vinster som First Choice skulle ha medfört för företaget, förlust av synergifördelar och av kostnaderna för det förlorade anbudet, efter avdrag av de kostnader som företaget skull ha haft om anbudet hade godkänts.

26 Detta yrkande ändrades under förfarandet vid förstainstansrätten med beaktade av bland annat den information som lämnades i repliken som svar på svaromålet, i skrivelsen till förstainstansrätten av den 9 januari 2006 (se ovan punkt 17) och under förhandlingen den 20 maj 2008 i närvaro av experter som hade utnämnts av sökanden och kommissionen.

27 Sökanden har slutligen yrkat att förstainstansrätten ska

— förplikta gemenskapen att till sökanden utbetala det belopp som förstainstansrätten fastställde inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning av den information som parterna har lagt fram avseende ersättningen för den skada som uppkom vad gäller perioden mellan det datum då Airtours beslutet fattades (den 22 september 1999) och den tidpunkt vid vilken företaget i princip hade kunnat förvärva First Choice till följd av Airtours domen (som har uppskattats till den 31 oktober 2002),

— fastställa att 8 procent årlig ränta eller den ränta som förstainstansrätten kan fastställa inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning ska utges på ovannämnda skadestånd från det datum då en dom meddelas, genom vilken det fastställs en skyldighet att i förevarande mål utge skadestånd, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Kommissionen har, med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland, yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Inledande synpunkter vad gäller villkoren för gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar*

29 Förstainstansrätten anser att det inledningsvis är lämpligt att pröva parternas argument avseende villkoren för gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar, och i synnerhet argumentet avseende villkoret för att gemenskapsinstitutionerna ska anses ha gjort sig skyldiga till rättsstridigt handlande, vilket förutsätter en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter samt att det föreligger en påstådd symmetri mellan talan om ogiltigförklaring och talan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

1. *Parternas allmänna argumentation*

30 Parterna är eniga vad gäller definitionen av villkoren för att gemenskapen ska kunna ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar och har hänvisat till domstolens dom av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergarderm och Goupil mot kommissionen (REG 2000, s. I-5291) (nedan kallad Bergardermdomen). Parterna är emellertid oeniga vad gäller den innebörd som ska ges kriteriet för fastställande av ett ”rättsstridigt handlande”, i det fall en dom om ogiltigförklaring har meddelats, och den betydelse som ska tillmätas de brister som förstainstansrätten konstaterade i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen inom ramen för förevarande mål.

a) Begreppet tillräckligt klar överträdelse

31 Sökanden har i första hand gjort gällande att kravet på en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter på området för utomobligatoriskt skadeståndsansvar kan likställas med kravet på en uppenbart felaktig bedömning i en dom om ogiltigförklaring. Under dessa omständigheter borde förstainstansrätten i vederbörlig ordning ha beaktat kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning när den beslutade att ogiltigförklara Airtoursbeslutet till följd av de fel som denna institution hade begått. Denna bedömning skulle följaktligen ha varit tillräcklig i sig för att fastställa att det föreligger ett rättsstridigt handlande enligt artikel 288 EG.

32 Kommissionen har, med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland, avvisat denna argumentation avseende symmetrin mellan talan om ogiltigförklaring och talan om utomobligatoriskt ansvar, med motiveringen att en dom om ogiltigförklaring inte är tillräckligt för att fastställa en tillräckligt klar överträdelse i den mening som avses i den ovan i punkt 30 nämnda domen i målet Bergaderm.

b) Begreppet rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter

33 Sökanden har till stöd för sitt påstående att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter i den mening som avses i den ovan i punkt 30 nämnda domen i målet Bergaderm huvudsakligen åberopat artikel 2 i förordning nr 4064/89, i vilken de kriterier på grundval av vilka kommissionen ska förklara en koncentration förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden definieras. Denna rättsregel ger enskilda rättigheter i den mening som avses i den ovan i punkt 30 nämnda domen i målet Bergaderm i den mån som de beslut som har antagits på denna grund enligt artikel 8 i förordning nr 4064/89 avser den anmälda koncentrationen. Om kommissionen inte fattar beslut om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, kan det bolag som har anmält koncentrationen i fråga inte genomföra koncentrationen och detta skulle innebära en inskränkning av dess näringsfrihet. Förordning nr 4064/89 måste läsas mot bakgrund av EG-fördraget, som grundar sig på ekonomisk liberalism och avser att främja integrationen av den gemensamma marknaden. Sökanden har dessutom gjort gällande att kommissionen ska handla i enlighet med principen om god förvaltningssed och omsorgsplikten, genom vilka enskilda tillerkänns rättigheter.

34 Kommissionen har gjort gällande att artikel 2 i förordning nr 4064/89 inte är en rättsregel som har till syfte att skydda enskilda, utan en rättsregel i vilken de kriterier fastställs på grundval av vilka en koncentration ska förklaras förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden i konsumenternas intresse. Regler som har till syfte att skydda enskilda är sådana regler som, såsom omsorgsplikten, reglerar kommissionens handlande när den tillämpar bestämmelser som liknar dem i artikel 2 i förordning nr 4064/89.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

35 Det följer av fast rättspraxis att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar i den mening som avses i artikel 288 andra stycket EG för rättsstridigt handlande av dess

organ förutsätter att flera villkor är uppfyllda, nämligen att det handlande som läggs institutionen till last är rättsstridigt, att det faktiskt föreligger skada och att det finns ett orsakssamband mellan handlandet och den åberopade skadan (domstolens dom av den 29 september 1982 i mål 26/81, Oleifici Mediterranei mot EEG, REG 1982, s. 3057, punkt 16, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-383/00, Beamglow mot parlamentet m.fl., REG 2005, s. II-5459, punkt 95).

36 När ett av dessa villkor inte är uppfyllt ska talan ogillas utan att det är nödvändigt att pröva huruvida de två övriga villkoren är uppfyllda (domstolens dom av den 15 september 1994 i mål C-146/91, KYDEP mot rådet och kommissionen, REG 1994, s. I-4199, punkt 81, och förstainstansrättens dom av den 20 februari 2002 i mål T-170/00, Förde-Reederei mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II -515, punkt 37).

a) Begreppet tillräckligt klar överträdelse

37 När, såsom i förevarande mål, grunden för skadeståndstalan är att en rättsakt är rättsstridig krävs det, för att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar ska komma i fråga, att rättsakten anses innebära en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter. Det avgörande villkoret i detta avseende är att en gemenskapsinstitution uppenbart och allvarligt har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (domstolens dom i det ovan i punkt 30 nämnda målet Bergaderm, punkterna 42 och 43, och dom av den 19 april 2007 i mål C-282/05 P, Holcim (Tyskland) mot kommissionen, REG 2007, s. I-2941, punkt 47).

38 Enligt den ordning som domstolen har utvecklat med avseende på gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar ska särskilt beaktas det komplexa i de situationer som ska regleras, svårigheterna att tillämpa eller tolka rättsakten och, i synnerhet, det utrymme för skönsmässig bedömning som upphovsmannen till den ifrågasatta

rättsakten förfogar över (domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Bergaderm, punkt 40, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Holcim (Tyskland) mot kommissionen, punkt 50).

39 Redan den omständigheten att gemenskapsrätten har överträtts kan medföra att det ska anses vara fråga om en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten, om den berörda institutionen endast förfogade över ett i hög grad begränsat, eller rentav obefintligt, utrymme för skönsmässig bedömning (domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Bergaderm, punkt 44, och domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Holcim (Tyskland) mot kommissionen, punkt 47). Detsamma gäller när svarandeinstitutionen på ett felaktigt sätt tillämpar relevanta materiella eller processuella bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 juli 1967 i de förenade målen 5/66, 7/66 och 13–24/66, Kampffmeyer m.fl. mot kommissionen, REG 1967, sidorna 317, 339 och 340).

40 Till följd av en processledningsåtgärd som förstainstansrätten förordnade om, enligt vilken parterna ombads att beakta de verkningar som dom av den 11 juli 2007 i mål T-351/03, Schneider Electric mot kommissionen (REG 2007, s. I-2237), som har överklagats i mål C-440/07 P, kommissionen mot Schneider Electric, skulle kunna ha på förevarande mål med avseende på bland annat de principer som har utvecklats i domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Bergaderm, medgav parterna att det framgår av rättspraxis att begreppet klar överträdelse inte omfattar de fel eller misstag som visserligen är av en viss allvarlighetsgrad, men som inte avviker från det normala handlandet hos en institution som har till uppgift att övervaka tillämpningen av konkurrensreglerna, vilka är komplexa och svåra samt föremål för ett betydande tolkningsutrymme.

41 När sökanden utfrågades på denna punkt vid förhandlingen den 29 april 2008 uppgav den även att den omständigheten att förstainstansrätten hade ogiltigförklarat Airtoursbeslutet med motiveringen att de prognoser av konkurrensförhållandena som angavs i beslutet inte var grundade på övertygande bevisning och att en rad oriktiga bedömningar hade gjorts avseende faktorer som är väsentliga för bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas inte var tillräcklig för att gemenskapen skulle ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar, eftersom andra kriterier måste vara uppfyllda enligt rättspraxis rörande krav på skadeståndsersättning.

42 Om det godtogs att det förhöll sig annorlunda genom att, utan vidare analys, den ogiltigförklaring som fastställdes i den ovan i punkt 11 nämnda domen Airtours likställdes med en tillräckligt klar överträdelse i den mening som avses i den ovan i punkt 30 nämnda domen i målet Bergaderm, skulle kommissionens förmåga att fullt ut genomföra sin uppgift enligt EG-fördraget att övervaka konkurrensen nämligen äventyras, genom den hämmande verkan på kontrollen av koncentrationer som kan följa av risken att den tvingas ersätta påstådda skador för de berörda företagen.

43 För att beakta en sådan effekt, som inte är förenlig med det allmänna gemenskapsintresset, kan en bristande uppfyllelse av en rättslig förpliktelse som, oavsett hur beklagansvärd den är, förklaras genom de objektiva begränsningar som vilar på institutionen och dess företrädare på området för kontroll av koncentrationer inte anses utgöra en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten för att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar ska aktualiseras. Däremot kan en skada som följer av att institutionen uppträder på ett sätt som uppenbart strider mot en rättsregel och allvarligt skadar tredje mans intressen, och som varken kan förklaras eller ursäktas av de begränsningar som objektivt följer av dess normala verksamhet, ge rätt till skadestånd.

b) Begreppet rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter

44 Sökanden har till stöd för sin rätt till ersättning i första hand åberopat att de materiella bestämmelser som tillämpades av kommissionen i Airtoursbeslutet har överträtts.

45 Det rör sig för det första om artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 enligt vilken ”en koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden”. Om detta villkor är uppfyllt ska kommissionen fatta ett beslut på grundval

av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 för att förklara en sådan koncentration oförenlig med den gemensamma marknaden.

46 Det rör sig för det andra om artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 enligt vilken ”en koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden”. Om detta villkor är uppfyllt ska kommissionen fatta ett beslut på grundval av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 för att förklara en sådan koncentration förenlig med den gemensamma marknaden. Detta beslut kan eventuellt förenas med villkor och ålägganden för att säkerställa att de berörda företagen iakttar de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.

47 Liksom artikel 2.2 i förordning nr 4064/89, som är tillämplig på ett beslut om godkännande, ska artikel 2.3 i ovannämnda förordning, som avser beslut om förbud, tolkas mot bakgrund av artikel 2.1 i samma förordning. I den sistnämnda artikeln anges de faktorer som konkret ska beaktas av kommissionen vid bedömningen av om en koncentration av gemenskapsdimension är förenlig eller oförenlig med den gemensamma marknaden.

48 Sammantaget har dessa bestämmelser till syfte att ge enskilda rättigheter på så sätt att kommissionen när den ska undersöka en koncentration enligt förordning nr 4064/89 i princip ska ta ställning till denna, antingen genom att godkänna koncentrationen eller förbjuda denna, enligt dess bedömning av den ekonomiska utveckling av den aktuella koncentrationen som den anser vara mest sannolik. Om således de villkor som anges i artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda, har ett företag som har anmält en koncentration av gemenskapsdimension rätt att få denna koncentration förklarad

förenlig med den gemensamma marknaden. Detta företag kan emellertid inte genomföra koncentrationen utan kommissionens godkännande (se artikel 7.1 i förordning nr 4064/89) och ett förbudsbeslut som antagits på grundval av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 har betydande verkningar. En sådan åtgärd från gemenskapens sida i affärsvärlden som kräver att ett företag erhåller ett godkännande innan den tilltänkta koncentrationen genomförs och som ålägger kommissionen att förbjuda genomförandet av koncentrationen om denna visar sig vara oförenlig med den gemensamma marknaden innebär nödvändigtvis att de företag som inte har erhållit ett godkännande kan kräva ersättning för de skadliga verkningar som följer av ett sådant beslut, om det visar sig att detta är grundat på en tillräckligt klar överträdelse av de materiella bestämmelser som kommissionen har tillämpat för att bedöma om koncentrationen i fråga är förenlig med den gemensamma marknaden.

49 Sökanden har för det andra åberopat omsorgsplikten till stöd för sitt argument att kommissionen har gjort sig skyldig till rättsstridigt handlande. Det är i detta avseende tillräckligt att påpeka att det är när en oegentlighet konstateras, vilken under liknande omständigheter inte skulle ha begåtts av en normalt försiktig och aktsam administration, som det kan fastställas att institutionens agerande är rättsstridigt på ett sätt som medför att gemenskapen ådrar sig skadeståndsansvar enligt artikel 288 EG (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 och T-225/99, Comafrica och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, REG 2001, s. II-1975, punkt 134, och av den 17 mars 2005 i mål T-285/03, Agraz m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-1063, punkt 40, vilken inte ifrågasattes efter överklagande i domstolens dom av den 9 november 2006 i mål C-243/05 P, Agraz m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. I-10833). Att omsorgsplikten enligt vilken den behöriga institutionen, när den har ett utrymme för skönsmässig bedömning, är skyldig att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i målet har till syfte att skydda enskilda har slagits fast i rättspraxis och i samband med talan om skadestånd (domstolens dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, I-5469 punkt 14, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453, förstainstansrättens dom av den 18 september 1995 i mål T-167/94, Nölle mot rådet och kommissionen, REG 1995, s. II-2589, punkterna 73–76, förstainstansrättens beslut av den 14 december 2005 i mål T-369/03, Arizona Chemical m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-5839, punkt 88, och domen i det ovannämnda målet Agraz m.fl. mot kommissionen, punkt 49, se även förstainstansrättens dom av den 9 juli 1999 i mål T-231/97, New Europe Consulting och Brown mot kommissionen, REG 1999, s. II-2403, punkterna 37–45, som avser principen om god förvaltningssed).

50 Av det ovanstående framgår att artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, jämförd med artikel 2.1 och 2.2 och artikel 8.2 och 8.3 i ovannämnda förordning, samt omsorgsplikten innehåller bestämmelser som har till syfte att ge de berörda företagen rättigheter genom ett beslut om förbud att genomföra en koncentration.

51 Det ska mot bakgrund av dessa principer prövas huruvida rättsstridigheten i Airtoursbeslutet, vilket ogiltigförklarades genom den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, medför att gemenskapen ådrar sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar på grund av att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av materiella och processuella regler som kan åberopas av ett företag som har ansökt om godkännande av en koncentration. Det ska i detta avseende göras åtskillnad mellan påståendet att det förelåg en tillräckligt klar överträdelse vid den tidpunkt då kommissionen gjorde en bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen och påståendet att det förelåg en tillräckligt klar överträdelse vid den tidpunkt då de föreslagna åtagandena analyserades under det administrativa förfarandet.

B — *Förekomsten av en ”tillräckligt klar överträdelse” vid den tidpunkt då kommissionen bedömde inverkan av koncentrationen mellan Airtours och First Choice på konkurrensen på den gemensamma marknaden*

1. *Parternas argument*

52 Sökanden har gjort gällande att det rättsstridiga handlande som krävs enligt den rättspraxis som följer av domen i målet Bergaderm framgår av den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, i vilken det visas i vilken omfattning kommissionens handlande utgör en tillräckligt klar överträdelse. Genom att fatta Airtoursbeslutet gjorde kommissionen sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse, vilket innebar att gemenskapen skulle ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar i den mening som avses i artikel 288 andra stycket EG till följd av att den på ett uppenbart och allvarligt sätt överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 2 i förordning nr 4064/89 samt underlät att iaktta den allmänna omsorgsplikten. De två separata ansvarsgrunderna är oupplösligt förbundna med varandra och kommer till uttryck

i frågan huruvida kommissionen vid bedömningen av om koncentrationen mellan Airtours och First Choice är förenlig med den gemensamma marknaden på ett tillräckligt sätt uppfyllde sina uppgifter och skyldigheter i egenskap av konkurrensmyndighet.

53 Sökanden skiljer, till stöd för den argumentationen, mellan två typer av brister i det resonemang som förts för att bedöma effekterna av koncentrationen. Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen inte hade den kompetensnivå som krävdes på området för kontroll av koncentrationer, enligt vilken det åtminstone krävdes kännedom om tillämplig lagstiftning och förmåga att identifiera de omständigheter som var tillräckliga för att förstå konkurrenssituationen och beskriva en kollektiv dominerande ställning. Sökanden har klassificerat de fel som kommissionen begick i detta skede som mindre allvarliga brister (se punkterna 54–71 nedan). Sökanden har för det andra gjort gällande att dessa brister förstärktes och bekräftades av ett stort antal mer allvarliga brister till följd av att kommissionen inte beaktade förelagd bevisning och inte motiverade Airtours beslutet i vederbörlig ordning. Av dessa mer allvarliga brister, i sig eller tillsammans med de mindre allvarliga bristerna, framgår att det är uppenbart att kommissionen saknade behörighet vid bedömning av den relevanta bevisningen och att den felbedömde denna bevisning, eftersom den motsade den teori som kommissionen hade utvecklat (se punkterna 72 och 73 nedan).

a) Skyldigheten att beakta det begränsade tillämpningsområdet för artikel 2 i förordning nr 4064/89

54 Vad gäller den gällande lagstiftningen har sökanden påpekat att den i sin talan om ogiltigförklaring gjorde gällande att Airtoursbeslutet åtminstone delvis grundade sig på icke-samordnade effekter, vilket enligt sökandens uppfattning utgjorde en felaktig tolkning av artikel 2 i förordning nr 4064/89 och ett uppenbart överskridande av det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogade över vid tillämpning av denna bestämmelse.

55 Kommissionen har erinrat om att Airtoursbeslutet grundade sig på bedömningen av en kollektiv dominerande ställning och inte på teorin om icke-samordnade effekter. Det är inom ramen för förevarande skadeståndstalan av mindre betydelse huruvida teorin om icke-samordnade effekter är tillämplig inom ramen för artikel 2 i förordning nr 4064/89.

b) Skyldigheten att definiera situationen på marknaden utan koncentrationen

56 Vad gäller den objektiva bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen, har sökanden gjort gällande att kommissionen allvarligt överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att inte precisera hur konkurrenssituationen var före genomförandet av den tilltänkta koncentrationen, vilket emellertid utgör utgångspunkten för bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 84). Kommissionens underlåtenhet att uppfylla sin skyldighet att ta ställning till denna fråga medför att hela Airtoursbeslutet är rättsstridigt (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 75). Kommissionen försökte således att göra gällande att marknadsutvecklingen under de 18 månader som följde efter offentliggörandet av slutsatserna i rapporten från Monopolies and Mergers Commission, vilken är en av konkurrensmyndigheterna i Förenade kungariket, var sådan att den vederlade slutsatserna i den rapporten att marknaden var starkt konkurrensutsatt i slutet av år 1997 (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 96–108).

57 Kommissionen har påpekat att den hade undersökt de förändringar som skedde på marknaden för researrangörer i Förenade kungariket mellan år 1997, då rapporten av Monopolies and Mergers Commission offentliggjordes, och år 1999, då koncentrationen anmäldes. Den drog slutsatsen att graden av koncentration hade ökat betydligt och grundade denna slutsats på den bevisning som hade förebringats av berörda tredje parter, vilket påverkade bedömningen av koncentrationens inverkan. Kommissionen har emellertid gjort gällande att den i Airtoursbeslutet hade fastställt att det inte förelåg någon dominerande ställning före koncentrationen (vilket förstainstansrätten konstaterade i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 88, trots att den i punkt 75 i den ovannämnda domen kritiserade den elliptiska karaktären av sin beskrivning). Enligt kommissionen var det följaktligen nödvändigt att visa att en sådan ställning hade skapats och inte att den hade förstärkts. Ingen hade invänt mot att det var nödvändigt

att visa hur situationen på marknaden skulle ha varit utan koncentrationen. Den fråga som ställdes var endast om det redan fanns en tendens till kollektiv dominans på marknaden. Om så vore fallet kunde koncentrationen bryta en ömtålig balans och därmed betydligt minska omfattningen av den effektiva konkurrensen. Kommissionens felaktiga handlande bestod inte i att den inte förstod situationen på marknaden, utan endast i att den fastställde att vissa aspekter av den aktuella situationen på marknaden, beaktade i deras helhet (nämligen marknadens egenskaper som anges i skälen 87–126 i Airtoursbeslutet), kunde leda till att en kollektivt dominerande ställning skapades till följd av koncentrationen.

c) Skyldigheten att fastställa villkoren för ett tyst samförstånd

58 Sökanden har erinrat om att kommissionen, för att fastställa om en kollektiv dominerande ställning skapas, bör undersöka om de tre villkoren som anges i punkt 62 i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen är uppfyllda, nämligen, för det första, att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet har förmåga att känna till huruvida de andra ingående företagen ansluter sig till en gemensam handlingsstrategi, vilket beror på om det finns tillräcklig insyn på marknaden, för det andra, varaktigheten av en sådan tyst samordning, vilket innebär att det måste finnas ett incitament för att inte frångå den gemensamma handlingsstrategin, och, för det tredje, att de faktiska och potentiella konkurrenternas samt konsumenternas förutsedda reaktion inte motverkar den gemensamma handlingsstrategin. Flera av de bevisuppgifter som kommissionen åberopade i Airtoursbeslutet för att styrka att sådana villkor var uppfyllda grundar sig emellertid på en felbedömning av de faktiska omständigheterna.

59 Kommissionen har anfört att den undersökte de olika förhållanden som sökanden åberopat, vilket framgår av skäl 87 i Airtoursbeslutet, i vilket bevisuppgifterna i fråga räknas upp. Det är således här inte fråga om dess kännedom om de villkor som krävs för att fastställa om en kollektiv dominerande ställning föreligger.

Marknadsandelarnas instabilitet

60 Sökanden har betonat att fluktuationer i marknadsandelarna är en relevant faktor för kommissionens bedömning (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 111). Sökanden har i förevarande fall gjort gällande att svårigheten låg i att marknadsandelarna som innehades av olika aktörer på den aktuella marknaden tidigare hade varit påtagligt instabila, vilket kunde tyda på att det inte förelåg någon kollektiv dominerande ställning på marknaden. Denna omständighet beaktades emellertid inte i Airtoursbeslutet, förmodligen av det skälet att kommissionen inte ansåg att den var förenlig med dess tes.

61 Kommissionen har gjort gällande att marknadsandelarnas betydande instabilitet berodde på att förvärv av vissa aktörer beaktades. Marknadsandelarna skulle däremot ha varit mycket stabila om sådana förvärv inte hade beaktats. Kommissionen har påpekat att den i Airtoursbeslutet fann att omfattningen av den interna tillväxten var det mest relevanta kriteriet för att bedöma incitamenten för att anta ett oligopolistiskt samordnat beteende, eftersom det är troligare att ett samordnat beteende antas när chansen är liten att öka marknadsandelarna genom att öka kapaciteten. Denna bedömning godtogs inte av förstainstansrätten som ansåg att kommissionen inte hade visat varför konkurrensmöjligheter genom förvärv inte var irrelevanta. Detta betyder emellertid inte att ovannämnda bedömning grundar sig på en uppenbar felbedömning av den bevisning som lämnades in under det administrativa förfarandet under förutsättningen att det av vissa delar av bevisningen framgick att förvärvsutsikterna var begränsade efter år 1998.

Efterfrågans instabilitet

62 Sökanden har framhållit att efterfrågans stabilitet är en faktor som leder till att en dominerande ställning skapas (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 139). Detta argument beaktades emellertid inte i skäl 97 i Airtoursbeslutet, i vilket kommissionen påpekade att volatil efterfrågan gör marknaden mer känslig för oligopolistisk dominans. Det var först under förhandlingen inom ramen för talan om

ogiltigförklaring som kommissionen medgav att den ekonomiska teorin hade den betydelse som den tillmättes i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen och utan framgång försökte försvara sin ståndpunkt med stöd av de särskilda omständigheterna i målet. Denna ståndpunkt är inte korrekt. Om betydelsen av den ekonomiska teorin var oförenlig med kommissionens hållning i Airtours beslutet var den till stöd för sin ståndpunkt skyldig att göra gällande en sammanhängande tes, baserad på en försvarbar ekonomisk teori.

63 Kommissionen har påpekat att den under det administrativa förfarandet undersökte Binmorerapporten, som sökanden hade lämnat in avseende den betydelse som efterfrågans instabilitet bör tillmätas. Kommissionen begärde till och med att sökanden skulle inkomma med kompletterande synpunkter avseende denna rapport. Kommissionen underlät följaktligen inte att beakta den rapporten. Den har emellertid anfört att rapporten inte innehöll uppgifter avseende den aktuella marknaden och huvudsakligen avsåg möjligheten till samordning av priser snarare än kapacitet. Kommissionen har även påpekat att det av denna rapport även framgick att en samordning av kapacitet var möjlig, men att betänkligheter yttrades om huruvida researrangörerna kunde hindras från att fuska.

Den obetydliga ökningen av efterfrågan

64 Sökanden har framhållit att en obetydlig ökning av efterfrågan är en faktor som gynnar ett tyst samförstånd. Sökanden har emellertid angett att den under det administrativa förfarandet påpekade att efterfrågan tidigare hade ökat snabbare än Förenade kungarikets bruttonationalprodukt, och att efterfrågan, trots en kortvarig minskning under åren 1995 och 1996, på nytt ökade enligt den mest relevanta områdesrapporten och att en fortsatt ökning kunde förväntas under de kommande två åren. Kommissionen underlät emellertid att beakta dessa faktorer. Enligt sökanden valde kommissionen att grunda sig på ett odaterat utdrag från en sida ur en rapport som hade utarbetats av Ogilvy & Mather, vilken den aldrig hade sett eller undersökt i dess helhet, vilket även framgår av diskussionerna vid förstainstansrätten. Denna handling inlämnades till kommissionen av målbolaget, First Choice, som motsatte sig

koncentrationen. Denna handling, vilken kommissionen citerade i utdrag och felaktigt, överlämnades aldrig till sökanden för yttrande under det administrativa förfarandet och vederläggs av annan bevisning, som lämnades in till kommissionen. Detta utgör ett tydligt exempel på ett uppenbart åsidosättande av den allmänna omsorgsplikten.

65 Kommissionen har erinrat om att den fråga som uppkommer är huruvida ökningen av efterfrågan var tillräckligt stor för att utesluta ett samordnat beteende efter koncentrationen. Den har framhållit att den vid sin bedömning av denna aspekt i Airtoursmålet bad de ledande företagen att uppskatta den tidigare och den framtida ökningen av efterfrågan och att det var i detta sammanhang som kommissionen kritiserades för att inte ha citerat Ogilvy & Mather-rapporten korrekt. Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att tillväxten på marknaden som angavs i den rapporten var 3,7 procent medan den av sökanden åberopade tillväxten, som grundade sig på statistik från British National Travel Survey (nedan kallad BNTS), uppgick till 3,4 procent. Denna diskussion är desto mer obegriplig då de siffror som anges i Ogilvy & Mather-rapporten uppges basera sig på statistik från BNTS. Det föreligger följaktligen ingen verklig konflikt mellan bevisen. Kommissionen har i vart fall gjort gällande att sökanden inte har behandlat frågan avseende prognoserna vad gäller ökningen av efterfrågan. Kommissionen har i detta avseende påpekat att den kunde beakta sökandens påståenden under det administrativa förfarandet, enligt vilka den årliga ökningen av efterfrågan mellan åren 2000 och 2002 uppskattades till cirka 3,3 procent.

Insynen på marknaden

66 Sökanden har framhållit att insynen på marknaden är en väsentlig faktor för bedömningen av en kollektiv dominerande ställning, eftersom det är svårare för de ekonomiska aktörerna att ingå tysta avtal och att identifiera eller straffa dem som inte fullgör sådana avtal när det saknas insyn på marknaden (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 156 och 159). I förevarande fall utgjordes svårigheten för kommissionen av att utbudet av olika sorters resor nästan var oändligt. En sådan produktheterogenitet försvårade ett tyst samförstånd betydligt. När kommissionen

konfronterades med denna svårighet att hävda sin tes om tyst samförstånd beslutade kommissionen helt enkelt att inte beakta den. Den framhöll i stället att medlemmarna i oligopolet samordnade kapaciteten och inte priset och att ”[d]et enda som behöv[de]s … [var] förmåga att övervaka de enskilda researrangörernas totala kapacitetsnivå (antal resor)” (skäl 91 i Airtoursbeslutet). Den anförde också att det fanns insyn på marknaden, eftersom planeringen för en senare säsong baserade sig på omsättningen under en tidigare säsong. Kommissionen underlät därigenom att beakta den bevisning som hade lagts fram under det administrativa förfarandet. Kommissionen förvanskade dessutom förstainstansrättens analys i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen när den gjorde gällande att den varit tvungen att bedöma en stor mängd information för att bilda sig en uppfattning i frågan. Enligt sökanden var detta emellertid inte den verkliga svårigheten. Kommissionen underlät helt enkelt att behandla frågan om produktheterogeniteten och den omständigheten att organisationen av kapaciteten var komplex, och underlät även att själv utföra det arbete som förstainstansrätten utförde, trots dess avgörande betydelse i varje ärende som avser en kollektiv dominerande ställning.

67 Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att förstainstansrätten fann att en slutsats inte hade styrkts inte innebär att kommissionen på ett uppenbart och allvarligt sätt underlät att beakta sin skyldighet att noggrant undersöka bevisningen. Kommissionen har i förevarande fall anfört att om researrangörerna antar ett samordnat beteende på hela den aktuella marknaden, måste de tillräckligt tidigt kunna upptäcka ett från detta avvikande beteende på marknaden för att kunna vidta sanktionsåtgärder mot detta. Insynen i fråga måste följaktligen hänföra sig till den parameter som samordningen avser, nämligen den totala marknadskapaciteten och inte fördelningen av denna kapacitet mellan olika resmål som är av intresse för konsumenterna. Den centrala frågan är följaktligen huruvida insynen var tillräcklig för att tillräckligt tidigt kunna upptäcka anormala ökningar av kapaciteten och för att de andra researrangörerna skulle kunna vidta repressalier. Kommissionen har i detta avseende påpekat att den dragit slutsatsen att det fanns en ganska stor kontinuitet från den ena säsongen till den andra. Den har dessutom anfört att om det stämmer att den totala kapaciteten omfattar en myriad av beslut, så fattas dessa beslut inom de ramar som fastställs av den förutsedda efterfrågan. Enligt kommissionen gjorde kännedomen om de andras tidigare utbud det möjligt för researrangörerna att snabbt konstatera ändringar i aktuella utbud. Eftersom de första broschyrerna offentliggjordes tolv–

femton månader före en resa ägde rum, var beslut avseende lufttransport och, i viss utsträckning, hotellkapacitet kända av alla.

Skyldigheten att undersöka om det finns en avskräckningsmekanism

68 Sökanden har anfört att även om det har ansetts nödvändigt att en avskräckningsmekanism inrättas för att en kollektiv dominerande ställning ska anses föreligga (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 192 och 193), är kommissionens ståndpunkt i Airtoursbeslutet tvetydig vad gäller behovet av en sådan mekanism (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 191). Förstainstansrätten godtog inte heller de argument som kommissionen åberopade för att göra gällande att en sådan mekanism finns. Kommissionen försökte därefter att förklara dessa fel och gjorde gällande att de berodde på att förstainstansrättens bedömning av insynen och instabiliteten av efterfrågan skiljer sig från kommissionens bedömning i Airtoursbeslutet. En sådan förklaring är inte tillfredsställande, eftersom det inte är möjligt att åberopa ett tidigare fel för att ursäkta ett senare fel.

69 Kommissionen har erinrat om att de synpunkter som framförs i skälen 55 och 150 i Airtoursbeslutet vad gäller behovet av ett ”strängt repressaliesystem” avser den typ av system som sökanden hade ansett vara nödvändigt (huvudsakligen ett system av den typ som man i allmänhet finner i en kartell snarare än i en oligopolsituation). Den omständigheten att förstainstansrätten avvisade kommissionens slutsatser avseende de olika möjligheterna att utöva repressalier (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 200–207) betyder inte att kommissionen underlät att beakta relevant bevisning. Av skäl 148 och följande skäl i Airtoursbeslutet framgår i själva verket att kommissionen undersökte precis de frågor som togs upp av sökanden.

Skyldigheten att tillmäta aktuella och potentiella konkurrenters och konsumenters reaktion vederbörlig betydelse

70 Sökanden har anfört att förstainstansrätten kritiserade kommissionen för att inte ha gjort en tillfredsställande prövning av den eventuella reaktionen från små researrangörer och andra konkurrenter samt potentiella konsumenter på genomförandet av koncentrationen (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 213, 266, 273 och 274). Kommissionen beaktade i detta avseende inte den bevisning som sökanden åberopade under det administrativa förfarandet.

71 Kommissionen har anfört att det främsta hindret för de små researrangörerna att reagera på de begränsningar i kapaciteten som införts av de stora researrangörerna enligt Airtoursbeslutet är tillgången på flygstolar. Förstainstansrätten fastställde emellertid att det fanns ett visst antal källor som kunde erbjuda små researrangörer flygstolar under tillfredsställande förhållanden. Det är fråga om en annan bedömning av bevisningen och inte en felbedömning av denna från kommissionens sida. Detta gäller även för tillgången till distributionskanaler. Den omständigheten att kommissionens bedömning inte godtogs av förstainstansrätten är inte tillräckligt för att visa att kommissionen begick ett fel eller felbedömde bevisningen. Vad gäller potentiella konkurrenter har kommissionen anfört att dess slutsatser grundade sig på synpunkterna avseende tillgången till flygstolar och nämnda distributionskanaler med avseende på små researrangörer. Detta gäller även för argumentet avseende underlåtenheten att beakta konsumenternas möjliga reaktion, i den mån konsumenternas förmåga att köpa paketresor från små researrangörer beror på de sistnämndas förmåga att erbjuda sådana resor. Kommissionen anser att för det fall denna bedömning ansågs vara felaktig, var den emellertid inte orimlig.

d) Den kumulativa effekten av felbedömning av bevisning och bristfällig motivering

72 Sökanden har anfört att Airtoursbeslutet innehåller ett antal mer allvarliga brister som förstärker och bekräftar ovannämnda fel. Ett antal fel kan vid en samlad bedömning medföra ett skadeståndsansvar för gemenskapen enligt artikel 288 andra stycket EG (förstainstansrättens dom av den 28 november 2002 i mål T-40/01, Scan Office Design mot kommissionen, REG 2002, s. II-5043, punkt 107). Sökanden åberopade således, med avseende på varje aspekt av argumentationen avseende förekomsten av en kollektiv dominerande ställning, bevisning som kommissionen hade felbedömt. Kommissionen hade i detta avseende felbedömt sådan bevisning i ett fyrtiotal fall. Kommissionen kan inte påstå att dess ståndpunkt i dessa avseenden inte var orimlig. Kommissionen har dessutom gjort gällande att Airtoursbeslutet är tillräckligt motiverat, vilket är fel, eftersom den tredje grunden för talan om ogiltigförklaring inte endast avsåg överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89 men även åsidosättande av artikel 253 EG. Därutöver föreskrivs i artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som proklamerades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1), att rätten till god förvaltning omfattar en skyldighet för förvaltningen att motivera sina beslut. Kommissionen uppfyllde i förevarande fall inte sin skyldighet att åberopa säker bevisning för att Airtoursbeslutet skulle kunna klassificeras som ett beslut som den kan fatta med beaktande av det handlingsutrymme som den erhåller. Det finns 22 exempel på sådan otillräcklig motivering.

73 Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att den föredrog viss bevisning framför annan inte innebär att den uppenbart felbedömde bevisningen i dess helhet eller att den uppenbart felbedömde varje del av denna bevisning i sig. En sådan slutsats kan endast godtas om det resultat som uppnås på grundval av bevisningen klart och uppenbart motsäger denna. Kommissionen har i en av bilagorna till sin duplik anfört all bevisning som den hade tillgång till och som prövades noggrant och omsorgsfullt under det administrativa förfarandet. Kommissionen har för övrigt anfört att ett åsidosättande av artikel 253 EG inte medför ansvar för institutionen, eftersom motiveringsskyldigheten inte utgör en rättsregel som har till syfte att skydda enskilda. Den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen innehåller inte heller någon bedömning som tyder på att motiveringsskyldigheten skulle ha åsidosatts. Dessutom är hänvisningen till artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

irrelevant, i den mån det i denna bestämmelse inte anges att en bristfällig motivering ger upphov till anspråk på skadestånd.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

a) Argumentet avseende skyldigheten att beakta det begränsade tillämpningsområdet för artikel 2 i förordning nr 4064/89

74 Det ska i första hand – som svar på sökandens påstående att kommissionen uppenbart och allvarligt har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att åtminstone delvis åberopa den ekonomiska teorin om så kallade icke-samordnade effekter, till stöd för att förklara koncentrationen mellan Airtours och First Choice oförenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 2 i förordning nr 4064/89, såsom förstainstansrätten gjorde i punkterna 49–54 i den ovan i punkt 11 nämnda Airtours domen – konstateras att kommissionen förnekar att den intog en ny hållning till denna bestämmelse och anförde att den hade intagit samma hållning som i tidigare ärenden, vilken förstainstansrätten godkände i sin dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen (REG 1999, s. II-753).

75 Med hänsyn till att kommissionen invände mot sökandens påstående, och i avsaknad av tillräckligt detaljerade uppgifter från sökanden om och i vilken omfattning den påstått nya hållningen hade någon inverkan på kommissionens bedömning av den inverkan som koncentrationen mellan Airtours och First Choice hade på konkurrensen, saknas det emellertid anledning att pröva den påstådda underlåtenheten att uppfylla skyldigheten att beakta det begränsade tillämpningsområdet för artikel 2 i förordning nr 4064/89.

b) Argumentationen avseende skyldigheten att definiera situationen på marknaden i avsaknad av koncentrationen och att fastställa villkoren för ett tyst samförstånd

76 Det bör med avseende på sökandens påstående att kommissionen uppenbart och allvarligt har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för sin analys av koncentrationen mellan Airtours och First Choice, mot bakgrund av kriterierna avseende skapandet av en kollektiv dominerande ställning, erinras om vad en sådan analys består i.

77 En kollektiv dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna kan uppkomma till följd av en företagskoncentration om koncentrationen – med hänsyn till den relevanta marknadens egenskaper och den ändring av marknadsstrukturen som koncentrationen skulle medföra – resulterar i att varje företag, med insikt i gemensamma intressen, som ingår i det dominerande oligopolet skulle anse att det var möjligt, ekonomiskt rationellt och således att föredra, att varaktigt anta samma handlingsstrategi på marknaden i syfte att sälja till priser som är högre än de konkurrensmässiga, utan att behöva ingå ett avtal eller samordna ett förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG och utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, kan reagera på ett effektivt sätt (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 61).

78 Tre villkor måste vara uppfyllda för att en sålunda definierad kollektiv dominerande ställning ska kunna skapas. För det första måste varje företag som deltar i det dominerande oligopolet kunna få kännedom om de övriga deltagarnas agerande för att kunna kontrollera huruvida de antar samma strategi. För det andra måste det tysta samordnandet varaktigt kunna bestå, det vill säga det måste finnas ett incitament för att inte frångå den gemensamma handlingsstrategin på marknaden. För det tredje måste kommissionen för att bevisa att en kollektiv dominerande ställning är för handen även visa att den förutsedda reaktionen från de faktiska och potentiella konkurrenterna samt konsumenterna inte skulle motverka den gemensamma handlingsstrategins förväntade verkningar (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 62).

79 Förstainstansrätten fastställde inom ramen för talan om ogiltigförklaring, mot bakgrund av det anförda, att kommissionen i Airtoursbeslutet långt ifrån grundade prognoserna på säker bevisning och gjorde en rad oriktiga bedömningar avseende faktorer som är väsentliga vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas. Kommissionen förbjöd således koncentrationen utan att ha styrkt att den skulle leda till att de tre stora researrangörerna intog en kollektiv dominerande ställning som kunde medföra att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmades (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 294).

80 Det kan, med avseende på utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i princip inte uteslutas att uppenbara och allvarliga brister som påverkar den ekonomiska bedömning som ligger till grund för ett beslut som fattas på grundval av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 enligt vilket en koncentration förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 2.1 och 2.3 i ovannämnda förordning kan utgöra överträdelser som är tillräckligt klara för att gemenskapen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar i den mening som avses i rättspraxis (se ovan punkterna 37–43).

81 En sådan bedömning kräver emellertid att det beaktas att de ekonomiska analyser som är nödvändiga vid den konkurrensrättsliga kvalificeringen av en situation eller en koncentration i allmänhet är, såväl faktamässigt som vid den bedömning som görs utifrån hur dessa fakta beskrivs, komplexa och svåra intellektuella framställningar, i vilka det kan smyga sig in vissa brister, såsom uppskattningar, inkonsekvenser eller till och med luckor. Detta gäller i än högre grad inom ramen för kontroll av koncentrationer med hänsyn till de korta frister som åvilar institutionen. Förstainstansrätten påpekar att kommissionen av rättssäkerhetsskäl, som är knutna till behovet av att möjliggöra för ekonomiska aktörer att så snabbt som möjligt erhålla ett beslut från kommissionen för att kunna genomföra deras koncentration, måste agera inom korta och strikta frister. Om det föreligger allvarliga tvivel vad gäller effekterna av den anmälda koncentrationen på konkurrensen har kommissionen endast fyra månader för att undersöka koncentrationen och inhämta yttranden från alla berörda eller intresserade parter.

82 Det är troligare att sådana brister i den ekonomiska analysen uppkommer när, såsom är fallet med kontroll av koncentrationer, analysen innehåller framåtsyftande inslag. Allvarliga brister i dokumentation eller logik behöver under dessa förhållanden inte alltid utgöra tillräckliga omständigheter för att gemenskapen ska ådra sig skadeståndsansvar. Det kan i förevarande mål konstateras att den inneboende svårigheten med det framåtsyftande inslaget i analysen av koncentrationens inverkan på konkurrenssituationen efter det att den hade genomförts, ökar genom den omständigheten att den aktuella ekonomiska situationen var särskilt komplicerad. Det ankom nämligen på kommissionen att bedöma huruvida en kollektiv dominerande ställning uppstod, vilken var av oligopolistisk natur snarare än av en rent duopolistisk natur, på en marknad för en produkt som kombinerar försäljning genom resebyråer, flygtransport och hotellvistelse och på vilken konkurrensen utövas mer i förhållande till kapacitet än till priser.

83 Förstainstansrätten påminner även om att kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning för att bevara kontrollen över gemenskapens konkurrenspolitik. Detta innebär att det inte kan förväntas att kommissionen iakttar en rigoröst konstant beslutspraxis vid genomförandet av de relevanta bestämmelserna, och att den därmed har en viss handlingsfrihet vid valet av de ekonomiska instrument som den förfogar över liksom vid valet av lämplig utgångspunkt för bedömningen av ett visst fenomen (se, för ett liknande resonemang, avseende definitionen av den relevanta marknaden, förstainstansrättens dom av den 17 december 2003 i mål T-219/99, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkterna 89 och följande punkter, och av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. I-3601, punkt 482), så länge kommissionens val inte uppenbart står i strid med de regler som har erkänts inom ekonomisk vetenskap och så länge de tillämpas på ett konsekvent sätt.

84 Det komplexa i de situationer som ska regleras i fråga om kontroll av koncentrationer, de tillämpningsvårigheter som är knutna till de tidsfrister som åvilar administrationen i detta sammanhang och det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har ska beaktas vid bedömningen av om kommissionen gjorde sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse inom ramen för sin analys av den inverkan på konkurrensen som koncentrationen mellan Airtours och First Choice hade medfört.

85 Förstainstansrätten ska, vid bedömning inom ramen för en skadeståndstalan, följaktligen nödvändigtvis ta hänsyn till oförutsedda omständigheter samt de svårigheter som är inneboende i kontrollen av koncentrationer i allmänhet och komplicerade oligopolistiska strukturer i synnerhet. Det är så som administrationens utrymme för skönsmässig bedömning ska tolkas i den mening som avses i den rättspraxis som följer av domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Bergaderm. Detta är i sig mer krävande än vad som krävs vid en talan om ogiltigförklaring, där förstainstansrätten inom ramen för de grunder som den sökande har framställt endast prövar lagenligheten av det angripna beslutet för att försäkra sig om att kommissionen har gjort en riktig bedömning av olika förhållanden som möjliggör för den att förklara den anmälda koncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 2.1 och 2.3 i förordning nr 4064/89. Tvärtemot vad sökanden har hävdat var de enkla bedömningsfel eller den underlåtenhet att förebringa relevant bevisning som fastställdes inom ramen för den i punkt 11 nämnda Airtoursdomen inte tillräckliga i sig för att klassificera en överträdelse som ett uppenbart och allvarligt överskridande av gränserna för kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning på området för kontroll av koncentrationer och då det föreligger en komplicerad oligopolistisk situation.

86 I detta sammanhang krävs att argumentationen avseende den svaga ökningen av efterfrågan prövas särskilt, i den mån kommissionens bedömning i detta avseende grundar sig på en ofullständig och felaktig bedömning av de uppgifter som lämnades in till kommissionen under det administrativa förfarandet och som åberopades i Airtoursbeslutet (se ovan punkt 64) och i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 127. De hinder som är inneboende i kontrollen av koncentrationer är likväl sådana att endast den omständigheten att kommissionen tolkade ett dokument utan att iaktta dess bokstavliga innehåll eller dess teleologiska räckvidd, trots att den bestämde sig för att använda det som ett viktigt dokument för sin bedömning att marknaden hade vuxit måttligt under 1990-talet och skulle fortsätta att göra det (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 130) är inte tillräckligt för att gemenskapen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar (se ovan punkt 82). Samma sak gäller med avseende på den omständigheten att kommissionen underlät att beakta vissa uppgifter som angavs i de handlingar till vilka det hänvisades i den här aktuella handlingen (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 132).

87 I förevarande fall förfogade kommissionen över bevisning i den administrativa akten, vilken rimligen kunde få den att tro att tillväxten skulle vara föremål för en svag ökning under de kommande åren. Den omständigheten att den bedömning som gjordes

i Airtoursbeslutet ifrågasattes av förstainstansrätten faller inom den legalitetstvist inom ramen för vilken förstainstansrätten prövade kommissionens slutsatser avseende faktiska och rättsliga omständigheter mot bakgrund av de argument som sökanden framförde i sin talan, och den bevisning som upprepades i beslutet. Denna omständighet innebär emellertid inte att kommissionen har gjort en uppenbar och allvarlig överträdelse av sitt utrymme för skönsmässig bedömning på området för kontroll av koncentrationer om den, såsom i förevarande fall, kan förklara varför den rimligen kunde tro att dess bedömning var välgrundad. Av den administrativa akten framgår i detta avseende att sökanden själv hade lämnat uppgifter till kommissionen enligt vilka den årliga ökningen av efterfrågan mellan åren 2000 och 2002 förutsågs bli svag.

88 Det kan vad gäller argumentationen avseende insynen på marknaden inte bestridas att kommissionen i detta avseende underlät att beakta en viktig faktor för fastställandet av huruvida det förelåg en kollektiv dominerande ställning som begränsade konkurrensen (se ovan punkt 66 och den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkterna 156–180). Det framgår ändå, liksom vad gäller ökningen av efterfrågan, av den argumentation som i detta avseende framfördes i Airtoursbeslutet emellertid att även om kommissionens slutsatser inte godtogs av förstainstansrätten, eftersom resonemanget inte fann tillräckligt stöd i bevisningen eller var dåligt underbyggt, uttalade sig denna efter en noggrann prövning av de uppgifter som hade lämnats under det administrativa förfarandet. Även om det inom ramen för talan om ogiltigförklaring fastställdes att beslutet var olagligt kan den felaktiga bedömningen förklaras genom de objektiva begränsningar som enligt de bestämmelser som gäller för kontroll av företagskoncentrationer vilar på institutionen och dess företrädare (se ovan punkt 43).

89 Även om kommissionens hållning i Airtoursbeslutet, i vilket endast det totala antalet paketresor som varje aktör hade i sitt utbud beaktades, i själva verket inte godtogs av förstainstansrätten som föredrog sökandens inställning, enligt vilken den komplicerade processen inte huvudsakligen bestod i att endast överföra den tidigare uppskattade eller sålda kapaciteten, utan i ett flertal individuella beslut på mikroekonomisk nivå med beaktade av uppskattningar av marknadens volatilitet och ökningar av efterfrågan, utgör inte kommissionens tes mot bakgrund av uppgifterna i den administrativa akten en tillräckligt klar överträdelse för att kunna anses avvika från det normala handlandet

hos en institution som har till uppgift att övervaka tillämpningen av konkurrensreglerna, även om denna tes är felaktig mot bakgrund av kontrollen av beslutets lagenlighet.

90 Det ska för övrigt framhållas att de övriga brister som har konstaterats inom ramen för den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen inte heller är tillräckligt klara för att gemenskapen ska kunna ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

91 Det förhåller sig på detta sätt med avseende på den påstådda underlåtenheten att uppfylla skyldigheten att definiera situationen på marknaden utan koncentrationen (se ovan punkt 56). Det framgår nämligen tillräckligt klart från den argumentation som kommissionen framförde att den ovannämnda situationen undersöktes av dess tjänstemän på grundval av den bevisning som fanns tillgänglig för att kunna identifiera de ändringar av konkurrensstrukturen som genomförandet av koncentrationen skulle medföra.

92 Samma sak gäller för den argumentation som avser marknadsandelarnas instabilitet (se ovan punkt 60), den påstådda underlåtenheten att uppfylla skyldigheten att undersöka om det finns en avskräckningsmekanism (se ovan punkt 68) och den påstådda underlåtenheten att uppfylla skyldigheten att tillmäta aktuella och potentiella konkurrenters och konsumenters reaktion betydelse (se ovan punkt 70), i den mån kommissionens resonemang i detta avseende, vilket inte godtogs av förstainstansrätten, inte innebär att den uppenbart och allvarligt har underlåtit att beakta uppgifterna i den administrativa akten.

93 Samma resonemang gäller för det argument som avser efterfrågans instabilitet (se ovan punkt 62), eftersom den brist som sökanden åberopade inte hade sådan betydelse att den kan anses vara tillräckligt allvarlig för att gemenskapen ska ådra sig

utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Kommissionen har för övrigt, i detta hänseende, anfört att den bevisning som sökanden framförde i detta avseende i sig inte var tillräcklig för att visa att efterfrågan var instabil.

c) Argumentationen avseende den kumulativa effekten av underlåtenheten att beakta bevisningen och den bristfälliga motiveringen

94 Sedd för sig kan den oriktiga bedömning som förstainstansrätten konstaterade i den i punkt 11 nämnda Airtoursdomen förklaras genom de objektiva begränsningar som är inneboende i kontrollen av koncentrationer och den särskilda komplexitet som den i förevarande fall undersökta konkurrenssituationen uppvisar. Denna bedömning ifrågasätts inte av den kumulativa effekt som sökanden har åberopat, nämligen att ett antal fel, vid en samlad bedömning, kan räcka för att gemenskapen ska bli utomobligatoriskt skadeståndsansvarig.

95 I detta hänseende kan det påpekas att punkt 107 i den ovan i punkt 72 nämnda domen Scan Office Design mot kommissionen inte kan åberopas till stöd för en sådan argumentation i den mån som förstainstansrätten fann att kommissionen i detta mål gjorde sig skyldig till ”en rad allvarliga fel som, betraktade var för sig eller åtminstone gemensamt, skall anses uppfylla det första av de tre nödvändiga villkoren för att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar skall uppkomma”. Dessa fel skiljer sig betydligt från de fel i bedömningen som förstainstansrätten fastställde i den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen. Det var i det målet, vilket föranledde den ovan i punkt 72 nämnda domen Scan Office Design mot kommissionen, fråga om grova fel som hade begåtts inom ramen för utvärderingen av en offentlig upphandling och som bestod i kommissionens beslut att inte lämna ut handlingar med den felaktiga motiveringen att godtagandet av ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling som hade lämnats in för sent, beaktandet av en utvärdering som inte hade undertecknats eller kommenterats eller rättsstridiga utvärderingar och valet av ett anbud som inte överensstämde med kontraktshandlingarna inte hade ägt rum. I förevarande fall inträffade bedömningsfelen då kommissionens tjänstemän prövade stora delar av bevisningen för att bedöma en konkurrenssituation som var särskilt svår att klassificera. Det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen ska

tillerkännas inom ramen för frågor avseende utomobligatoriskt skadeståndsansvar på området för kontroll av koncentrationer är tillämpligt såväl vid den individuella prövningen av fel som kan ha begåtts vid bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen som vid en omfattande prövning av sådana fel. Det kan i förevarande fall följaktligen inte anses att endast den omständigheten att ett antal fel i bedömningen fastställdes i den ovan i punkt 11 nämnda Airtours domen nödvändigtvis innebär att gemenskapen ådrar sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

96 Förstainstansrätten konstaterar slutligen, med avseende på argumentet att motiveringen i Airtoursbeslutet var bristfällig, att detta inte kan medföra utomobligatoriskt skadeståndsansvar för gemenskapen. Av den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen framgår att förstainstansrättens bedömning av den tredje grunden, som avser både åsidosättande av artikel 2 i förordning nr 4064/89 och åsidosättande av artikel 253 EG, enbart är koncentrerad på argumenten avseende åsidosättande av artikel 2 i artikel 4064/89. Airtoursbeslutet ogiltigförklarades följaktligen på grund av att kommissionen, mot bakgrund av den bevisning som den åberopade i det ovannämnda beslutet, inte hade styrkt att koncentrationen skulle leda till en kollektiv dominerande ställning som skulle kunna medföra att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmades (den ovan i punkt 11 nämnda Airtoursdomen, punkt 294). Airtours beslutet innehöll följaktligen en tillräcklig motivering som gjorde det möjligt för förstainstansrätten att pröva dess lagenlighet även om motiveringen i sak visade sig vara felaktig efter det att denna prövning hade vidtagits.

97 Av det ovan anförda följer att kommissionen, inom ramen för sin bedömning av koncentrationen mellan Airtours och First Choice mot bakgrund av kriterierna avseende skapandet av en kollektiv dominerande ställning, inte gjorde sig skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter i den mening som avses i rättspraxis.

C — *Eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena*

1. *Upptagande till sakprövning av argumentationen avseende ett eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena*

a) Parternas argument

98 Kommissionen har gjort gällande att argumentationen avseende ett eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena inte kan tas upp till sakprövning, eftersom denna grund inte har utvecklats i talan, inte ens kortfattat, och att det inte är tillräckligt att sökanden i detta avseende endast hänvisar till de bilagor i vilka den argumentation som framfördes inom ramen för talan om ogiltigförklaring återges.

99 Sökanden har anfört att det enda som är av betydelse i förevarande fall är huruvida kommissionen kan ta ställning till den åberopade grunden och förstainstansrätten utöva sin prövningsrätt. Den bevisning som i detta sammanhang förebringades i ansökan uppfyller det kriteriet och utvecklades i bilagorna 15 och 16 till denna inlaga som innehåller den bevisning som krävs.

b) Förstainstansrättens bedömning

100 Enligt artikel 21 första stycket i domstolens stadga, som enligt artikel 53 första stycket i samma stadga och artikel 44.1 c i rättegångsreglerna ska tillämpas på förfarandet vid förstainstansrätten, ska en ansökan innehålla uppgifter om tvisteföremålet samt en kortfattad framställning av grunderna för talan. Dessa uppgifter ska vara tillräckligt klara och precisa för att svaranden ska kunna förbereda sitt försvar och förstainstansrätten ska kunna pröva talan. För att garantera rättssäkerheten och en god rättskipning krävs, för att en talan ska kunna tas upp till sakprövning, att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundar sig på åtminstone kortfattat men på ett sammanhängande och begripligt sätt framgår av innehållet i själva ansökan (förstainstansrättens beslut av den 28 april 1993 i mål T-85/92, De Hoe mot kommissionen, REG 1993, s. II-523, punkt 20, och förstainstansrättens beslut av den 11 juli 2005 i mål T-294/04, Internationaler Hilfsfonds mot kommissionen, REG 2005, s. II-2719, punkt 23).

101 För att en ansökan om ersättning för skada som har vållats av en gemenskapsinstitution ska uppfylla dessa krav måste den innehålla uppgifter som gör det möjligt att fastslå vilket handlande sökanden lägger den till last (beslutet i det ovan i punkt 100 nämnda målet Internationaler Hilfsfonds mot kommissionen, punkt 24).

102 Sökanden har i förevarande fall i sin ansökan anfört att kommissionens beslut att inte godkänna eller ens undersöka de åtaganden som lämnades in under det administrativa förfarandet utgör en tillräckligt klar överträdelse av flera rättsregler som har till syfte att ge enskilda rättigheter. I detta sammanhang är hänvisningarna i ansökan till de argument som framfördes till stöd för den fjärde grunden inom ramen för talan om ogiltigförklaring i mål T-342/99 (avseende lagenligheten av Airtoursbeslutet mot bakgrund av bestämmelserna avseende åtaganden), som utvecklades i bilagorna 15 och 16 till denna inlaga, att anse som en förstärkning av redogörelsen i ansökan för de rättsstridigheter som anses har präglat kommissionens handlande vad gäller bedömningen av de föreslagna åtagandena.

103 Förstainstansrätten anser med hänsyn till dessa påståenden att kommissionen hade kunnat förbereda sitt försvar med stöd av den grunden.

104 Kommissionens anmärkningar i frågan huruvida grunden om förekomsten av ett eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena kan tas upp till sakprövning kan följaktligen inte godtas.

2. *Prövning i sak*

a) Parternas argument

Den argumentation som har framförts i parternas inlagor

105 Sökanden har i sina inlagor anfört att kommissionen genom att vägra att godta eller undersöka de åtaganden som sökanden föreslog under det administrativa förfarandet åsidosatte artikel 2 och artikel 8.2 i förordning nr 4064/89, proportionalitetsprincipen, principen om god förvaltningssed, omsorgsplikten och skyldigheten att på ett korrekt sätt tillämpa sina egna förfaranden för undersökning av åtaganden. Dessa åsidosättanden utgör en tillräckligt klar överträdelse i den mening som avses i rättspraxis. Sökanden har särskilt gjort gällande att om kommissionen hade godtagit och inte med orätt vägrat att godta de åtaganden som sökanden hade föreslagit så hade koncentrationen tillåtits i enlighet med artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 och detta skulle även ha varit fallet om sådana åtaganden inte hade varit nödvändiga, i den mån koncentrationen inte gav upphov till konkurrensproblem. Sökanden har också framhållit att kommissionen borde ha beaktat det andra förslaget till åtaganden, trots att detta lades fram efter utgången av den frist som anges i förordning nr 4064/89.

106 Kommissionen har anfört att det av Airtoursbeslutet framgår att det första förslaget till åtaganden inte var tillräckligt för att göra den anmälda koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden, eftersom bildandet av en enda medelstor researrangör som är beroende av resebyråkedjor, vilka kontrolleras av stora researrangörer, inte hade garanterat tillräcklig konkurrens på den aktuella marknaden (skälen 186–192 i Airtoursbeslutet). Vad gäller det andra förslaget till åtaganden som lämnades in efter det att den frist som anges i artikel 18.2 i förordning nr 447/98 hade löpt ut, har kommissionen anfört att även om denna frist kan förlängas under exceptionella förhållanden begärde sökanden inte en förlängning, och åberopade inte heller exceptionella förhållanden som hade kunnat motivera en sådan åtgärd innan den ovannämnda fristen löpte ut. Det andra förslaget till åtaganden innehöll inte heller något som inte hade kunnat anges i det första förslaget till åtaganden. Därutöver saknades det tid att undersöka de nya åtagandena i vederbörlig ordning (skäl 193 i Airtours beslutet). Beslutet att avvisa de föreslagna åtagandena var följaktligen motiverat och utgjorde inte en tillräckligt klar överträdelse för att gemenskapen skulle ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

Möjligheten att undersöka åtagandena av den 15 september 1999 under den tid som återstod

107 Sökanden har som svar på de åtgärder för processledning som förstainstansrätten beslutade om, för att fastställa varför kommissionen inte på ett effektivt sätt kunnat utvärdera de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999 under den ”korta tid som återstod” och vilken ytterligare utredning som hade krävts för att utvärdera dessa åtaganden, gjort gällande att kommissionen hade full möjlighet att undersöka dessa åtaganden och att dess beslut att inte göra detta varken kan rättfärdigas eller förklaras av de begränsningar som objektivt följer av dess normala verksamhet.

108 Kommissionen har förklarat varför det krävdes att utkastet till beslut var klart före kl. 12.00 tisdagen den 21 september 1999, även om tidsfristen för att yttra sig över transaktionen Airtours löpte ut den 5 oktober 1999. Kommissionens praxis är att förbereda utkastet till beslut inför det möte som kommissionsledamöternas kollegium

håller veckan före den vecka under vilken fristen löper ut, för att ta hänsyn till möjligheten att en majoritet av ledamöterna begär ändringar. I förevarande fall hade kommissionens tjänstemän följaktligen endast tre och en halv arbetsdagar för att granska de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999, det vill säga torsdagen den 16, fredagen den 17, måndagen den 20 och tisdag morgon den 21 september 1999. Med beaktande av att det fortfarande rådde stor ovisshet, att det var nödvändigt att genomföra en ny marknadsundersökning och ett nytt samråd med den rådgivande kommittén inom tre och en halv dagar, att de inkomna kommentarerna avseende den första marknadsundersökningen var mycket negativa, att allt som nämndes i det andra förslaget till åtaganden hade kunnat nämnas i det ursprungliga förslaget och att sökanden varken hade begärt undantag eller framfört övertygande argument om exceptionella förhållanden för att motivera ett sådant undantag, anser kommissionen att det inte var nödvändigt att undersöka de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999.

Avseende huruvida de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999 var tillräckliga, och de åtgärder som vidtogs för att efterkomma förstainstansrättens begäran att inkomma med handlingar som rörde denna bedömning

109 Sökanden har som svar på de åtgärder för processledning som förstainstansrätten beslutade om för att fastställa i vilken utsträckning de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999 gjorde det möjligt att bemöta de problem som kommissionen hade identifierat i detta skede av förfarandet gjort gällande att kommissionen uttryckte två betänkligheter. Dessa rörde behovet av att skapa en fjärde styrka som åtminstone innehade 10 procent av den relevanta marknaden och denna styrkas tillgång till ett distributionsnät. Båda dessa betänkligheter tillgodosågs genom de föreslagna åtagandena. Den fjärde styrkan (Cosmos med 800 000 sålda paketresor år 1998) skulle erhålla en verksamhet som uppgick till 700 000 sålda paketresor, vilket skulle göra det möjligt för den att med 1,5 miljoner paketresor inneha mer än 10 procent av den relevanta marknaden, vilken år 1998 uppskattades till 13,9 miljoner passagerare. First Choice distributionsnät skulle dessutom avyttras till Cosmos, som även skulle få tillgång till en del av sökandens distributionsnät under fem år.

110 Kommissionen har gjort gällande att den hyste betänkligheter dels vad gäller möjligheten att etablera en fjärde aktör med tillgång till distributionsnätet, dels vad gäller säkerställandet av att konkurrensen mellan små researrangörer bibehålls. Den har påpekat att dessa betänkligheter huvudsakligen baserade sig på de synpunkter som hade framförts av de företag och sammanslutningar som hade besvarat den marknadsundersökning som hade genomförts med avseende på det första förslaget till åtaganden.

111 Kommissionen har i detta avseende anfört att de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999 (efter ett sammanträde med kommissionen som ägde rum samma dag) var nya och hade ändrats i sak i förhållande till den tidigare versionen. De möjliggjorde inte att på ett klart och definitivt sätt bemöta de problem som hade fastställts i detta skede. Kommissionen har anfört att även om kommissionen formellt avvisade dessa åtaganden på processuella grunder, hade den gjort en preliminär bedömning av dessa åtaganden för att bedöma om möjligheten att förhöra de berörda parterna och den rådgivande kommittén kunde leda till ett positivt svar. Enligt kommissionen rådde det emellertid fortfarande ovisshet på flera områden och den kunde inte med säkerhet sluta sig till att dess betänkligheter avseende bildandet av en kollektiv dominerande ställning skulle upphöra.

112 Förstainstansrätten ombad kommissionen under den muntliga förhandlingen den 29 april 2008, med stöd av artiklarna 65 b och 67.3 tredje stycket i förstainstansrättens rättegångsregler, att inkomma med samtliga handlingar som den förfogade över avseende bedömningen av de åtaganden som hade lämnats in den 15 september 1999 och som hade upprättats mellan detta datum och det datum då Airtoursbeslutet antogs, nämligen den 22 september 1999.

113 Som svar på denna begäran inkom kommissionen med två handlingar vid förhandlingen den 29 april 2008. Den första handlingen är en promemoria som läggs till akten som inte är daterad och som innehåller en sammanfattning av de diskussioner som fördes innan och under det sammanträde som ägde rum i kommissionens lokaler den 15 september 1999 vad gäller åtagandena och särskilt förslaget till åtaganden som informellt lämnades in den 14 september 1999. Den andra handlingen är en promemoria av den 16 september 1999, som direktören för Merger Task Force (nedan kallad MTF) upprättade åt kommissionsledamoten med ansvar för konkurrens och som innehåller uttalanden om de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999, både vad gäller förfarandet och i sak. I punkterna 11–13 i den

andra handlingen återges innehållet i kommissionens anmärkningar till svar på förstainstansrättens fråga avseende bedömningen av åtagandena.

114 Kommissionen inkom även med andra handlingar inom den frist som förstainstansrätten fastställde i detta avseende:

— En promemoria av den 16 september 1999, som upprättades av en enhetschef vid MTF avseende de principer som är tillämpliga på åtaganden som har lämnats in efter det att tidsfristen löpt ut.

— En promemoria av den 17 september 1999, som upprättades av samma enhetschef för en tjänsteman från generalsekretariatet samt en ändrad version av denna promemoria, vilka innehåller texten av ett planerat meddelande från kommissionsledamoten med ansvar för konkurrens. I dessa promemorior framställs tvivel och osäkerhet vad gäller bedömningen av de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999.

— Anteckningar från kommissionsledamoten med ansvar för konkurrens, som skulle användas vid kommissionens möte avseende utkastet till Airtours beslutet, i vilka tvivel och osäkerhet framställs vad gäller bedömningen i sak av de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999.

— Ett utkast till Airtoursbeslutet i vilket det inte hänvisas till någon bedömning i sak av de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999, utan endast anges att dessa åtaganden lämnades in för sent.

— En promemoria i vilken de riktlinjer som ska följas fastställs under rubriken ”Försvarsargument – erbjudande av åtaganden”, vilken upprättades av MTF för kommissionsledamoten med ansvar för konkurrens för att möjliggöra för denna att framföra argument avseende bland annat bedömningen i sak av de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999.

115 Sökanden inkom med sina synpunkter avseende de olika handlingar som kommissionen hade lämnat in på anmodan av förstainstansrätten inom den frist som förstainstansrätten hade fastställt i detta avseende.

b) Förstainstansrättens bedömning

116 Kontrollen av koncentrationer syftar till att ge de berörda företagen det tillstånd som krävs och som föregår genomförandet av varje företagskoncentration med gemenskapsdimension. Dessa företag kan inom ramen för denna kontroll föreslå åtaganden till kommissionen för att erhålla ett beslut om att deras koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden.

117 Beroende på hur långt det administrativa förfarandet har fortskridit ska de föreslagna åtagandena göra det möjligt för kommissionen att antingen fastställa att den anmälda koncentrationen inte längre ger anledning till allvarliga tvivel vad gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden på förundersökningsstadiet (artikel 6.2 i förordning nr 4064/89) eller bemöta de anmärkningar som har framförts inom ramen för den fördjupade utredningen (artikel 18.3 jämförd med artikel 8.2 i förordning nr 4064/89). Dessa åtaganden gör det följaktligen möjligt att först och främst undvika att en fördjupad utredning inleds eller därefter att ett beslut om att koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden fattas.

118 Enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 får kommissionen förena ett beslut om att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden genom att tillämpa det kriterium som anges i artikel 2.2 i den nämnda förordningen, med villkor och åligganden som avser att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har lämnat i syfte att koncentrationen ska bedömas vara förenlig med den gemensamma marknaden.

119 Med hänsyn till både betydelsen av de ekonomiska intressen och de industriella eller kommersiella frågeställningar som är typiska för den här sortens transaktioner, och den makt som kommissionen har på detta område, kan det förväntas att de berörda företagen gör allt för att underlätta myndighetens arbete. Kommissionen måste av samma skäl visa största omsorg vid utövande av sin kontrollfunktion vad gäller koncentrationer.

120 Det framgår i förevarande fall av Airtoursbeslutet och av parternas svar på förstainstansrättens frågor att kommissionen beslutade att inleda ett fördjupat undersökningsförfarande den 3 juni 1999. Den gav också sökanden möjlighet att yttra sig över de invändningar som kommissionens tjänstegrenar hade tillställt sökanden den 9 juli 1999 genom ett meddelande om anmärkningar. Dessa frågor behandlades under förhandlingen som ägde rum den 28 och den 29 juli 1999. För att bemöta dessa invändningar föreslog sökanden den 19 augusti 1999 flera åtaganden till kommissionen. Åtagandena syftade ursprungligen endast till att säkerställa att konkurrensen från små researrangörer bibehölls. Kommissionen påpekade emellertid för sökanden att återupprättandet av en fjärde aktör skulle utgöra en effektiv åtgärd för att bemöta de konkurrensproblem som hade identifierats i detta skede. Sökanden berörde denna fråga under ett möte med kommissionen den 24 augusti 1999 avseende de åtaganden som hade föreslagits den 19 augusti 1999. Den var följaktligen föremål för det första förslaget till åtaganden, som formellt lämnades in den 7 september 1999 efter diskussioner med kommissionens tjänstemän, och det andra förslaget till åtaganden, genom vilket det första förslaget ändrades och som formellt lämnades in den 15 september 1999 efter ett möte med kommissionen samma dag.

121 Förstainstansrätten påpekar dessutom att kommissionen i skäl 193 i Airtours beslutet påpekade att de åtaganden som hade lämnats in den 15 september 1999 inte hade beaktats av dess tjänstemän, eftersom de inte hade lämnats in inom den tremånadersfrist som föreskrivs i artikel 18.2 i förordning nr 447/98, vilken löpte ut den 7 september 1999 i avsaknad av relevanta exceptionella förhållanden, och att åtagandena inte kunde ”utvärderas [effektivt] … under den korta tid som återstod innan den frist som föreskrivs i artikel 10.3 i förordning [nr 4064/89] löpte ut”, nämligen den 5 oktober 1999. Parterna har inte bestritt denna punkt.

122 Parterna har inte heller bestritt att sökanden på eget initiativ föreslog nya åtaganden den 15 september 1999, för att ersätta dem som hade lämnats in den 7 september 1999. Detta ändrade förslag till åtaganden gjordes på grundval av kommissionens invändningar i meddelandet om anmärkningar och på grundval av resultatet av den första marknadsundersökningen, som hade gjorts med avseende på de ursprungliga åtagandena, för att lösa de konkurrensproblem som kommissionen identifierat i detta skede. Det är det sistnämnda förslaget till åtaganden som ska beaktas i förevarande fall.

123 Den omständigheten att förstainstansrätten fann att kommissionens bedömning i Airtoursbeslutet av transaktionens effekter på konkurrensen är rättsstridig innebär inte att vägran att godta de åtaganden som hade föreslagits den 15 september 1999 är rättsstridig endast på grund av den omständigheten. Förstainstansrättens prövning avser en tidsperiod som föregick antagandet av Airtoursbeslutet. Sökanden beslutade därför fritt och med full kännedom om omständigheterna att föreslå lösningar till kommissionen för att bemöta de invändningar som hade fastställts för att erhålla ett beslut om förenlighet med den gemensamma marknaden. Huruvida det förelåg en tillräckligt klar överträdelse då bedömningen av de föreslagna åtagandena gjordes ska bedömas i detta sammanhang, och inte mot bakgrund av de omständigheter som parterna ännu inte hade någon kännedom om vid förhandling om åtagandena.

124 Kommissionen klargjorde under den muntliga förhandlingen den 29 april 2008 att dess praxis avseende undersökning av åtaganden som har lämnats in efter det att tidsfristen har löpt ut bestod, vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, i september 1999, i att godta sådana åtaganden endast om de klart bemötte de invändningar som hade framställts i detta skede vad gäller koncentrationens förenlighet med konkurrensen på

den gemensamma marknaden. Detta handlande är förenligt med den omsorgsplikt som åligger myndigheten när den utövar sin befogenhet att fatta beslut enligt artikel 8.2 och 8.3 i förordning nr 4064/89 (se ovan punkt 49).

125 Enligt den information som lämnades som svar på en fråga som förstainstansrätten ställde i detta avseende, påpekade kommissionen att dess ursprungliga inställning, som var relativt tolerant och försonlig, snabbt hade visat sig ha begränsningar. De berörda företagen tenderade att vänta till sista minuten med att lämna in sina åtaganden, vilket störde beslutsförfarandets förlopp på området för koncentrationskontroller genom att kommissionen hindrades från att undersöka dessa åtaganden och samråda med tredje part och företrädare för medlemsstaterna under goda förhållanden. Med verkan från och med den 27 maj 1998 beslutade kommissionen att tillämpa den tremånadersfrist som föreskrivs i artikel 18.2 i förordning nr 447/98 mera strikt, för att begränsa möjligheten att undersöka åtaganden som hade lämnats in för sent till de fall i vilka den fortfarande kan göra en godtagbar bedömning.

126 Denna praxis tillämpades i det följande i kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt förordning nr 4064/89 och förordning nr 447/98 (EGT C 68, s. 3, 2001) för att visa att den dragit lärdom av de erfarenheter den erhållit vad gäller åtaganden sedan ikraftträdandet av förordning nr 4064/89. I punkt 43 i tillkännagivandet anges att kommissionen kan godta att undersöka ändrade åtaganden när de har förelagts kommissionen efter det att den i förordning nr 447/98 angivna tidsfristen har löpt ut ”om den – på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan mottagits under loppet av undersökningen, inklusive resultaten av pågående marknadsundersökningar och utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning – klart kan avgöra att sådana åtaganden, när de väl har genomförts, löser konkurrensproblemen och ger tillräckligt med tid för ett grundligt samråd med medlemsstaterna”.

127 I ett mål avseende en koncentration som anmäldes år 2004 fann förstainstansrätten att det av tillkännagivandet, vilket innebär ett frivilligt åtagande från kommissionen, följde att parterna i en anmäld koncentration kan få åtaganden som har lämnats in för sent

beaktade av kommissionen om två kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen dels att åtagandena löser de konkurrensproblem som tidigare har identifierats utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning, dels att det finns tillräckligt med tid för att samråda med medlemsstaterna om dessa åtaganden (förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen, REG 2005, s. II-3745, punkterna 162 och 163).

128 Förstainstansrätten konstaterar, förvisso i motsats till vad som anges i Airtours beslutet, att kommissionen inte avvisade åtagandena av den 15 september 1999 utan att ha frågat sig om de inte klart kunde bemöta de invändningar som hade framställts i det skedet av förfarandet.

129 I detta avseende angavs i de handlingar som lämnades in som svar på förstainstansrättens begäran de skäl av vilka kommissionen kunde anse att dessa åtaganden inte bemötte dessa invändningar på ett tillfredsställande sätt. Av promemorian från direktören för MTF av den 16 september 1999 och av promemorian avseende svarspunkter som MTF upprättade för kommissionsledamoten med ansvar för konkurrens framgår att kommissionen hade betänkligheter angående påståendet att den nya enhet som sökanden hade föreslagit, den fjärde kraften, skulle komma att ha en marknadsandel som uppgick till 10 procent. Det var inte enbart så att First Choices marknadsandel var större än den marknadsandel som innehades av den fjärde kraften som hade föreslagits av sökanden i utbyte eftersom den som lägst uppgick till 11 procent. Dessutom, och framför allt, baserade sig siffran 10 procent på ett antagande om att Cosmos, som var en del av den fjärde kraften, skulle vara föremål för en väsentlig intern ökning från år till år (från 550 000 sålda paketresor under åren 1998/99 till 800 000 sålda paketresor under åren 1999/2000, det vill säga 45 procent under ett år). En sådan intern ökning var emellertid knappast möjlig mot bakgrund av marknadens egenskaper. Av dessa handlingar framgår att det förelåg tvivel och osäkerhet i flera avseenden, såsom beträffande den exakta sammansättningen av de paketresor som skulle överföras till den nya verksamheten, det intresse som Cosmos, som inte lade stor vikt vid användandet av ett nätverk av resebyråer, kunde ha av att överta First Choice nätverk av byråer och Cosmos oberoende i förhållande till de tre huvudaktörerna, som fanns kvar på marknaden efter transaktionen och vilka köpte majoriteten av de flygstolar som såldes av Cosmos. De åtaganden som föreslogs den 15 september 1999 undersöktes följaktligen av kommissionens tjänstemän, vilka fann flera uppgifter som gav upphov till betänkligheter om huruvida åtagandena klart kunde bemöta de invändningar som hade identifierats i det skedet av förfarandet.

130 Den omständigheten att kommissionen i Airtoursbeslutet inte hänvisade till den bedömning av de åtaganden som föreslogs den 15 september 1999, vilken dess tjänstemän hade gjort, innebär inte att förstainstansrätten inte kan beakta de relevanta och tillräckligt beviskraftiga handlingar som lämnades in i förevarande mål, vilka på ett tillfredsställande sätt styrker denna bedömning.

131 Det är inte nödvändigt att ta ställning till huruvida det var möjligt för kommissionen att under den tid som stod till dess förfogande undersöka de ändrade åtaganden som hade lämnats in den 15 september 1999. Det framgår nämligen av det ovan anförda att dessa åtaganden inte klart bemötte de invändningar som hade framställts i detta skede vad gäller koncentrationens förenlighet med konkurrensen på den gemensamma marknaden. Kommissionens handlande innebar följaktligen inte att sökanden berövades alla möjligheter att få koncentrationen förklarad förenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen åsidosatte följaktligen inte sin omsorgsplikt i detta avseende.

132 Kommissionen gjorde sig följaktligen inte skyldig till en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter för att gemenskapen skulle ådra sig skadeståndsansvar inom ramen för bedömningen av de åtaganden som sökanden lämnade in i slutet av det administrativa förfarandet.

133 Talan ska följaktligen ogillas.

134 De olika yrkanden om åtgärder för processledning som sökanden har framställt för att erhålla vissa handlingar eller för att få vissa faktiska eller processuella omständigheter klargjorda kan inte heller vinna bifall. Förstainstansrätten konstaterar, mot bakgrund av svaren på de frågor som har ställts till parterna och efter att ha undersökt de av kommissionen översända handlingarna avseende bedömningen av åtagandena av den

15 september 1999 (se ovan punkterna 113 och 114), att de åtgärder som har begärts inte är nödvändiga för dess prövning av förevarande mål. Det saknas följaktligen skäl att bifalla de nämnda yrkandena.

Rättegångskostnader

135 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna får rätten emellertid, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det, besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad.

136 Förstainstansrätten påpekar i förevarande fall att kommissionen gjorde gällande i Airtoursbeslutet att den inte hade undersökt de åtaganden som sökanden hade lämnat in den 15 september 1999, därför att de hade lämnats in för sent och på grund av tidsbrist. Såväl sökanden som förstainstansrätten kunde följaktligen anse att de ändrade förslagen, som hade lämnats in efter ett möte med kommissionens tjänstemän för att ändra det ursprungliga förslaget till åtaganden för att bättre bemöta de betänkligheter som hade identifierats i detta skede av förfarandet, inte hade undersökts av institutionen av rent processuella skäl. Det framgår emellertid av de åtgärder för processledning och bevisupptagning som förstainstansrätten beslutade om dels för att förbereda förhandlingen den 29 april 2008, dels vid förhandlingen att kommissionens tjänstemän inte endast avvisade de åtaganden som hade föreslagits den 15 september 1999 med motiveringen att de hade lämnats in för sent, men att de även hade gjort en preliminär undersökning av dessa och dragit slutsatsen att de inte var tillräckliga i det skedet.

137 Sökanden och förstainstansrätten fick först i ett mycket sent skede av förfarandet kännedom om att kommissionen hade visat att dess tjänstemän hade gjort en lämplig

undersökning av de åtaganden som hade lämnats in den 15 september 1999 i enlighet med dess praxis, vilket är en avgörande punkt för utgången i målet.

138 Det är desto mer beklagansvärt att denna information lämnades i ett så sent skede, eftersom sökanden vid flera tillfällen i förevarande fall och i mål T-403/05 (se ovan punkt 18) begärde att kommissionen skulle överlämna alla handlingar till sökanden som skulle kunna användas av denna till stöd för dess argumentation vid förstainstansrätten. Även om det a priori kan anses att handlingarna i fråga inte är av sådan art att en part i en transaktion kan få tillgång till dessa i ett administrativt förfarande enligt förordning nr 4064/89 eller att en enskild kan få tillgång till följd av en begäran enligt förordning nr 1049/2001, är det inte desto mindre så att dessa handlingar var av betydelse för att sökanden skulle kunna göra gällande sina argument i förevarande förfarande och för att förstainstansrätten skulle kunna bedöma gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar.

139 Följaktligen och, även om detta inte hade någon inverkan i förevarande fall, i den mån de ovan nämnda handlingarna lämnades in under det kontradiktoriska förfarandet, borde de handlingar som ingavs vid förhandlingen den 29 april 2008 och senare ha utlämnats vid den tidpunkt då kommissionen lämnade in sitt svaromål, i vilket kommissionen dels gjorde gällande att grunden avseende ett eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena inte kunde tas upp till sakprövning, dels bestred grunden i sak. Förstainstansrätten anser följaktligen att det med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall är skäligt att förplikta kommissionen att bära sina rättegångskostnader.

140 Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna ska medlemsstater som har intervenerat bära sina rättegångskostnader. Förbundsrepubliken Tyskland ska följaktligen bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Talan ogillas.

2) MyTravel Group plc ska bära sin rättegångskostnad.

3) Kommissionen ska bära sin rättegångskostnad.

4) Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sin rättegångskostnad.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 9 september 2008.

E. Coulon J. Azizi

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten . . . . . II - 1974

Förfarandet och parternas yrkanden . . . . . II - 1977

Rättslig bedömning . . . . . II - 1981

A — Inledande synpunkter vad gäller villkoren för gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar . . . . . II - 1981

1. Parternas allmänna argumentation . . . . . II - 1981

a) Begreppet tillräckligt klar överträdelse . . . . . II - 1982

b) Begreppet rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter . . . . . II - 1982

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1983

a) Begreppet tillräckligt klar överträdelse . . . . . II - 1984

b) Begreppet rättsregel som har till syfte att ge enskilda rättigheter . . . . . II - 1986

B — Förekomsten av en ”tillräckligt klar överträdelse” vid den tidpunkt då kommissionen bedömde inverkan av koncentrationen mellan Airtours och First Choice på konkurrensen på den gemensamma marknaden . . . . . II - 1989

1. Parternas argument . . . . . II - 1989

a) Skyldigheten att beakta det begränsade tillämpningsområdet för artikel 2 i förordning nr 4064/89 . . . . . II - 1990

b) Skyldigheten att definiera situationen på marknaden utan koncentrationen . . II - 1991

c) Skyldigheten att fastställa villkoren för ett tyst samförstånd . . . . . II - 1992

Marknadsandelarnas instabilitet . . . . . II - 1993

Efterfrågans instabilitet . . . . . II - 1993

Den obetydliga ökningen av efterfrågan . . . . . II - 1994

Insynen på marknaden . . . . . II - 1995

Skyldigheten att undersöka om det finns en avskräckningsmekanism . . . . . II - 1997

Skyldigheten att tillmäta aktuella och potentiella konkurrenters och konsumenters reaktion vederbörlig betydelse . . . . . II - 1998

d) Den kumulativa effekten av felbedömning av bevisning och bristfällig motivering . . . II - 1998

2. Förstainstansrättens bedömning . . . II - 2000

a) Argumentet avseende skyldigheten att beakta det begränsade tillämpningsområdet för artikel 2 i förordning nr 4064/89 . . . II - 2000

b) Argumentationen avseende skyldigheten att definiera situationen på marknaden i avsaknad av koncentrationen och att fastställa villkoren för ett tyst samförstånd . . . II - 2001

c) Argumentationen avseende den kumulativa effekten av underlåtenheten att beakta bevisningen och den bristfälliga motiveringen . . . II - 2007

C — Eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena . . . II - 2009

1. Upptagande till sakprövning av argumentationen avseende ett eventuellt rättsstridigt handlande vid bedömningen av åtagandena . . . II - 2009

a) Parternas argument . . . II - 2009

b) Förstainstansrättens bedömning . . . II - 2010

2. Prövning i sak . . . II - 2011

a) Parternas argument . . . II - 2011

Den argumentation som har framförts i parternas inlagor . . . II - 2011

Möjligheten att undersöka åtagandena av den 15 september 1999 under den tid som återstod . . . II - 2012

Avseende huruvida de åtaganden som lämnades in den 15 september 1999 var tillräckliga, och de åtgärder som vidtogs för att efterkomma förstainstansrättens begäran att inkomma med handlingar som rörde denna bedömning . . . II - 2013

b) Förstainstansrättens bedömning . . . II - 2016

Rättegångskostnader . . . II - 2022