WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (trzecia izba w składzie powiększonym)

z dnia 9 września 2008 r.*

W sprawie T-212/03

MyTravel Group plc, z siedzibą w Rochdale, Lancashire (Zjednoczone Królestwo), reprezentowana przez D. Pannicka, QC, M. Nicholsona oraz S. Cardell, solicitors, A. Lewisa, barrister, oraz R. Gillisa, QC,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, początkowo reprezentowanej przez R. Lyala, A. Whelana oraz P. Hellströma, a następnie przez R. Lyala oraz F. Arbaulta, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

Republikę Federalną Niemiec, reprezentowaną przez W.D. Plessinga oraz M. Lummę, działających w charakterze pełnomocników,

interwenient,

* Język postępowania: angielski.

mającej za przedmiot skargę o odszkodowanie za szkodę, którą skarżąca miała ponieść z powodu naruszeń prawa w postępowaniu w sprawie kontroli zgodności ze wspólnym rynkiem koncentracji między skarżącą a First Choice plc,

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (trzecia izba w składzie powiększonym),

w składzie: J. Azizi, prezes, J.D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka i S. Frimodt Nielsen (sprawozdawca), sędziowie,

sekretarz: C. Kantza, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 29 kwietnia i 20 maja 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

1 W dniu 29 kwietnia 1999 r. skarżąca, brytyjskie biuro podróży Airtours plc, obecnie MyTravel Group plc, zgłosiła zamiar nabycia na rynku giełdowym całego kapitału zakładowego First Choice plc, jednego z jej konkurentów w Zjednoczonym Królestwie. Tego samego dnia skarżąca zgłosiła Komisji ten projekt koncentracji celem uzyskania

decyzji w sprawie zezwolenia na podstawie rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (wersja sprostowana, Dz.U. 1990, L 257, s. 13), zmienionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz.U. L 180, s. 1).

2 W decyzji z dnia 3 czerwca 1999 r. Komisja uznała, że koncentracja budziła poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem i postanowiła wszcząć postępowanie w sprawie szczegółowego badania zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 4064/89.

3 W dniu 9 lipca 1999 r. Komisja skierowała do skarżącej pismo w sprawie przedstawienia zarzutów zgodnie z art. 18 rozporządzenia nr 4064/89, w którym wskazała powody, dla których uznała prima facie, że planowana transakcja stworzyłaby zbiorową pozycję dominującą na brytyjskim rynku zagranicznych wyjazdów pakietowych do niedalekich miejsc. Skarżąca odpowiedziała na to pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w dniu 25 lipca 1999 r.

4 W dniu 6 września 1999 r. Komisja wezwała zainteresowane osoby trzecie do wyrażenia opinii w przedmiocie szeregu proponowanych zobowiązań przedstawionych przez skarżącą, którym ta ostatnia nadała formalny charakter w dniu 7 września 1999 r. Te osoby trzecie miały odpowiedzieć do dnia 8 września 1999 r., a ich odpowiedzi nie pozwoliły Komisji pozbyć się jej obaw.

5 W dniu 9 września 1999 r. większość członków Komitetu Doradczego ds. Koncentracji stwierdziła, że zobowiązania przedstawione przez skarżącą nie są w stanie usunąć problemów dotyczących konkurencji zidentyfikowanych w tej fazie przez Komisję.

6 Wspomniane zobowiązania zostały przedstawione w terminie trzech miesięcy od wszczęcia postępowania w sprawie szczegółowego badania przewidzianego w art. 18 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 447/98 z dnia 1 marca 1998 r. w sprawie zgłoszeń, terminów i przesłuchań przewidzianych w rozporządzeniu nr 4064/89 (Dz.U. L 61, s. 1) celem umożliwienia zainteresowanym przedsiębiorstwom przedłożenia Komisji zobowiązań, które zgodnie z ich wolą miałyby zostać uwzględnione w decyzji opartej na art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89. Wspomniany termin trzech miesięcy upływał w dniu 7 września 1999 r.

7 W dniu 14 września 1999 r. skarżąca zgłosiła Komisji nową grupę propozycji zobowiązań inspirowanych poprzednimi. W dniu 15 września 1999 r. miało miejsce zebranie w Komisji służące przedyskutowaniu tych propozycji, po którym skarżąca przedstawiła Komisji wiążącą, skorygowaną propozycję zobowiązań.

8 W dniu 16 września 1999 r. skarżąca wniosła o przedłużenie terminu trzech miesięcy przewidzianego w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98, które może zostać w wyjątkowych okolicznościach przyznane przez Komisję. W niniejszym przypadku skarżąca podniosła trzy wyjątkowe okoliczności tytułem tego przepisu: trudności związane ze znalezieniem odpowiedniego rozwiązania; prowadzenie konstruktywnego dialogu w trakcie postępowania administracyjnego; zmianę składu Komisji w tym czasie.

9 W dniu 22 września 1999 r., to znaczy na 15 dni przed końcem 4-miesięcznego terminu od wszczęcia postępowania w sprawie szczegółowego badania przewidzianego w art. 10 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 jako termin maksymalny do wydania decyzji na podstawie art. 8 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 — który kończył się w dniu 5 października 1999 r. — Komisja uznała tę koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz z porozumieniem EOG w drodze decyzji 2000/276/WE (Sprawa IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (Dz.U. 2000, L 93, s. 1, zwanej dalej „decyzją w sprawie Airtours").

10 Komisja wskazuje w motywie 193 decyzji w sprawie Airtours, że przedsiębiorstwo to przedstawiło zobowiązania w bardzo późnej fazie postępowania (w dniu 15 września 1999 r.). Stwierdza ona tam również, że zobowiązania te nie zawierały żadnego elementu, którego skarżąca nie mogłaby zawrzeć w zobowiązaniu przedstawionym w terminie trzech miesięcy przewidzianym w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98, że skarżąca nie podała żadnego powodu, który można by uznać za „wyjątkową okoliczność" mogącą skutkować przedłużeniem tego terminu trzech miesięcy w rozumieniu ww. przepisu, oraz że ona sama nie dysponowała już wystarczającym czasem, by zbadać te zobowiązania w zadowalający sposób.

11 Skarżąca wniosła skargę o stwierdzenie nieważności decyzji w sprawie Airtours. Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie T-342/99 Airtours przeciwko Komisji, Rec. s. II-2585, zwanym dalej „wyrokiem w sprawie Airtours", Sąd stwierdził nieważność tej decyzji, uznając za uzasadniony zarzut trzeci, który dotyczył zgodności z prawem dokonanej przez Komisję oceny skutków koncentracji Airtours/First Choice dla konkurencji na wspólnym rynku, przy czym nie uznał za konieczne zbadania zarzutu czwartego, który dotyczył zgodności z prawem dokonanej przez Komisję oceny zobowiązań przedstawionych w trakcie postępowania administracyjnego.

Przebieg postępowania i żądania stron

12 Pismem złożonym w dniu 18 czerwca 2003 r. skarżąca wniosła niniejszą skargę.

13 Postanowieniem z dnia 22 lipca 2003 r. sprawa została przydzielona składowi powiększonemu.

14 Postanowieniem z dnia 13 listopada 2003 r. Republika Federalna Niemiec została dopuszczona do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.

15 Pismem z dnia 22 marca 2004 r. Komisja wniosła do Sądu, aby zażądał od skarżącej, by ta zagwarantowała ewentualną zapłatę kosztów poniesionych przez Komisję w kwocie 1,5 mln EUR. Sąd poinformował Komisję, że nie ma podstawy prawnej dla takiej gwarancji.

16 Pismem z dnia 14 lipca 2004 r. skarżąca wniosła do Sądu o zarządzenie środków organizacji postępowania celem doręczenia jej sprawozdania grupy roboczej utworzonej przez Komisję w celu zbadania skutków ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, jak również dokumentów, które są w nim wymienione. Pismem z dnia 9 grudnia 2004 r. Komisja przedłożyła uwagi do tego wniosku, wskazując, iż dokumenty te mogły być przedmiotem wniosku złożonego na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. L 145, s. 43).

17 Po złożeniu takiego wniosku o dostęp do dokumentów skarżąca ponownie wniosła do Sądu pismem z dnia 9 stycznia 2006 r. o zarządzenie środków organizacji postępowania w ramach niniejszego postępowania, w szczególności celem zarządzenia ujawnienia przez Komisję sprawozdania grupy roboczej i związanych z nim dokumentów. W piśmie tym skarżąca zaproponowała również ograniczenie kwestii oceny szkód, o których naprawienie wniosła, do okresu trzech lat między decyzją w sprawie Airtours a ww. w pkt 11 wyrokiem w sprawie Airtours. Pismem z dnia 17 lutego 2006 r. Komisja przestawiła uwagi do tego drugiego wniosku.

18 Jednocześnie decyzjami z dnia 5 września i 12 października 2005 r. Komisja odmówiła przyznania skarżącej dostępu na podstawie rozporządzenia nr 1049/2001 r. do niektórych dokumentów przygotowawczych dotyczących decyzji w sprawie Airtours oraz do dokumentów sporządzonych przez jej służby w następstwie stwierdzenia nieważności tej decyzji ww. w pkt 11 wyrokiem w sprawie Airtours. Skarżąca wniosła skargę o stwierdzenie nieważności tych decyzji (sprawa T-403/05 MyTravel Group przeciwko Komisji).

19 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (trzecia izba w składzie powiększonym) postanowił otworzyć procedurę ustną i w ramach środków organizacji postępowania strony zostały wezwane do udzielenia odpowiedzi na szereg pytań.

20 Pismem Republiki Federalnej Niemiec z dnia 25 lutego 2008 r. oraz pismami skarżącej i Komisji z dnia 14 marca 2008 r. strony udzieliły odpowiedzi na pytania Sądu.

21 Strony przedstawiły swoje stanowiska oraz udzieliły odpowiedzi na pytania Sądu podczas rozprawy, która odbyła się w dniach 29 kwietnia i 20 maja 2008 r.

22 Podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. Sąd nakazał Komisji, na podstawie art. 65 lit. b) i art. 67 § 3 akapit trzeci regulaminu, aby dostarczyła wszystkie znajdujące się w jej posiadaniu dokumenty dotyczące oceny zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r., które zostały sporządzone między tą datą a dniem wydania decyzji w sprawie Airtours, to znaczy dniem 22 września 1999 r.

23 Komisja odpowiedziała na to żądanie, przedstawiając dwa dokumenty podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. oraz liczne inne dokumenty po jej odbyciu.

24 W terminie przewidzianym w tym celu przez Sąd skarżąca przedstawiła swoje uwagi w przedmiocie różnych dokumentów dostarczonych przez Komisję na żądanie Sądu.

25 Skarżąca wniosła pierwotnie do Sądu między innymi o zasądzenie od Wspólnoty na jej rzecz zapłaty kwoty 517 900 000 funtów szterlingów (GBP) tytułem naprawienia następujących szkód: utracone zyski First Choice, utracone oszczędności związane z efektem synergii oraz koszty związane z niezrealizowaną ofertą, po odliczeniu kosztów związanych z ofertą w przypadku jej powodzenia.

26 Ta część żądań została zmodyfikowana w trakcie postępowania przed Sądem po uwzględnieniu w szczególności informacji dostarczonych w replice na odpowiedź na skargę, w piśmie do Sądu z dnia 9 stycznia 2006 r. (zob. pkt 17 powyżej) i podczas rozprawy w dniu 20 maja 2008 r. w obecności ekspertów powołanych przez skarżącą i Komisję.

27 Skarżąca wnosi ostatecznie do Sądu o:

— zasądzenie od Wspólnoty zapłaty na jej rzecz kwoty ustalonej przez Sąd w ramach jego swobodnej oceny okoliczności przedstawionych przez strony tytułem naprawienia szkód poniesionych w okresie między wydaniem decyzji w sprawie Airtours (22 września 1999 r.) a chwilą, gdy co do zasady mogła ona nabyć First Choice w następstwie wyroku w sprawie Airtours (określoną na dzień 31 października 2002 r.);

— stwierdzenie, że odsetki należą się w odniesieniu do ww. odszkodowania począwszy od daty wydania wyroku stwierdzającego obowiązek naprawienia szkody w tej sprawie, według stopy 8% rocznie lub według innej stopy, którą Sąd może ustalić w ramach przysługującej mu swobodnej oceny;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

28 Komisja, popierana przez Republikę Federalną Niemiec, wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

A — *Rozważania wstępne w przedmiocie przesłanek powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty*

29 Na wstępie Sąd uważa za wskazane zbadać argumenty stron dotyczące przesłanek powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty, a konkretniej przesłanki bezprawnego zachowania instytucji wspólnotowych, która wymaga wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom oraz istnienia domniemanej symetrii między skargą o stwierdzenie nieważności a skargą o stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej.

1. *Ogólna argumentacja stron*

30 Strony są zgodne w zakresie definicji przesłanek powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty, odwołują się one do wyroku Trybunału z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie C-352/98 P Bergarderm i Goupil przeciwko Komisji, Rec. s. I-5291, zwanego dalej „wyrokiem w sprawie Bergaderm", lecz spierają się o znaczenie przesłanki dotyczącej identyfikacji „bezprawnego zachowania" w przypadku wydania wyroku stwierdzającego nieważność, jak również o znaczenie, jakie należy przypisać uchybieniom zidentyfikowanym przez Sąd w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours w ramach niniejszej sprawy.

a) W przedmiocie pojęcia wystarczająco istotnego naruszenia

31 Skarżąca podnosi tytułem głównym, że wystarczająco istotne naruszenie normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom wymagane w dziedzinie odpowiedzialności umownej można zrównać z oczywistym błędem w ocenie ustalonym w wyroku stwierdzającym nieważność. W tej sytuacji Sąd uwzględnił w należyty sposób uznanie Komisji, gdy zdecydował się stwierdzić nieważność decyzji w sprawie Airtours z powodu błędów popełnionych przez tę instytucję, i ocena ta winna wystarczyć sama w sobie dla stwierdzenia istnienia bezprawnego zachowania na podstawie art. 288 WE.

32 Komisja, popierana przez Republikę Federalną Niemiec, odrzuca ten argument opierający się na symetrii między skargą o stwierdzenie nieważności a skargą o stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej, twierdząc, iż wyrok stwierdzający nieważność nie wystarcza dla stwierdzenia wystarczająco istotnego naruszenia w rozumieniu ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm.

b) W przedmiocie pojęcia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom

33 Aby uzasadnić istnienie wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom w rozumieniu ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm, skarżąca powołuje się zasadniczo na art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, który określa kryteria, zgodnie z którymi Komisja powinna uznać koncentrację za zgodną lub niezgodną ze wspólnym rynkiem. Przepis ten przyznaje uprawnienia jednostkom w rozumieniu ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm w zakresie, w jakim decyzje wydane na tej podstawie zgodnie z art. 8 rozporządzenia nr 4064/89 dotyczą zgłoszonej koncentracji. W braku decyzji o zgodności ze strony Komisji przedsiębiorstwo, które zgłosiło daną koncentrację, nie może jej dokonać, co ogranicza jego swobodę przedsiębiorczości. Rozporządzenie nr 4064/89 należy rozpatrywać w kontekście traktatu WE, który opiera się na liberalizmie gospodarczym i zmierza do popierania integracji wspólnego rynku. Ponadto skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna działać zgodnie z zasadą dobrej administracji oraz obowiązkiem staranności, które przyznają uprawnienia jednostkom.

34 Komisja utrzymuje, że art. 2 rozporządzenia nr 4064/89 sam w sobie nie jest normą prawa służącą ochronie jednostek, lecz przepisem prawa wyrażającym kryteria, na których podstawie dana koncentracja ma być uznana za zgodną lub niezgodną ze wspólnym rynkiem w interesie konsumentów. Zapewnieniu ochrony jednostek służą te reguły, które — jak obowiązek staranności — regulują zachowanie Komisji w ramach stosowania reguł podobnych do tej z art. 2 rozporządzenia nr 4064/89.

2. *Ocena Sądu*

35 Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, stwierdzenie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty w rozumieniu art. 288 akapit drugi WE z tytułu bezprawnego zachowania

jej organów jest podporządkowane łącznemu spełnieniu wszystkich przesłanek, a mianowicie: niezgodnego z prawem zachowania zarzucanego instytucji, rzeczywistego charakteru szkody oraz istnienia związku przyczynowego między zarzucanym zachowaniem a powoływaną szkodą (wyrok Trybunału z dnia 29 września 1982 r. w sprawie 26/81 Oleifici Mediterranei przeciwko EWG, Rec. s. 3057, pkt 16; wyrok Sądu z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-383/00 Beamglow przeciwko Parlamentowi i in., Zb.Orz. s. II-5459, pkt 95).

36 Zatem, jeśli jedna z tych przesłanek nie jest spełniona, żądania odszkodowawcze należy oddalić bez konieczności badania dwóch pozostałych przesłanek (wyrok Trybunału z dnia 15 września 1994 r. w sprawie C-146/91 KYDEP przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. I-4199, pkt 81; wyrok Sądu z dnia 20 lutego 2002 r. w sprawie T-170/00 Förde-Reederei przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. II-515, pkt 37).

a) W przedmiocie pojęcia wystarczająco istotnego naruszenia

37 W przypadku gdy — jak w niniejszej sprawie — jako podstawę skargi odszkodowawczej powołuje się niezgodność z prawem aktu prawnego, to aby mógł on prowadzić do powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty, powinien on stanowić wystarczająco istotne naruszenie normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom. Kryterium decydującym w tym zakresie jest oczywiste i poważne naruszenie przez instytucję wspólnotową granic przysługującego jej uznania [ww. w pkt 30 wyrok w sprawie Bergaderm, pkt 42, 43; wyrok Trybunału z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-282/05 P Holcim (Deutschland) przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2941, pkt 47].

38 System wypracowany przez Trybunał w zakresie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty uwzględnia między innymi złożoność sytuacji, które podlegają uregulowaniu, trudności w stosowaniu czy interpretacji określonych aktów, a w szczególności zakres uznania przysługującego podmiotowi, który wydał zakwestionowany akt [ww.

w pkt 30 wyrok w sprawie Bergaderm, pkt 40; ww. w pkt 37 wyrok w sprawie Holcim (Deutschland) przeciwko Komisji, pkt 50].

39 Jeżeli dana instytucja dysponuje znacznie ograniczoną swobodą uznania bądź nie ma takiej swobody, każde naruszenie prawa wspólnotowego może być wystarczające dla stwierdzenia wystąpienia wystarczająco istotnego naruszenia prawa wspólnotowego [ww. w pkt 30 wyrok w sprawie Bergaderm, pkt 44; ww. w pkt 37 wyrok w sprawie Holcim (Deutschland) przeciwko Komisji, pkt 47]. Podobnie jest, w przypadku gdy pozwana instytucja stosuje w sposób stanowiący nadużycie właściwe przepisy materialne lub proceduralne (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 14 lipca 1967 r. w sprawach połączonych 5/66, 7/66 i od 13/66 do 24/66 Kampffmeyer i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 317, 339, 340).

40 W następstwie zarządzenia przez Sąd środka organizacji postępowania, w którego ramach strony postępowania zostały wezwane do rozważenia wpływu wyroku z dnia 11 lipca 2007 r. w sprawie T-351/03 Schneider Electric przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2237 (będącego przedmiotem odwołania w sprawie C-440/07 P Komisja przeciwko Schneider Electric) na niniejszą sprawę w świetle w szczególności zasad ustanowionych w ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm, strony przyznały, że z orzecznictwa wynika, iż pojęcie wystarczająco istotnego naruszenia nie obejmuje błędów lub zawinień, które — nawet jeśli przedstawiają pewien stopień istotności — nie wykraczają poza zakres normalnego zachowania instytucji zobowiązanej do dbania o stosowanie reguł konkurencji, które są złożone, delikatne i podlegają szerokiej swobodzie interpretacyjnej.

41 W odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd w tej kwestii podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. skarżąca również oświadczyła, że okoliczność, iż Sąd stwierdził nieważność decyzji w sprawie Airtours — uznając, iż prospektywna analiza sytuacji konkurencji, która została w niej przedstawiona, nie opierając się bynajmniej na solidnych dowodach, była obarczona błędami w ocenie odnoszącej się do czynników istotnych dla oceny ewentualnego stworzenia zbiorowej pozycji dominującej — nie była sama w sobie wystarczająca dla powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty, ponieważ w orzecznictwie dotyczącym skarg o odszkodowanie wymagane są również inne kryteria.

42 Gdyby przyznać, że jest inaczej, zrównując tym samym bez żadnej dalszej analizy stwierdzenie nieważności, które nastąpiło w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, z wystarczająco istotnym naruszeniem prawa w rozumieniu ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm, zdolność Komisji do wykonywania w pełni funkcji regulatora konkurencji, jaką jej powierza traktat WE, byłaby zagrożona z uwagi na skutek hamujący kontrolę koncentracji, jaki mógłby wynikać z ryzyka konieczności pokrycia szkód podnoszonych przez zainteresowane przedsiębiorstwa w takich okolicznościach.

43 Aby uwzględnić taki skutek, który jest sprzeczny z ogólnym interesem wspólnotowym, uchybienia prawnemu obowiązkowi, które — jakkolwiek należałoby nad nim ubolewać — może zostać wytłumaczone obiektywnymi ograniczeniami, jakie ciążą na instytucji i jej urzędnikach w dziedzinie przepisów regulujących kontrolę koncentracji, nie można uznać za stanowiące wystarczająco istotne naruszenie prawa wspólnotowego do celów powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty. Natomiast prawo do naprawienia szkód, które wynikają z zachowania instytucji, przysługuje, w przypadku gdy przejawia się ono w akcie oczywiście sprzecznym z przepisem prawa i rażąco szkodliwym dla interesów osób trzecich i nie może być ani uzasadnione, ani wytłumaczone szczególnymi ograniczeniami, jakie ciążą w obiektywny sposób na służbie w ramach jej normalnego funkcjonowania.

b) W przedmiocie norm prawnych przyznających uprawnienia jednostkom

44 Po pierwsze, celem wykazania prawa do odszkodowania skarżąca powołuje się na naruszenie przez Komisję przepisów prawa materialnego zastosowanych przez Komisję w decyzji w sprawie Airtours.

45 Z jednej strony chodzi o art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, zgodnie z którym „[k]oncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego [której] skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem". Gdy kryterium to

jest spełnione, Komisja powinna wydać decyzję na podstawie art. 8 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 celem uznania takiej koncentracji za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

46 Z drugiej strony chodzi o art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89, zgodnie z którym „[k]oncentrację, która nie stwarza lub nie umacnia pozycji dominującej, w wyniku czego [której] skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za zgodną ze wspólnym rynkiem". Gdy kryterium to jest spełnione, Komisja powinna wydać decyzję na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 celem uznania takiej koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem. Decyzji tej mogą towarzyszyć ewentualnie warunki i obowiązki, które mają zapewnić, iż zainteresowane przedsiębiorstwa będą przestrzegać zobowiązań, jakie podjęły one względem Komisji celem uczynienia koncentracji zgodną ze wspólnym rynkiem.

47 Podobnie jak art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89, który dotyczy decyzji w sprawie zezwolenia, art. 2 ust. 3 tego rozporządzenia, który dotyczy decyzji w sprawie zakazu, należy interpretować w świetle art. 2 ust. 1 tego rozporządzenia, który wskazuje elementy, jakie Komisja powinna konkretnie uwzględnić celem dokonania oceny zgodności lub niezgodności koncentracji o wymiarze wspólnotowym ze wspólnym rynkiem.

48 Celem tych przepisów, rozpatrywanych łącznie, jest przyznanie uprawnień jednostkom w tym sensie, że w przypadku zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 Komisja jest co do zasady zobowiązana zająć stanowisko, bądź zezwalając na tę transakcję, bądź zakazując jej, w zależności od jej oceny konsekwencji gospodarczych wynikających z danej koncentracji, których prawdopodobieństwo jest najwyższe. I tak, jeśli przesłanki wskazane w art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 są spełnione, przedsiębiorstwu, które zgłosiło koncentrację o wymiarze wspólnotowym, przysługuje

prawo do uzyskania stwierdzenia zgodności tej transakcji ze wspólnym rynkiem. Przedsiębiorstwo to nie może jednak wykonać tej transakcji, nie uzyskawszy zezwolenia Komisji (zob. art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89), a decyzja w sprawie zakazu wydana na podstawie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 powoduje istotne konsekwencje. Taka interwencja Wspólnoty w obrót gospodarczy, która wymaga, by dane przedsiębiorstwo uzyskało zezwolenie przed wykonaniem planowanej koncentracji, i która zobowiązuje Komisję do zakazania jej realizacji, jeśli okaże się ona niezgodna ze wspólnym rynkiem, oznacza niechybnie, że przedsiębiorstwa, którym odmówiono zezwolenia, mogą żądać odszkodowania z tytułu szkodliwych skutków takiej decyzji, jeśli się okaże, iż opiera się ona na wystarczająco istotnym naruszeniu przepisów materialnych zastosowanych przez Komisję w celu dokonania oceny zgodności danej koncentracji ze wspólnym rynkiem.

49 Po drugie, skarżąca powołuje się na obowiązek staranności celem wykazania istnienia bezprawnego zachowania Komisji. W tym zakresie wystarczy zauważyć, że ustalenie istnienia nieprawidłowości, których nie dopuściłby się w podobnych okolicznościach organ administracyjny w zwykły sposób rozważny i staranny, pozwala na uznanie, iż zachowanie instytucji jest bezprawne i powoduje powstanie odpowiedzialności Wspólnoty na podstawie art. 288 WE (wyroki Sądu: z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 i T-225/99 Comafrica i Dole Fresh Fruit Europe przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1975, pkt 134; z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie T-285/03 Agraz i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1063, pkt 40, utrzymany w mocy na skutek odwołania wyrokiem Trybunału z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-243/05 P Agraz i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10833). Ten ochronny charakter obowiązku staranności w stosunku do jednostek, który nakłada na właściwą instytucję, w przypadku gdy przysługuje jej uznanie, obowiązek starannego i bezstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności danej sprawy, został uznany w orzecznictwie, w tym w ramach skarg o odszkodowanie (wyrok Trybunału z dnia 21 listopada 1991 r. w sprawie C-269/90 Technische Universität München, Rec. s. I-5469, pkt 14; wyrok Sądu z dnia 18 września 1995 r. w sprawie T-167/94 Nölle przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. II-2589, pkt 73–76; postanowienie Sądu z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-369/03 Arizona Chemical i in. przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. II-5839, pkt 88; ww. wyrok w sprawie Agraz i in. przeciwko Komisji, pkt 49; zob. również wyrok Sądu z dnia 9 lipca 1999 r. w sprawie T-231/97 New Europe Consulting i Brown przeciwko Komisji, Rec. s. II-2403, pkt 37–45, który odwołuje się do zasady dobrej administracji).

50 Z powyższego wynika, że art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 w związku z art. 2 ust. 1, 2 oraz art. 8 ust. 2, 3 tego rozporządzenia, jak również obowiązek staranności zawierają normy prawne, których celem jest przyznanie uprawnień przedsiębiorstwom, których dotyczy decyzja zakazująca realizacji koncentracji.

51 W świetle tych właśnie zasad należy zbadać, czy niezgodność z prawem decyzji w sprawie Airtours, której nieważność została stwierdzona ww. w pkt 11 wyrokiem w sprawie Airtours, może rodzić odpowiedzialność pozaumowną Wspólnoty z powodu wystarczająco istotnego naruszenia przepisów materialnych i proceduralnych, na które może się powołać przedsiębiorstwo, które wnosi o zezwolenie na koncentrację. Należy w tym zakresie rozróżnić twierdzenia dotyczące istnienia wystarczająco istotnego naruszenia w fazie oceny przez Komisję skutków koncentracji dla konkurencji i twierdzenia dotyczące istnienia wystarczająco istotnego naruszenia w fazie analizy zobowiązań zaproponowanych w trakcie postępowania administracyjnego.

B — *W przedmiocie istnienia „wystarczająco istotnego naruszenia" w fazie oceny przez Komisję skutków koncentracji Airtours/First Choice dla konkurencji na wspólnym rynku*

1. *Argumenty stron*

52 Skarżąca utrzymuje, że bezprawne zachowanie wymagane w orzecznictwie zgodnie z wyrokiem w sprawie Bergaderm wynika z ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, który wskazuje na stopień, w jakim zachowanie Komisji odpowiada wystarczająco istotnemu naruszeniu. Wydając decyzję w sprawie Airtours, Komisja dopuściła się wystarczająco istotnego naruszenia, aby powstała odpowiedzialność Wspólnoty na podstawie art. 288 akapit drugi WE z powodu oczywistego i poważnego naruszenia granic uznania przysługującego jej na mocy art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, jak również generalnego obowiązku staranności. Te dwie odrębne podstawy są nierozerwalnie związane i wyrażają się w jednej kwestii, a mianowicie, czy oceniając

zgodność koncentracji Airtours/First Choice ze wspólnym rynkiem, Komisja wywiązała się w sposób wymagany prawem ze swoich zadań i ze swych obowiązków jako organ właściwy w sprawach konkurencji.

53 Na poparcie tej argumentacji skarżąca wyróżnia dwa rodzaje błędów w rozumowaniu przyjętym w celu dokonania oceny skutków koncentracji. Po pierwsze, skarżąca podnosi, że Komisja nie wykazała się poziomem kompetencji koniecznym w dziedzinie kontroli koncentracji, który wymaga co najmniej znajomości właściwego prawa i zidentyfikowania elementów wystarczających dla zrozumienia sytuacji konkurencji oraz dla scharakteryzowania zbiorowej pozycji dominującej. Skarżąca kwalifikuje uchybienia Komisji w tej fazie jako błędy pierwszego stopnia (zob. pkt 54–71 poniżej). Po drugie, skarżąca utrzymuje, że ich wagę zwiększają oraz potwierdzają bardzo liczne błędy drugiego stopnia związane z okolicznością, iż Komisja nie uwzględniła dostarczonych dowodów i nie uzasadniła w należyty sposób decyzji w sprawie Airtours. Owe błędy drugiego stopnia, same w sobie lub w powiązaniu z błędami pierwszego stopnia, wskazują, że Komisja w oczywisty sposób okazała się niekompetentna w zakresie oceny właściwych dowodów i że pominęła te dowody, jako że podważały one teorię, którą sama rozwinęła (zob. pkt 72, 73 poniżej).

a) W przedmiocie obowiązku uznania ograniczonego zakresu zastosowania art. 2 rozporządzenia nr 4064/89

54 Jeśli chodzi o właściwe prawo, skarżąca podkreśla, że w skardze o stwierdzenie nieważności podniosła, iż decyzja w sprawie Airtours opierała się co najmniej w części na jednostronnych skutkach, co stanowiło jej zdaniem nieprawidłową wykładnię art. 2 rozporządzenia nr 4064/89 oraz oczywiste naruszenie granic uznania, jakim dysponowała Komisja w zakresie stosowania tego przepisu.

55 Komisja przypomina, że decyzja w sprawie Airtours opierała się na ocenie zbiorowej pozycji dominującej, a nie na teorii jednostronnych skutków. Jej zdaniem dla niniejszej skargi o odszkodowanie nie ma wielkiego znaczenia, czy teoria jednostronnych skutków mogła być stosowana w ramach art. 2 rozporządzenia nr 4064/89.

b) W przedmiocie obowiązku określenia sytuacji na rynku w braku koncentracji

56 Jeśli chodzi o analizę faktyczną skutków koncentracji dla konkurencji, skarżąca utrzymuje, że Komisja poważnie naruszyła przysługujące jej uznanie, nie wskazując, jaka była sytuacja konkurencji przed realizacją planowanej koncentracji, co stanowi przecież punkt wyjścia dla analizy skutków koncentracji dla konkurencji (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 84). Uchybienie przez Komisję obowiązkowi zajęcia stanowiska w tej kwestii spowodowało nieskuteczność całej decyzji w sprawie Airtours (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 75). Komisja zmierzała w ten sposób do twierdzenia, że zmiany na rynku w trakcie 18 miesięcy, które nastąpiły po opublikowaniu wniosków sprawozdania Monopolies and Mergers Commision, jednego z organów ds. konkurencji w Zjednoczonym Królestwie, były tak istotne, że pozbawiły wszelkich podstaw wnioski tego sprawozdania, zgodnie z którymi rynek był w znacznym stopniu konkurencyjny pod koniec 1997 r. (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 96–108).

57 Komisja wskazuje, że zbadała zmiany, jakie nastąpiły na rynku biur podróży w Zjednoczonym Królestwie między 1997 r., gdy zostało opublikowane sprawozdanie Monopolies and Mergers Commisson, a 1999 r., gdy została zgłoszona koncentracja. Podkreśla ona, że doszła do wniosku, iż stopień koncentracji znacznie wzrósł, opierając ten wniosek na dowodach pochodzących od zainteresowanych osób trzecich, co wpłynęło na ocenę skutków koncentracji. Jednakże Komisja podnosi, że w decyzji w sprawie Airtours zajęła stanowisko, iż nie istniała pozycja dominująca przed koncentracją, jak to stwierdził Sąd w pkt 88 ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, choć w pkt 75 tego wyroku skrytykował „enigmatyczny" charakter opisu tego stanowiska. Zdaniem Komisji należało zatem wykazać stworzenie takiej pozycji, a nie jej wzmocnienie. Nikt nie kwestionował również potrzeby zidentyfikowania sytuacji na

rynku, jaka powstałaby, gdyby nie doszło koncentracji. Kwestią do rozstrzygnięcia było jedynie to, czy istniała już tendencja do dominacji zbiorowej, w którym to przypadku koncentracja powodowałaby ryzyko zaburzenia kruchej równowagi, a w związku z tym znacznego ograniczenia zasięgu skutecznej konkurencji. Błąd Komisji nie polegał zatem na niezrozumieniu sytuacji na rynku, lecz jedynie na uznaniu, iż różne aspekty sytuacji istniejącej na rynku rozważone w sposób globalny, to znaczy cechy rynku opisane w motywach 87–126 decyzji w sprawie Airtours, mogły sprzyjać stworzeniu zbiorowej pozycji dominującej w następstwie koncentracji.

c) W przedmiocie obowiązku wykazania przesłanek milczącej zmowy

58 Skarżąca przypomina, że dla wykazania stworzenia zbiorowej pozycji dominującej Komisja powinna zbadać, czy były spełnione trzy przesłanki zdefiniowane w pkt 62 ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, a mianowicie: po pierwsze, możliwość dowiedzenia się przez każdego z członków oligopolu dominującego, czy inni członkowie postępują zgodnie ze wspólną linią działania, co jest uzależnione od istnienia wystarczającej przejrzystości rynku; po drugie, trwałość w czasie takiej milczącej koordynacji, co zakłada istnienie zachęty do nieodstępowania od wspólnej linii działania; po trzecie, przewidywalna reakcja konkurentów i konsumentów obecnych i przyszłych, którzy nie byliby w stanie podważyć tej wspólnej linii działania. Natomiast liczne elementy przytoczone przez Komisję w decyzji w sprawie Airtours dla wykazania istnienia tych przesłanek opierały się na błędnej ocenie okoliczności faktycznych.

59 Komisja wyjaśnia, że rozpatrzyła różne przesłanki wskazane przez skarżącą, jak to wynika z motywu 87 decyzji w sprawie Airtours, który wymienia omawiane elementy. Jej znajomość przesłanek niezbędnych do stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej nie jest zatem tutaj kwestią sporną.

W przedmiocie niestabilności udziałów w rynku

60 Skarżąca podkreśla, że zmiany udziałów w rynku są elementem istotnym dla oceny Komisji (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 111). W niniejszym przypadku skarżąca podnosi, że trudność polegała na tym, iż udziały w rynku różnych podmiotów obecnych na rynku właściwym były w znacznym stopniu niestabilne w przeszłości, co mogło sugerować, iż na rynku tym nie istniała zbiorowa pozycja dominująca. Okoliczność ta nie została zaś uwzględniona w decyzji w sprawie Airtours, gdyż Komisja prawdopodobnie uznała, iż nie pasuje ona do jej tezy.

61 Komisja podnosi, że znaczna niestabilność udziałów w rynku wynika z uwzględnienia transakcji nabycia zrealizowanych przez określone podmioty gospodarcze. Natomiast udziały w rynku byłyby bardzo stabilne, gdyby wykluczyć te transakcje nabycia. Komisja podkreśla, iż w decyzji w sprawie Airtours uznała, że rozmiar wewnętrznego wzrostu był najbardziej istotnym kryterium do celów oceny istnienia zachęty do paralelnego zachowania oligopolistycznego, bowiem jeśli istnieje mała szansa na powiększenie udziału w rynku poprzez zwiększenie zdolności, przyjęcie zachowania paralelnego jest bardziej prawdopodobne. Analiza ta nie została utrzymana przez Sąd, który stwierdził, iż Komisja nie wykazała, dlaczego możliwość konkurowania poprzez nabywanie była pozbawiona znaczenia. Nie oznacza to jednak, że analiza ta opierała się na oczywistym nieuwzględnieniu dowodów uzyskanych w ramach postępowania administracyjnego, jako że niektóre z tych dowodów wskazywały, iż perspektywy nabywania były ograniczone po 1998 r.

W przedmiocie niestabilności popytu

62 Skarżąca podkreśla, że stabilność popytu jest czynnikiem sprzyjającym stworzeniu pozycji dominującej (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 139). Niemniej kwestia ta została pominięta w motywie 97 decyzji w sprawie Airtours, w której Komisja wskazała, że niestabilność popytu czyniła rynek bardziej podatnym na stworzenie zbiorowej pozycji dominującej. Dopiero w trakcie rozprawy w ramach skargi

o stwierdzenie nieważności Komisja przyznała, iż teoria ekonomiczna miała takie znaczenie, jakie jej przypisano w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, oraz bezskutecznie starała się bronić swojej tezy, powołując się na szczególne okoliczności niniejszej sprawy. Nie jest to stanowisko prawidłowe. Jeśli znaczenie teorii ekonomicznej było niezgodne z podejściem zastosowanym przez Komisję w decyzji w sprawie Airtours, to miała ona obowiązek przedstawić — na poparcie swojego stanowiska — spójną tezę popartą możliwą do obrony teorią ekonomiczną.

63 Komisja wskazuje, że w trakcie postępowania administracyjnego zbadała sprawozdanie Binmore'a dostarczone przez skarżącą, dotyczące znaczenia, jakie należy przypisać niestabilności popytu. Zażądała ona nawet od niej przedstawienia dodatkowych uwag w przedmiocie tego sprawozdania. Sprawozdanie to nie zostało zatem zignorowane przez Komisję, która twierdzi jednak, że nie zawierało ono danych dotyczących rynku właściwego i dotyczyło zasadniczo możliwości koordynowania cen, a nie zdolności. Komisja podkreśla również, że w sprawozdaniu tym przyznano, iż koordynacja zdolności była możliwa, lecz wyrażono wątpliwość, czy można było rzeczywiście zniechęcić biura podróży do oszukiwania.

W przedmiocie słabego wzrostu popytu

64 Skarżąca podkreśla, że słaby wzrost popytu jest elementem sprzyjającym milczącej zmowie. Wskazuje ona, że w trakcie postępowania administracyjnego stwierdziła, iż popyt rósł w przeszłości w szybszym tempie niż produkt krajowy brutto w Zjednoczonym Królestwie; że mimo krótkiego załamania w 1995 r. i w 1996 r. popyt ponownie wzrósł według głównego sprawozdania sektorowego oraz że należało spodziewać się, iż wzrost ten będzie trwał w trakcie kolejnych dwóch lat. Jednak Komisja nie uwzględniła tych elementów. Zdaniem skarżącej — jak się okazało na rozprawie przed Sądem — Komisja wolała oprzeć się na oderwanym, niedatowanym, składającym się z jednej strony wycinku sprawozdania opracowanego przez Ogilvy'ego & Mathera, którego całej treści nigdy nie widziała ani nie zbadała. Dokument ten został jej przekazany przez docelową spółkę, First Choice, która sprzeciwiała się koncentracji. Dokument ten,

cytowany selektywnie i nieściśle przez Komisję, nigdy nie został przedstawiony skarżącej celem poczynienia uwag w trakcie postępowania administracyjnego i przeczyły mu inne dowody dostarczone Komisji. Był to oczywisty przykład rażącego naruszenia generalnego obowiązku staranności.

65 Komisja przypomina, że kwestią sporną jest to, czy wzrost popytu był wystarczająco wysoki, aby wykluczyć wszelkie paralelne zachowanie po dokonaniu koncentracji. Podkreśla ona, że oceniając ten aspekt sprawy Airtours, zwróciła się do głównych podmiotów gospodarczych o podanie ich szacunków dotyczących przeszłego i przyszłego wzrostu popytu i to w tym kontekście zarzuca się jej, że nieprawidłowo zacytowała sprawozdanie Ogilvy'ego & Mathera. W tym zakresie Komisja podnosi, że stopa wzrostu rynku cytowana w tym sprawozdaniu wynosiła 3,7%, podczas gdy stopa wzrostu podana przez skarżącą na podstawie statystyk British National Travel Survey (brytyjskiego sondażu na temat podróżowania, BNTS) wynosiła 3,4%. Spór ten jest tym bardziej niezrozumiały, że uważa się, iż liczby podane przez Ogilvy'ego & Mathera opierają się na statystykach BNTS. Nie ma zatem rzeczywistego konfliktu dowodów. W każdym razie Komisja podnosi, że skarżąca nie porusza kwestii przewidywań wzrostu popytu. W tej kwestii Komisja wskazuje, że mogła oprzeć się na uwagach, jakie skarżąca przedstawiła w trakcie postępowania administracyjnego i zgodnie z którymi roczna stopa wzrostu popytu w latach 2000–2002 była oceniana na około 3,3%.

W przedmiocie przejrzystości rynku

66 Skarżąca podkreśla, że przejrzystość rynku jest zasadniczym elementem w ocenie zbiorowej pozycji dominującej, jako że w braku przejrzystości podmioty gospodarcze mają większe trudności z zawieraniem milczących porozumień oraz identyfikowaniem i karaniem tych, którzy nie przestrzegają takich porozumień (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 156, 159). Jej zdaniem w niniejszym przypadku trudność dla Komisji przedstawiała omal nieskończona różnorodność oferowanych wakacji. Taka

heterogeniczność produktu czyniła milczącą zmowę dużo trudniejszą. Napotkawszy na tę trudność w sformułowaniu tezy o milczącej koordynacji, Komisja po prostu postanowiła nie brać jej pod uwagę. Wolała ona po prostu stwierdzić, że członkowie oligopolu koordynowali zdolność, a nie cenę oraz że „znaczenie miało wyłącznie ustalenie globalnej zdolności (ilości noclegów) oferowanej przez każde z biur podróży" (motyw 91 decyzji w sprawie Airtours). Stwierdziła ona również, że skoro planowanie dotyczące kolejnego sezonu opierało się na obrocie z roku wcześniejszego, rynek był przejrzysty. Czyniąc to, Komisja pominęła dowody przedstawione w trakcie postępowania administracyjnego. Ponadto Komisja przeinaczyła analizę Sądu przeprowadzoną w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, twierdząc, iż musiała przeanalizować bardzo liczne informacje, aby wyrobić sobie zdanie w tej kwestii. Niemniej — zdaniem skarżącej — nie to stanowiło rzeczywistą trudność: Komisja po prostu odmówiła zajęcia się konkretną kwestią heterogeniczności produktu oraz złożonym charakterem procesu organizowania zdolności lub samodzielnego wykonania pracy, której podjął się Sąd, mimo jej kapitalnego znaczenia w kontekście każdej sprawy dotyczącej zbiorowej pozycji dominującej.

67 Komisja podnosi, że stwierdzenie przez Sąd, iż wniosek nie został wykazany w sposób wymagany prawem, nie oznacza, że dała ona dowód oczywistego i poważnego naruszenia ciążącego na niej obowiązku rzetelnego zbadania dowodów. W niniejszym przypadku Komisja utrzymuje, że jeśli biura podróży przyjmują zachowanie paralelne na całym rynku właściwym, powinny one być w stanie wykryć wystarczająco wcześnie każde odstępstwo od tego zachowania na tym rynku celem ukarania zachowania stanowiącego odstępstwo. Sporna przejrzystość powinna zatem dotyczyć parametru, do którego zmowa może się odnosić, to jest łącznej zdolności rynkowej, a nie rozdziału tej zdolności pomiędzy różne cele podróży, które interesują konsumentów. Centralną kwestią jest zatem to, czy istniała wystarczająca przejrzystość, aby można było wykryć anormalny wzrost zdolności wystarczająco wcześnie i aby inne biura podróży mogły zastosować środki odwetowe. W tej kwestii Komisja wskazuje, że doszła do wniosku, iż istniała wystarczająco duża ciągłość między następującymi po sobie sezonami. Dodaje ona, że o ile prawdą jest, że całkowita zdolność obejmuje ogromną ilość decyzji, o tyle decyzje te są podejmowane w odniesieniu do pakietu produktów uzależnionego od przewidywanego popytu. Zdaniem Komisji fakt znajomości wcześniejszych ofert innych podmiotów umożliwia biurom podróży szybkie stwierdzenie zmian w bieżących ofertach. Jako że pierwsze broszury są publikowane 12–15 miesięcy przed wakacjami,

decyzje w dziedzinie transportu lotniczego i w pewnym stopniu w dziedzinie zdolności hotelowych są widoczne dla wszystkich.

W przedmiocie obowiązku zbadania istnienia mechanizmu zniechęcającego

68 Skarżąca wskazuje, że nawet jeśli konieczność ustanowienia mechanizmu zniechęcającego jest uznaną podstawą do identyfikacji zbiorowej pozycji dominującej (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 192, 193), stanowisko Komisji w decyzji w sprawie Airtours jest niejasne w odniesieniu do konieczności takiego mechanizmu (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 191). Sąd oddalił również argumenty podniesione przez Komisję celem wykazania istnienia takiego mechanizmu; Komisja stara się obecnie wyjaśnić te błędy, twierdząc, iż tłumaczy je okoliczność, że ocena przejrzystości i niestabilności popytu dokonana przez Sąd nie jest taka sama, jak ta, którą przyjęła ona w decyzji w sprawie Airtours. Takie wyjaśnienie nie jest zadowalające, bowiem nie można powoływać się na błąd wcześniejszy celem usprawiedliwienia błędu późniejszego.

69 Komisja przypomina, że uwagi sformułowane w motywach 55 i 150 decyzji w sprawie Airtours w odniesieniu do konieczności „surowego mechanizmu odwetowego" dotyczyły takiego rodzaju mechanizmu, który skarżąca uważała za niezbędny, w istocie mechanizmu takiego typu, jaki można zazwyczaj spotkać raczej w kartelu niż w oligopolu. Okoliczność, że Sąd oddalił stwierdzenia Komisji dotyczące różnych zarzutów stosowania działań odwetowych (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 200–207), nie oznacza, że Komisja nie uwzględniła istotnych dla sprawy dowodów. Z motywów 148 i nast. decyzji w sprawie Airtours wynika bowiem, iż Komisja zbadała właśnie te kwestie, które podniosła skarżąca.

W przedmiocie obowiązku przypisania należytego znaczenia reakcji obecnych i potencjalnych konkurentów i konsumentów

70 Skarżąca wskazuje, że Sąd zarzucił Komisji, iż nie zbadała w sposób wymagany prawem ewentualnej reakcji małych biur podróży i innych konkurentów, jak również potencjalnych konsumentów na dokonanie koncentracji (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 213, 266, 273, 274). Komisja pominęła w tym zakresie dowody podniesione przez skarżącą w trakcie postępowania administracyjnego.

71 Komisja wskazuje, że zgodnie z decyzją w sprawie Airtours główną przeszkodą dla możliwości zareagowania przez małe biura podróży na ograniczenie zdolności narzucone przez duże biura podróży był dostęp do miejsc w samolotach. Sąd doszedł jednak do wniosku, że istniała określona liczba źródeł, które mogły zaoferować miejsca małym biurom podróży na zadowalających warunkach. Stanowi to odmienną ocenę dowodów, a nie ich pominięcie przez Komisję. To samo odnosi się również do dostępu do kanałów dystrybucji. Okoliczność, że analiza Komisji nie została zaakceptowana przez Sąd, nie wystarcza dla wykazania, że dopuściła się ona zawinionego działania lub pominęła dowody. Jeśli chodzi o potencjalnych konkurentów, to Komisja wskazuje, że jej wnioski opierały się na rozważaniach dotyczących dostępu do miejsc w samolotach i do wspomnianych kanałów dystrybucji w odniesieniu do małych biur podróży. Podobnie jest w przypadku argumentu dotyczącego nieuwzględnienia możliwej reakcji konsumentów, ponieważ zdolność konsumentów do nabywania wakacji w małych biurach podróży zależy od zdolności tych ostatnich do ich zaoferowania. Komisja ocenia, że o ile oceny te zostały uznane za błędne, o tyle jednak nie były one pozbawione rozsądnych podstaw.

d) W przedmiocie skumulowanego skutku przypadków nieuwzględnienia dowodów oraz w przedmiocie niewystarczającego uzasadnienia

72 Skarżąca wskazuje, że decyzja w sprawie Airtours zawiera szereg uchybień drugiego stopnia, które zaostrzają i potwierdzają wspomniane powyżej uchybienia. Szereg błędów, rozpatrywany globalnie, może powodować powstanie odpowiedzialności Wspólnoty z tytułu art. 288 akapit drugi WE (wyrok Sądu z dnia 28 listopada 2002 r. w sprawie T-40/01 Scan Office Design przeciwko Komisji, Rec. s. II-5043, pkt 107). I tak, jeśli chodzi o każdy aspekt argumentacji dotyczącej zbiorowej pozycji dominującej, skarżąca przedstawiła dowody, które zostały pominięte przez Komisję. W tym zakresie istnieje około 40 przypadków pominięcia tych dowodów przez Komisję. Komisja nie może twierdzić, że jej stanowisko w tych kwestiach nie było pozbawione rozsądnych podstaw. Ponadto Komisja twierdzi, że decyzja w sprawie Airtours jest wystarczająco uzasadniona, co jest twierdzeniem błędnym, jako że trzeci zarzut skargi o stwierdzenie nieważności dotyczył nie tylko naruszenia art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, lecz również naruszenia art. 253 WE. Podobnie art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej proklamowanej w dniu 7 grudnia 2000 r. w Nicei (Dz.U. 2000, C 364, s. 1) przewiduje, że z prawa do dobrej administracji wynika obowiązek uzasadniania przez organy administracji ich decyzji. W niniejszym przypadku Komisja uchybiła ciążącemu na niej obowiązkowi wskazania solidnych dowodów przemawiających za zaklasyfikowaniem decyzji w sprawie Airtours do szeregu decyzji, do których wydania jest ona uprawniona, mając na względzie przysługującą jej swobodę. Istnieją 22 przykłady takiego niewystarczającego uzasadnienia.

73 Komisja podnosi, że preferowanie określonych dowodów nie stanowi oczywistego zlekceważenia dowodów w całości ani nawet oczywistego zlekceważenia każdego z tych dowodów. Wniosek taki byłby możliwy do zaakceptowania, gdyby rezultat osiągnięty na podstawie dowodów był w jasny i oczywisty sposób sprzeczny z tymi dowodami. Komisja wskazuje w jednym z załączników do jej dupliki wszystkie dowody, które znajdowały się w jej posiadaniu i które zostały w sposób rzetelny i świadomy zbadane w trakcie postępowania administracyjnego. Ponadto Komisja twierdzi, że naruszenie art. 253 WE nie pociąga za sobą odpowiedzialności instytucji, bowiem obowiązek uzasadnienia nie stanowi normy prawnej służącej ochronie jednostek. Ponadto ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours nie zawiera żadnej oceny, która pozwalałaby na zidentyfikowanie istnienia naruszenia obowiązku uzasadnienia. Co więcej, odwołanie

się do art. 41 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie ma znaczenia dla sprawy, bowiem postanowienie to nie wskazuje, że brak uzasadnienia uzasadnia skargę o odszkodowanie.

2. *Ocena Sądu*

a) W przedmiocie argumentu dotyczącego obowiązku uznania ograniczonego zakresu zastosowania art. 2 rozporządzenia nr 4064/89

74 Na wstępie w odpowiedzi na twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym Komisja naruszyła w sposób oczywisty i poważny granice przysługującego jej uznania, odwołując się co najmniej częściowo do teorii ekonomicznej zwanej teorią jednostronnych skutków, celem uznania koncentracji Airtours/First Choice za niezgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, należy stwierdzić — podobnie jak to uczynił Sąd w pkt 49–54 ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours — że Komisja zaprzecza, jakoby przyjęła nowe podejście w tym zakresie i twierdzi, że zastosowała podejście, którego użyła już we wcześniejszych przypadkach i które zostało zaaprobowane przez Sąd w wyroku z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor przeciwko Komisji, Rec. s. II-753.

75 Mając na względzie to zaprzeczenie Komisji i w braku wystarczająco szczegółowych wskazówek ze strony skarżącej umożliwiających stwierdzenie, czy i w jakim stopniu to rzekome nowe podejście mogło mieć jakikolwiek wpływ na dokonaną przez Komisję ocenę skutków koncentracji Airtours/First Choice dla konkurencji, nie ma podstaw, by orzekać w przedmiocie zarzucanego uchybienia obowiązkowi uznania ograniczonego zakresu zastosowania art. 2 rozporządzenia nr 4064/89.

b) W przedmiocie argumentów dotyczących obowiązku określenia sytuacji na rynku, jaka zaistniałaby, gdyby nie doszło do koncentracji, oraz obowiązku wykazania przesłanek milczącej zmowy

76 Jeśli chodzi o twierdzenia skarżącej dotyczące oczywistego i poważnego naruszenia granic uznania przysługującego Komisji w ramach jej analizy koncentracji Airtours/First Choice w świetle kryteriów dotyczących stworzenia zbiorowej pozycji dominującej, należy przypomnieć, na czym polega taka analiza.

77 Zbiorowa pozycja dominująca utrudniająca w znacznym stopniu skuteczną konkurencję na wspólnym rynku lub na jego znaczącej części może wystąpić w następstwie koncentracji, gdy — ze względu na same tylko cechy rynku właściwego oraz na zmianę, jaką powoduje w jego strukturze realizacja transakcji — koncentracja ta prowadzi do tego, że każdy z uczestników dominującego oligopolu, gdy uświadomi sobie wspólne interesy, uznaje za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć na trwałe jednakową linię działania na rynku w celu sprzedawania po cenach wyższych od cen konkurencyjnych, bez konieczności zawierania porozumienia lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 81 WE, przy czym obecni lub potencjalni konkurenci bądź klienci i konsumenci nie mogą skutecznie zareagować (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 61).

78 Stworzenie zdefiniowanej w ten sposób zbiorowej pozycji dominującej wymaga spełnienia trzech przesłanek. Po pierwsze, każdy z członków dominującego oligopolu powinien mieć możliwość poznania zachowań pozostałych członków, aby sprawdzać, czy przyjęli tę samą linię postępowania. Po drugie, niezbędne jest, aby stan milczącej zmowy cechował się trwałością, co oznacza, iż musi istnieć zachęta do nieodbiegania od wspólnej linii działania na rynku. Po trzecie, aby wykazać w sposób wymagany prawem istnienie zbiorowej pozycji dominującej, Komisja winna również ustalić, że przewidywalna reakcja obecnych i potencjalnych zarówno konkurentów, jak i konsumentów nie podważy spodziewanych rezultatów wspólnej linii działania (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 62).

79 W ramach skargi o stwierdzenie nieważności Sąd doszedł do wniosku, że wobec wcześniejszych rozważań należało stwierdzić, iż Komisja w decyzji w sprawie Airtours, bynajmniej nie opierając swojej analizy prospektywnej na solidnych dowodach, popełniła szereg błędów w ocenie dotyczących elementów istotnych dla oceny ewentualnego stworzenia zbiorowej pozycji dominującej. Komisja zakazała zatem koncentracji, nie wykazawszy w sposób wymagany prawem, że koncentracja skutkowałaby zbiorową pozycją dominującą trzech dużych biur podróży, tak że mogło to stanowić poważne utrudnienie dla skutecznej konkurencji na rynku właściwym (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 294).

80 W dziedzinie odpowiedzialności umownej nie można wykluczyć co do zasady, że oczywiste i poważne uchybienia wpływające na analizę ekonomiczną leżącą u podłoża decyzji wydanej na podstawie art. 8 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 uznającej koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 2 ust. 1, 3 tego rozporządzenia mogą stanowić naruszenia wystarczająco istotne, aby powodować powstanie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty w rozumieniu orzecznictwa (zob. pkt 37–43 powyżej).

81 Z tego stwierdzenia wynika, że należy jednak uwzględnić fakt, iż analizy ekonomiczne, konieczne do zakwalifikowania sytuacji lub operacji w prawie konkurencji, są co do zasady, zarówno na płaszczyźnie okoliczności faktycznych, jak i rozumowania przeprowadzonego na podstawie ich opisu, złożonymi i trudnymi wypowiedziami intelektualnymi, do których mogą się wkraść pewne braki, takie jak przybliżenia, niespójności, a nawet pominięcia. Jest tak zwłaszcza w przypadku kontroli koncentracji, w szczególności wobec ograniczonego terminu obowiązującego instytucję. Należy bowiem wskazać, że z powodów pewności prawa związanej z koniecznością umożliwienia podmiotom gospodarczym uzyskania decyzji Komisji najszybciej jak to możliwe, aby móc dokonać koncentracji, działa ona w ramach krótkich i rygorystycznych terminów. W przypadku poważnych wątpliwości co do skutków zgłoszonej koncentracji dla konkurencji Komisja dysponuje jedynie czterema miesiącami na przeprowadzenie dochodzenia w przedmiocie tej koncentracji i uzyskanie opinii wszystkich stron zainteresowanych lub tych, których sprawa dotyczy.

82 Takie uchybienia w analizie ekonomicznej mogą wystąpić zwłaszcza wtedy, gdy — jak w przypadku kontroli koncentracji — analiza obejmuje aspekt prospektywny. Waga niedostatków logicznych lub dokumentacyjnych, w tych okolicznościach, nie zawsze stanowi okoliczność wystarczającą do powstania odpowiedzialności Wspólnoty. W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że trudność nierozerwalnie związana z aspektem prospektywnym analizy skutków koncentracji dla konkurencji w następstwie jej dokonania zwiększa jeszcze okoliczność, że badana sytuacja ekonomiczna była szczególnie złożona, ponieważ Komisja musiała ocenić ewentualne stworzenie zbiorowej pozycji dominującej o charakterze oligopolistycznym, a nie jedynie duopolistycznym, na rynku dotyczącym produktu, na który składa się sprzedaż w agencji podróży, transport lotniczy i pobyt w hotelu oraz na którym konkurencja ma miejsce raczej w zakresie zdolności niż cen.

83 Ponadto należy również przypomnieć, że Komisja dysponuje uznaniem w celu zachowania kontroli nad wspólnotową polityką konkurencji, co oznacza, że nie można od niej oczekiwać bezwzględnie stałej i niezmiennej praktyki w ramach wdrażania stosownych przepisów, a w związku z tym, że korzysta ona z pewnej swobody działania przy wyborze instrumentów ekonometrycznych, jakie ma do dyspozycji, a także przy wyborze stosownego podejścia do badania zjawiska (zob. podobnie w odniesieniu do definicji właściwego rynku, wyroki Sądu: z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways przeciwko Komisji, Rec. s. II-5917, pkt 89 i nast.; z dnia 17 września 2007 r. w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3601, pkt 482), o ile wybory te nie są oczywiście sprzeczne z przyjętymi zasadami dyscypliny ekonomicznej i są wprowadzane w życie w sposób konsekwentny.

84 Złożoność sytuacji podlegających uregulowaniu w zakresie kontroli koncentracji, trudności w stosowaniu związane z ograniczeniami czasowymi, które wiążą organ administracji w tych ramach, jak również zakres uznania przysługującego Komisji powinny zostać uwzględnione celem oceny istnienia ewentualnego wystarczająco istotnego naruszenia popełnionego przez Komisję w ramach jej analizy skutków koncentracji Airtours/First Choice dla konkurencji.

85 W związku z tym analiza Sądu w ramach skargi o odszkodowanie powinna koniecznie uwzględnić nieprzewidziane wypadki oraz trudności właściwe dla kontroli koncentracji w ogólności oraz dla złożonych struktur oligopolistycznych w szczególności. To właśnie w tym kontekście należy interpretować uznanie organu administracji w rozumieniu orzecznictwa wynikającego z ww. w pkt 30 wyroku w sprawie Bergaderm. Ocena ta jest sama w sobie bardziej wymagająca niż ta, która ma miejsce w ramach skargi o stwierdzenie nieważności, w której przypadku Sąd ogranicza się — w granicach zarzutów przedstawionych przez stronę skarżącą — do zbadania zgodności z prawem zaskarżonej decyzji celem upewnienia się, że Komisja prawidłowo oceniła różne elementy pozwalające jej uznać zgłoszoną koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem w rozumieniu art. 2 ust. 1, 3 rozporządzenia nr 4064/89. Zatem odmiennie od tego, co twierdzi skarżąca, proste błędy w ocenie oraz nieprzedstawienie właściwych dowodów stwierdzone w ramach ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours nie wystarczają same w sobie, aby wyczerpać znamiona oczywistego i poważnego naruszenia granic uznania przysługującego Komisji w dziedzinie kontroli koncentracji w sytuacji złożonego oligopolu.

86 W tym kontekście argumentacja dotycząca słabego wzrostu popytu wymaga szczególnego rozważenia, bowiem ocena Komisji opiera się w tym zakresie na niepełnej i błędnej analizie danych, które zostały jej przekazane w ramach postępowania administracyjnego i do których odnosi się ona w decyzji w sprawie Airtours (zob. pkt 64 powyżej, ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 127). Niemniej ograniczenia właściwe dla kontroli koncentracji są tego rodzaju, iż sam fakt, że Komisja zinterpretowała dokument, nie trzymając się jego dosłownej treści oraz jego znaczenia teleologicznego, mimo że postanowiła uznać go za zasadniczy dokument w ramach swej oceny, zgodnie z którą stopa wzrostu rynku była niewielka w latach 90. i taka miała pozostać (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 130), nie stanowi okoliczności wystarczającej dla powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty (zob. pkt 82 powyżej). To samo dotyczy okoliczności, że Komisja pominęła niektóre dane przedstawione w aktach sprawy, do których odsyłał omawiany tutaj dokument (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 132).

87 W niniejszym przypadku Komisja dysponowała bowiem znajdującymi się w aktach postępowania administracyjnego dowodami, które mogły ją doprowadzić do rozsądnego wniosku, iż wzrost będzie się nasilał w słabym stopniu w nadchodzących latach.

Okoliczność, że ocena przyjęta w decyzji w sprawie Airtours została podważona przez Sąd, wpisuje się w ramy sporu dotyczącego zgodności z prawem, w którym Sąd bada wnioski prawne i faktyczne, do których doszła Komisja w świetle argumentów przedstawionych przez skarżącą w jej skardze oraz dowodów przytoczonych w tej decyzji. Okoliczność ta nie oznacza jednak, że Komisja dopuściła się oczywistego i poważnego naruszenia uznania przysługującego jej w dziedzinie kontroli koncentracji, jeśli tylko — jak to ma miejsce w niniejszym przypadku — jest ona w stanie wyjaśnić powody, dla których mogła rozsądnie sądzić, że jej ocena była uzasadniona. W tym zakresie z akt postępowania administracyjnego wynika, że skarżąca sama dostarczyła Komisji dane wskazujące na słabą stopę rocznego wzrostu popytu w latach 2000–2002.

88 Jeśli chodzi o argumentację dotyczącą przejrzystości rynku, nie można zaprzeczyć, że Komisja nie uwzględniła w tym zakresie elementu kluczowego dla stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej ograniczającej konkurencję (zob. pkt 66 powyżej i ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 156–180). Niemniej, podobnie jak w przypadku wzrostu popytu, rozumowanie przedstawione w tym zakresie w decyzji w sprawie Airtours wskazuje, że choć wnioski, do których doszła Komisja, nie przekonały Sądu z tego względu, że rozumowanie to nie było wystarczająco poparte dowodami lub było źle wyjaśnione, to nie zmienia to jednak faktu, iż wydała ona rozstrzygnięcie po przeprowadzeniu uważnego badania danych dostarczonych w ramach postępowania administracyjnego. Nawet jeśli niezgodność z prawem została stwierdzona w ramach skargi o stwierdzenie nieważności, ten błąd w ocenie może być wyjaśniony obiektywnymi ograniczeniami, które wiążą instytucję i jej pracowników na mocy przepisów regulujących kontrolę koncentracji (zob. pkt 43 powyżej).

89 Nawet jeśli bowiem stanowisko przyjęte przez Komisję w decyzji w sprawie Airtours — które ograniczało się do ogólnego uwzględnienia łącznej ilości wakacji pakietowych oferowanych przez każdy podmiot — nie zostało utrzymane w mocy przez Sąd, który przychylił się do stanowiska, którego broniła skarżąca, zgodnie z którym ten złożony proces nie polega na prostym powieleniu zdolności szacowanej lub sprzedanej w przeszłości, lecz na podejmowaniu ogromnej ilości różnorakich decyzji na szczeblu mikroekonomicznym przy uwzględnieniu szacunków dotyczących niestabilności rynku oraz wzrostu popytu, to jednak w świetle dowodów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego teza postawiona przez Komisję, jakkolwiek błędna z punku widzenia kontroli zgodności z prawem, nie stanowi wystarczająco istotnego

błędu, aby uznać ją za wykraczającą poza normalne zachowanie instytucji zobowiązanej do czuwania nad stosowaniem reguł konkurencji.

90 Ponadto należy stwierdzić, że inne błędy stwierdzone w ramach ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours również nie są wystarczająco istotne, by powodować odpowiedzialność pozaumowną Wspólnoty.

91 Jest tak w przypadku zarzucanego uchybienia obowiązkowi określenia sytuacji na rynku w braku koncentracji (zob. pkt 56 powyżej), gdyż w sposób wymagany prawem z argumentów przedstawionych przez Komisję wynika, iż sytuacja ta została zbadana przez jej służby na podstawie dostępnych dowodów celem ustalenia, jakie następstwa miałoby dokonanie koncentracji dla struktury konkurencji.

92 Tak samo jest w przypadku argumentów dotyczących niestabilności udziałów w rynku (zob. pkt 60 powyżej), zarzucanego uchybienia obowiązkowi zbadania istnienia mechanizmu zniechęcającego (zob. pkt 68 powyżej) oraz zarzucanego uchybienia obowiązkowi przypisania znaczenia reakcji obecnych i potencjalnych konkurentów oraz konsumentów (zob. pkt 70 powyżej), ponieważ teza prezentowana w tym zakresie przez Komisję, która nie przekonała Sądu, nie stanowi oczywistego i poważnego nieuwzględnienia dowodów zgromadzonych w aktach postępowania administracyjnego.

93 To samo rozumowanie odnosi się do argumentu dotyczącego niestabilności popytu (zob. pkt 62 powyżej), gdyż uchybienie podniesione przez skarżącą nie miało takiego znaczenia, aby można je uznać za wystarczająco istotne, aby powodować powstanie

odpowiedzialności Wspólnoty. Komisja podnosi ponadto w tym zakresie, że dowody przedstawione w tej kwestii przez skarżącą nie były same w sobie wystarczające dla wykazania niestabilności popytu.

c) W przedmiocie argumentów dotyczących skumulowanego skutku przypadków nieuwzględnienia dowodów i niewystarczającego uzasadnienia

94 Jeśli analizować je indywidualnie, błędy w ocenie stwierdzone przez Sąd w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours można wyjaśnić obiektywnymi ograniczeniami właściwymi dla kontroli koncentracji oraz szczególną złożonością sytuacji konkurencji poddanej badaniu w niniejszym przypadku. Analizy tej nie podważa skumulowany skutek, na który powołuje się skarżąca, twierdząc, że gdyby ów szereg błędów rozważyć łącznie, może on wystarczyć dla powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty.

95 W tym względzie należy stwierdzić, że na poparcie takiej argumentacji nie można powołać się na pkt 107 ww. w pkt 72 wyroku w sprawie Scan Office Design przeciwko Komisji w zakresie, w jakim Sąd stwierdził, iż Komisja dopuściła się w tej sprawie „szeregu poważnych uchybień, które — indywidualnie, a w każdym razie wzięte łącznie — należy uznać za spełniające pierwszą z trzech przesłanek koniecznych do powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty". Uchybienia te mają zupełnie inny charakter od błędów w ocenie stwierdzonych przez Sąd w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours. W sprawie Scan Office Design przeciwko Komisji, zakończonej ww. w pkt 72 wyrokiem, chodziło o wystarczająco istotne uchybienia popełnione w ramach oceny zamówienia publicznego, to jest odmówienie przez Komisję przekazania dokumentów na błędnej podstawie, iż one nie istniały, przyjęcie oferty dotyczącej zamówienia publicznego przedstawionej po terminie, uwzględnienie niepodpisanej i nieopatrzonej komentarzem oceny lub nieprawidłowych ocen oraz wybór oferty niezgodnej ze specyfikacją. W niniejszej sprawie błędy w ocenie zostały popełnione przez służby Komisji w trakcie badania licznych dowodów w celu przeprowadzenia analizy wyjątkowo trudnej do zakwalifikowania sytuacji konkurencji. Zakres uznania, jakie należy przyznać Komisji w ramach kwestii odpowiedzialności

pozaumownej dotyczących kontroli koncentracji, ma zastosowanie zarówno do indywidualnego badania błędów, które mogą zostać popełnione w fazie analizy skutków koncentracji dla konkurencji, jak i do łącznego badania takich błędów. W związku z tym nie można w niniejszym przypadku stwierdzić, że sama okoliczność, że liczne błędy w ocenie zostały stwierdzone w ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, pociąga za sobą w nieunikniony sposób powstanie odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty.

96 Wreszcie, jeśli chodzi o argument dotyczący niewystarczającego uzasadnienia decyzji w sprawie Airtours, należy stwierdzić, że nie może ono powodować w niniejszym przypadku powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty. Jak wynika bowiem z ww. w pkt 11 wyroku w sprawie Airtours, dokonana przez Sąd analiza zarzutu trzeciego dotyczącego zarówno naruszenia art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, jak i naruszenia art. 253 WE, koncentruje się jedynie na argumentach dotyczących naruszenia art. 2 rozporządzenia nr 4064/89. Stwierdzenie nieważności decyzji w sprawie Airtours opiera się zatem na okoliczności, że Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem — w świetle dowodów, które zostały wskazane w tej decyzji — że koncentracja skutkowałaby stworzeniem zbiorowej pozycji dominującej mogącej stanowić poważną przeszkodę dla skutecznej konkurencji na rynku właściwym (ww. w pkt 11 wyrok w sprawie Airtours, pkt 294). Decyzja w sprawie Airtours zawierała zatem wystarczające uzasadnienie, które umożliwiło Sądowi przeprowadzenie kontroli jej zgodności z prawem, nawet jeśli — co do istoty — uzasadnienie to okazało się błędne w wyniku tej kontroli.

97 Z powyższego wynika, że Komisja w ramach jej analizy koncentracji Airtours/First Choice w świetle kryteriów dotyczących stworzenia zbiorowej pozycji dominującej nie popełniła wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom w rozumieniu orzecznictwa.

C — *W przedmiocie ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań*

1. *W przedmiocie dopuszczalności argumentacji dotyczącej ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań*

a) Argumenty stron

98 Komisja utrzymuje, że argumentacja dotycząca ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań jest niedopuszczalna, dlatego że skarga nie zawiera tego zarzutu, choćby w formie skrótowej, oraz dlatego że skarżąca nie może się ograniczyć do odesłania w tym zakresie do załączników, które powtarzają argumenty przedstawione w ramach skargi o stwierdzenie nieważności.

99 Skarżąca podnosi, że w niniejszym przypadku należy jedynie stwierdzić, czy Komisja może zająć stanowisko w przedmiocie podniesionego zarzutu oraz czy Sąd jest w stanie wykonać swoje uprawnienia kontrolne. Elementy przedstawione w tym zakresie w skardze spełniają jej zdaniem to kryterium i są rozwinięte w załącznikach 15 i 16 do tego pisma, które zawierają niezbędne dowody.

b) Ocena Sądu

100 Zgodnie z art. 21 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości mającym zastosowanie do Sądu na mocy art. 53 akapit pierwszy statutu oraz z art. 44 § 1 lit. c) regulaminu Sądu każda skarga musi wskazywać przedmiot sporu oraz zawierać zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów. Wskazanie to powinno być wystarczająco jasne i precyzyjne, aby pozwolić stronie pozwanej na przygotowanie swojej obrony, a Sądowi na dokonanie kontroli sądowej. Aby zagwarantować pewność prawa i prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości, konieczne jest, aby istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których oparta jest skarga, wynikały z samej jej treści, choćby w zwięzłej formie, lecz w sposób spójny i zrozumiały (postanowienia Sądu: z dnia 28 kwietnia 1993 r. w sprawie T-85/92 De Hoe przeciwko Komisji, Rec. s. II-523, pkt 20; z dnia 11 lipca 2005 r. w sprawie T-294/04 Internationaler Hilfsfonds przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2719, pkt 23).

101 Aby uczynić zadość tym wymogom, skarga mająca na celu naprawienie szkód wyrządzonych przez instytucję powinna zawierać elementy umożliwiające zidentyfikowanie zachowania, które skarżąca jej zarzuca (ww. w pkt 100 postanowienie w sprawie Internationaler Hilfsfonds przeciwko Komisji, pkt 24).

102 W niniejszym przypadku skarżąca wskazuje w skardze, że odmowa ze strony Komisji zaakceptowania, a nawet zbadania zobowiązań przedstawionych w trakcie postępowania administracyjnego stanowi wystarczająco istotne naruszenie wielu norm prawnych przyznających uprawnienia jednostkom. W tym zakresie odesłania dokonane w skardze do argumentacji wysuniętej na poparcie zarzutu czwartego zgłoszonego w ramach skargi o stwierdzenie nieważności w sprawie T-342/99 w przedmiocie zgodności z prawem decyzji w sprawie Airtours w świetle reguł dotyczących zobowiązań, przedstawionej w szczegółach w załącznikach 15 i 16 do tego pisma, należy uznać za proste rozszerzenie argumentacji figurującej w skardze w odniesieniu do niezgodności z prawem, która miała charakteryzować zachowanie zarzucane Komisji w kontekście analizy zaproponowanych zobowiązań.

103 W świetle tych wskazówek Komisja była w stanie przygotować swoją obronę co do istoty w zakresie tego zarzutu.

104 Należy zatem odrzucić uwagi Komisji na temat dopuszczalności zarzutu dotyczącego istnienia ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań.

2. *Co do istoty*

a) Argumenty stron

W przedmiocie argumentacji przedstawionej w pismach procesowych stron

105 W swoich pismach procesowych skarżąca podnosi, że odmawiając zaakceptowania, a nawet rozważenia zobowiązań, które zaproponowała w trakcie postępowania administracyjnego, Komisja naruszyła art. 2 i art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89, zasadę proporcjonalności, zasadę dobrej administracji, obowiązek staranności, jak również obowiązek prawidłowego zastosowania swoich własnych procedur w sprawie badania zobowiązań. Naruszenia te stanowią wystarczająco istotne naruszenie w rozumieniu orzecznictwa. W szczególności skarżąca podnosi, że jeśli Komisja zaakceptowałaby, a nie niesłusznie odrzuciła, zobowiązania przez nią zaproponowane, koncentracja zostałaby zatwierdzona zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 i byłoby tak, mimo że zobowiązania te nie były niezbędne, jako że koncentracja nie powodowała problemów w zakresie konkurencji. Skarżąca twierdzi również, że Komisja powinna była uwzględnić drugą grupę zobowiązań, mimo że zostały one zaproponowane po terminie przewidzianym w rozporządzeniu nr 4064/89.

106 Komisja podnosi, że z decyzji w sprawie Airtours wynika, iż pierwsza grupa zobowiązań nie była wystarczająca, aby uczynić zgłoszoną koncentrację zgodną ze wspólnym rynkiem, ponieważ stworzenie jednego tylko biura podróży średniej wielkości zależnego od grup agencji podróży kontrolowanych przez duże biura podróży nie zagwarantowałoby wystarczającej konkurencji na rynku właściwym (motywy 186–192 decyzji w sprawie Airtours). Jeśli chodzi o drugą grupę zobowiązań przedstawionych po upływie terminu przewidzianego w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98, Komisja wyjaśnia, że choć termin ten może być w wyjątkowych przypadkach przedłużony, skarżąca ani nie domagała się jego przedłużenia, ani nie wskazała okoliczności, które mogłyby uzasadniać taką decyzję przed upływem tego terminu. Ponadto druga grupa zobowiązań nie zawierała niczego, czego nie można było uwzględnić w pierwszej grupie zobowiązań. Ponadto brakowało czasu na właściwe zbadanie nowych zobowiązań (motyw 193 decyzji w sprawie Airtours). Odrzucenie zaproponowanych zobowiązań jest zatem uzasadnione i nie stanowi wystarczająco istotnego naruszenia, które mogłoby powodować powstanie odpowiedzialności Wspólnoty.

W przedmiocie możliwości zbadania zobowiązań z dnia 15 września 1999 r. w pozostałym terminie

107 W odpowiedzi na środki organizacji postępowania zarządzone przez Sąd, które miały wyjaśnić, dlaczego Komisja nie była w stanie ocenić we właściwy sposób zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r. w „krótkim pozostałym terminie" i jakich dodatkowych badań wymagałaby ocena tych zobowiązań, skarżąca podnosi, że Komisja była w stanie w pełni zbadać te zobowiązania i że jej odmowa uczynienia tego nie jest ani uzasadniona, ani nie można jej wyjaśnić szczególnymi ograniczeniami, które w obiektywny sposób wiążą daną służbę w ramach normalnego funkcjonowania.

108 Komisja podaje powody, dla których — mimo że termin wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie koncentracji Airtours upływał w dniu 5 października 1999 r. — projekt decyzji musiał być gotowy na wtorek, 21 września 1999 r. przed południem. Zgodnie bowiem z praktyką Komisji przygotowuje ona projekt decyzji na zebranie kolegium jej

członków, które jest organizowane w tygodniu, który poprzedza tydzień, w którym upływa termin, mając na względzie możliwość, że większość członków zażąda zmian. W niniejszym przypadku służby Komisji dysponowały zatem jedynie trzema i pół dniami roboczymi na zbadanie zobowiązań przedstawionych w środę, dnia 15 września 1999 r. (to znaczy czwartkiem 16 września, piątkiem 17 września, poniedziałkiem 20 września i przedpołudniem we wtorek 21 września 1999 r.). Mając na względzie, że pozostały jeszcze poważne niejasności, że w ciągu trzech i pół dnia musiałoby nastąpić ponowne badanie rynkowe i ponowna konsultacja z komitetem doradczym, że uwagi otrzymane w odniesieniu do pierwszego badania rynkowego były bardzo negatywne, że wszystko, co było zawarte w drugiej grupie zobowiązań, mogło zostać zamieszczone w pierwotnej propozycji oraz że skarżąca nie wniosła o przedłużenie terminu ani nie przedstawiła przekonywających wyjątkowych okoliczności celem skorzystania z niego, Komisja ocenia, że zobowiązania przedstawione w dniu 15 września 1999 r. nie powinny były być badane.

W przedmiocie wystarczającego charakteru zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r. oraz odpowiedzi na żądanie Sądu w przedmiocie przedstawienia dokumentów dotyczących tej oceny

109 W odpowiedzi na środek organizacji postępowania zarządzony przez Sąd, który miał wyjaśnić, w jakim stopniu zobowiązania przedstawione w dniu 15 września 1999 r. umożliwiłyby uwzględnienie problemów zidentyfikowanych przez Komisję w tej fazie postępowania, skarżąca podnosi, że Komisja wskazała na dwie obawy, to znaczy na konieczność stworzenia czwartej siły z co najmniej 10-procentowym udziałem w rynku właściwym oraz na dostęp tego podmiotu do sieci dystrybucji. Te dwie kwestie zostały uwzględnione w zaproponowanych zobowiązaniach: czwartej sile, firmie Cosmos, z 0,8 mln pakietów sprzedanych w 1998 r., miała zostać przekazana część działalności stanowiącej 0,7 mln sprzedanych pakietów — co pozwoliłoby jej z 1,5 mln uzyskać ponad 10% rynku właściwego oszacowanego w 1998 r. na 13,9 mln pasażerów — i zostałaby jej przekazana sieć dystrybucji należąca do First Choice, podobnie jak dostęp do części sieci skarżącej przez okres 5 lat.

110 Komisja podnosi, że jej obawy dotyczyły, po pierwsze, umożliwienia powstania czwartej siły z dostępem do sieci dystrybucji, a po drugie, zagwarantowania utrzymania konkurencji ze strony małych biur podróży. Wskazuje ona, że obawy te wynikały głównie z uwag przedstawionych przez przedsiębiorstwa i stowarzyszenia, które udzieliły odpowiedzi na badanie rynkowe przeprowadzone w odniesieniu do pierwszej grupy zobowiązań.

111 W tym kontekście Komisja utrzymuje, że zobowiązania przedstawione w dniu 15 września 1999 r. (po spotkaniu z Komisją tego samego dnia) były nowe i zasadniczo zmienione w stosunku do wcześniejszej wersji oraz że nie stanowiły one jasnej i ostatecznej odpowiedzi na problemy zidentyfikowane w tej fazie. Zatem, nawet jeśli odrzuciła ona formalnie te zobowiązania z powodów proceduralnych, Komisja wskazuje, że przeprowadziła w każdym razie wstępną ocenę tych zobowiązań celem stwierdzenia, czy ewentualne skierowanie pytań do zainteresowanych stron oraz komitetu doradczego mogłoby dać odpowiedź pozytywną. Zdaniem Komisji pozostały liczne niejasne obszary i nie mogła ona z przekonaniem stwierdzić, że zniknęły jej obawy w odniesieniu do stworzenia zbiorowej pozycji dominującej.

112 Podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. Sąd nakazał Komisji, na podstawie art. 65 lit. b) i art. 67 § 3 akapit trzeci regulaminu, dostarczyć wszelkie będące w jej posiadaniu dokumenty dotyczące oceny zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r., które zostały sporządzone między tym dniem a dniem, w którym wydana została decyzja w sprawie Airtours, to znaczy dniem 22 września 1999 r.

113 W odpowiedzi na to żądanie Komisja przedstawiła w trakcie rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. dwa dokumenty. Pierwszy dokument stanowi niedatowana notatka z akt sprawy, która zawiera streszczenie treści dyskusji, które miały miejsce przed i w trakcie spotkania zorganizowanego przez Komisję w dniu 15 września 1999 r. w odniesieniu do zobowiązań, a w szczególności propozycji zobowiązań przedstawionej nieformalnie w dniu 14 września 1999 r. Drugi dokument stanowi notatka opatrzona datą 16 września 1999 r., przygotowana przez dyrektora Merger Task Force (zwanej dalej „MTF"), adresowana do członka Komisji odpowiedzialnego za sprawy konkurencji, która odnosi się do zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r. z proceduralnego i merytorycznego punktu widzenia. W pkt 11–13 tego drugiego

dokumentu ujęta jest głównie treść uwag przedstawionych przez Komisję w odpowiedzi na pytanie Sądu dotyczące oceny zobowiązań.

114 W terminie wyznaczonym w tym celu przez Sąd Komisja przedstawiła również inne dokumenty:

— notatkę z akt sprawy datowaną na dzień 16 września 1999 r., przygotowaną przez dyrektora wydziału MTF i dotyczącą zasad przedstawiania zobowiązań po terminie;

— notatkę datowaną na dzień 17 września 1999 r., przygotowaną przez tego samego dyrektora wydziału, adresowaną do urzędnika sekretariatu generalnego, oraz zrewidowaną wersję tej notatki, które zawierają tekst przyszłego komunikatu członka Komisji odpowiedzialnego za sprawy konkurencji — które wskazują na wątpliwości i niejasności w zakresie oceny istoty zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r.;

— notatki do przemówienia członka Komisji odpowiedzialnego za sprawy konkurencji przeznaczone do wykorzystania w trakcie zebrania Komisji w przedmiocie projektu decyzji w sprawie Airtours, które wskazują na wątpliwości i niejasności w zakresie oceny istoty zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r.;

— projekt decyzji w sprawie Airtours, który nie zawiera elementów dotyczących oceny istoty zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r., lecz wskazuje jedynie, że zobowiązania te zostały przedstawione zbyt późno;

— notatkę zawierającą zwroty językowe zatytułowaną „Punkty obronne — oferta zobowiązań", przygotowaną przez MTF dla członka Komisji odpowiedzialnego za sprawy konkurencji celem zaprezentowania argumentów dotyczących w szczególności oceny istoty zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r.

115 W terminie przewidzianym w tym celu przez Sąd skarżąca przedstawiła uwagi dotyczące różnych dokumentów przedłożonych przez Komisję w następstwie żądania Sądu.

b) Ocena Sądu

116 Kontrola koncentracji ma na celu wydanie zainteresowanym przedsiębiorstwom niezbędnego zezwolenia poprzedzającego dokonanie jakiejkolwiek koncentracji o wymiarze wspólnotowym. W ramach tej kontroli przedsiębiorstwa mogą proponować Komisji zobowiązania celem uzyskania decyzji stwierdzającej zgodność ich koncentracji ze wspólnym rynkiem.

117 W zależności od stanu postępowania administracyjnego zaproponowane zobowiązania powinny umożliwić Komisji bądź stwierdzenie, że zgłoszona koncentracja nie rodzi poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem w fazie wstępnego dochodzenia (art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89), bądź odpowiedzieć na zastrzeżenia zgłoszone w ramach szczegółowego dochodzenia (art. 18 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89). Zobowiązania te umożliwiają zatem przede wszystkim uniknięcie wszczęcia fazy szczegółowego dochodzenia lub w konsekwencji uniknięcie wydania decyzji uznającej koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

118 Artykuł 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 zezwala bowiem Komisji na dołączenie do decyzji uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, na podstawie kryterium określonego w art. 2 ust. 2 tego rozporządzenia, warunków i obowiązków zmierzających do zapewnienia, by dane przedsiębiorstwa spełniły zobowiązania podjęte wobec niej celem uczynienia koncentracji zgodną ze wspólnym rynkiem.

119 Mając na względzie zarówno wagę interesów finansowych oraz konsekwencje przemysłowe i handlowe nieodłącznie związane z tym typem koncentracji, jak i uprawnienia przysługujące Komisji w tej dziedzinie, można oczekiwać, że zainteresowane przedsiębiorstwa uczynią wszystko, by ułatwić pracę administracji. Te same względy zobowiązują również Komisję do wykazania jak największej staranności w wykonywaniu jej zadań w zakresie kontroli koncentracji.

120 W niniejszym przypadku z decyzji w sprawie Airtours oraz z odpowiedzi stron na pytania Sądu wynika, że Komisja postanowiła o wszczęciu postępowania w sprawie szczegółowego dochodzenia w dniu 3 czerwca 1999 r. Dała ona również skarżącej możliwość przedstawienia uwag w przedmiocie zastrzeżeń podniesionych przez jej służby, kierując do niej w dniu 9 lipca 1999 r. pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, a ponadto kwestie te zostały poruszone podczas przesłuchania, które odbyło się w dniach 28 i 29 lipca 1999 r. Celem uwzględnienia tych zastrzeżeń skarżąca w dniu 19 sierpnia 1999 r. zaproponowała Komisji szereg zobowiązań. Pierwotnie planowane zobowiązania dotyczyły jedynie zagwarantowania utrzymania konkurencji przez małe biura podróży. Komisja poinformowała jednak skarżącą, że utworzenie czwartej siły mogło stanowić środek zaradczy skuteczny z punktu widzenia uwzględnienia problemów dotyczących konkurencji zidentyfikowanych w tej fazie. Kwestia ta została poruszona przez skarżącą podczas spotkania z Komisją, które odbyło się w dniu 24 sierpnia 1999 r. w przedmiocie zobowiązań zaproponowanych w dniu 19 sierpnia 1999 r. Następnie była ona przedmiotem pierwszej grupy zobowiązań przedstawionych formalnie w dniu 7 września 1999 r. po dyskusji ze służbami Komisji oraz drugiej grupy zobowiązań, które modyfikowały poprzednie, przedstawionej formalnie w dniu 15 września 1999 r. w następstwie spotkania z Komisją, które odbyło się w tym samym dniu.

121 Ponadto należy zauważyć, że w motywie 193 decyzji w sprawie Airtours Komisja stwierdza, iż zobowiązania przedstawione w dniu 15 września 1999 r. nie musiały zostać uwzględnione przez jej służby, ponieważ zostały one przedstawione po terminie trzech miesięcy przewidzianym w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98 — który upływał w dniu 7 września 1999 r. — w braku odpowiednich wyjątkowych okoliczności, oraz że nie było możliwe „ich właściwe zbadanie w krótkim terminie pozostałym do upływu terminu określonego w art. 10 ust. 3 rozporządzenia [nr 4064/89]", to znaczy do dnia 5 października 1999 r. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez strony.

122 Strony nie kwestionują również, że skarżąca ze swej własnej inicjatywy przedstawiła nowe zobowiązania w dniu 15 września 1999 r., aby zastąpić te, które zostały przedstawione w dniu 7 września 1999 r. Ta propozycja zrewidowanych zobowiązań została dokonana na podstawie zastrzeżeń zidentyfikowanych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów i wyniku pierwszego badania rynkowego przeprowadzonego w odniesieniu do pierwotnych zobowiązań, aby uwzględnić problemy dotyczące konkurencji zidentyfikowane w tej fazie przez Komisję. To tę ostatnią propozycję zobowiązań należy uwzględnić w niniejszym przypadku.

123 Okoliczność, że Sąd uznał za niezgodną z prawem ocenę skutków koncentracji dla konkurencji przedstawioną przez Komisję w decyzji w sprawie Airtours, nie oznacza bowiem, iż odmowa zaakceptowania zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r. jest tylko z tego powodu niezgodna z prawem. W chwili, do której odnosi się analiza Sądu, decyzja w sprawie Airtours nie została jeszcze wydana i skarżąca z własnej woli i przy pełnej znajomości sprawy postanowiła zaproponować Komisji rozwiązania umożliwiające uwzględnienie zidentyfikowanych wtedy zastrzeżeń, aby uzyskać decyzję w sprawie zgodności ze wspólnym rynkiem. W tym właśnie kontekście należy oceniać istnienie ewentualnego wystarczająco istotnego naruszenia w fazie analizy zaproponowanych zobowiązań, a nie w świetle okoliczności, które nie były jeszcze znane stronom w ramach dyskusji w przedmiocie zobowiązań.

124 Podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. Komisja uściśliła, iż w chwili wystąpienia faktów istotnych dla sprawy, we wrześniu 1999 r., jej praktyka dotycząca badania zobowiązań przedstawionych po terminie polegała na akceptowaniu takich zobowiązań jedynie wtedy, gdy uwzględniały one w jasny sposób zastrzeżenia podniesione w tej fazie, jeśli chodzi o zgodność koncentracji z konkurencją na wspólnym rynku.

Zachowanie to jest zgodne z obowiązkiem staranności, który ciąży na organach administracji w ramach wykonywania ich uprawnień decyzyjnych, które są im powierzone na mocy art. 8 ust. 2, 3 rozporządzenia nr 4064/89 (zob. pkt 49 powyżej).

125 Zgodnie z informacjami dostarczonymi w odpowiedzi na pytanie Sądu w tej kwestii Komisja podniosła, że szybko przekonała się o ograniczeniach swojego pierwotnego podejścia — relatywnie pobłażliwego i dążącego do pojednania. Zainteresowane przedsiębiorstwa miały tendencję do czekania do ostatniej chwili z przedstawieniem swych zobowiązań i groziło to właściwemu przebiegowi postępowania decyzyjnego w dziedzinie kontroli koncentracji, stanowiąc dla Komisji przeszkodę do zbadania tych zobowiązań oraz do skonsultowania się z osobami trzecimi i przedstawicielami państw członkowskich w odpowiednich warunkach. Począwszy od dnia 27 maja 1998 r. Komisja postanowiła stosować w bardziej surowy sposób termin trzech miesięcy przewidziany w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/98, aby ograniczyć możliwość badania spóźnionych zobowiązań jedynie do przypadków, w których jest ona jeszcze w stanie przeprowadzić właściwą ocenę.

126 Praktyka ta została zresztą następnie ujęta w jej komunikacie w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia nr 4064/89 i rozporządzenia nr 447/98 (Dz.U. 2001, C 68, s. 3) celem wskazania wniosków płynących z doświadczenia nabytego w dziedzinie zobowiązań od dnia wejścia w życie rozporządzenia nr 4064/89. Zgodnie z pkt 43 tego komunikatu Komisja zgadza się zbadać zmodyfikowane zobowiązania, w przypadku gdy zostaną jej one przedstawione po upływie terminu przewidzianego w rozporządzeniu nr 447/98, „jedynie gdy można będzie jednoznacznie ustalić — na podstawie oceny informacji już otrzymanych w trakcie analizy, w tym wyników wcześniejszych testów rynkowych, oraz bez konieczności przeprowadzania kolejnego testu rynkowego — że zobowiązania takie po ich wdrożeniu rozstrzygną wskazane problemy dla konkurencji oraz że jest dostatecznie dużo czasu na należyte konsultacje z państwami członkowskimi”.

127 W sprawie dotyczącej koncentracji zgłoszonej w 2004 r. Sąd stwierdził, iż z komunikatu tego — który Komisja dobrowolnie uznała za wiążący wobec siebie — wynikało, że zobowiązania złożone zbyt późno przez strony zgłoszonej koncentracji mogą zostać

uwzględnione pod dwoma łącznymi warunkami, polegającymi — po pierwsze — na tym, iż zobowiązania te rozwiążą jednoznacznie i bez konieczności przeprowadzenia dodatkowego dochodzenia stwierdzone uprzednio problemy w zakresie konkurencji oraz — po drugie — że jest dostatecznie dużo czasu na konsultacje z państwami członkowskimi w przedmiocie tych zobowiązań (wyrok Sądu z dnia 21 września 2005 r. w sprawie T-87/05 EDP przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3745, pkt 162, 163).

128 Należy stwierdzić, że — choć odmiennie od tego, co wynika z decyzji w sprawie Airtours — Komisja nie odrzuciła zobowiązań z dnia 15 września 1999 r. bez zastanowienia się, czy nie mogły one uwzględnić w jasny sposób zastrzeżeń podniesionych w tej fazie postępowania.

129 W tym zakresie dokumenty przedstawione w odpowiedzi na pytanie Sądu wskazują powody, dla których Komisja mogła uznać, iż zobowiązania te nie mogły w wystarczającym stopniu uwzględnić tych zastrzeżeń. Notatka dyrektora MTF z dnia 16 września 1999 r. oraz notatka dotycząca punktów obronnych przygotowana przez MTF dla członka Komisji odpowiedzialnego za sprawy konkurencji wskazują również na wątpliwości Komisji co do twierdzenia, zgodnie z którym udział w rynku nowego zgrupowania zaproponowanego przez skarżącą, czyli czwartej siły, wynosił 10%. Nie tylko bowiem udział w rynku First Choice był większy niż udział czwartej siły, który został zaproponowany w zamian przez skarżącą (11% zgodnie z najniższymi danymi), ale również i przede wszystkim ta liczba 10% została uzyskana przy założeniu, że Cosmos, który miał stanowić jeden z elementów tej czwartej siły, odnotowałby z roku na rok znaczny wewnętrzny wzrost z 0,55 mln pakietów sprzedanych w okresie 1998/99 do 0,8 mln pakietów sprzedanych w okresie 1999/2000, to znaczy o 45% w ciągu roku. Tego rodzaju wewnętrzny wzrost trudno było jednak sobie wyobrazić, mając na względzie cechy rynku. Podobnie dokumenty te wskazują na wątpliwości i niejasności dotyczące licznych kwestii, takich jak dokładny skład pakietów przekazanych nowemu przedsiębiorstwu, interes, jaki mógł mieć Cosmos, który nie przywiązywał dużej wagi do korzystania z sieci agencji, w przejęciu sieci agencji First Choice oraz niezależność Cosmosu od trzech głównych podmiotów gospodarczych, które pozostałyby na rynku po koncentracji i które nabywałyby zasadniczą część sprzedawanych przez Cosmos miejsc w samolotach. Zobowiązania przedstawione w dniu 15 września 1999 r. zostały zatem dobrze przeanalizowane przez służby Komisji, które wykazały liczne kwestie budzące wątpliwości co do tego, czy pozwoliłyby one uwzględnić w jasny sposób zastrzeżenia zidentyfikowane w tej fazie postępowania.

130 Okoliczność, że w decyzji w sprawie Airtours Komisja nie wskazała, że jej służby dokonały analizy zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r., nie może przeszkodzić Sądowi w uwzględnieniu dokumentów mających znaczenie dla sprawy oraz mających wystarczający charakter dowodowy, które zostały przedstawione w ramach niniejszej skargi i które dowodzą rzeczywistego charakteru tej analizy w sposób wymagany prawem.

131 Z powyższego wynika — przy czym nie jest potrzebne zajmowanie stanowiska w kwestii możliwości zbadania przez Komisję w pozostającym do jej dyspozycji czasie zrewidowanych zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r. — że zobowiązania te nie były w stanie uwzględnić w jasny sposób zastrzeżeń podniesionych w tej fazie w kwestii zgodności koncentracji z konkurencją na wspólnym rynku. Zachowanie Komisji nie skutkowało zatem pozbawieniem skarżącej wszelkiej możliwości uznania koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem. Komisja nie naruszyła zatem ciążącego na niej obowiązku staranności w tym zakresie.

132 W związku z tym w ramach analizy zobowiązań przedstawionych przez skarżącą na końcu postępowania administracyjnego Komisja nie popełniła wystarczająco istotnego naruszenia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom, które powodowałoby powstanie odpowiedzialności Wspólnoty.

133 Wobec powyższego skargę należy oddalić.

134 To samo dotyczy różnych wniosków w przedmiocie środków organizacji postępowania zgłoszonych przez skarżącą celem uzyskania określonych dokumentów lub dokonania określonych wyjaśnień w pewnych kwestiach faktycznych i proceduralnych. W świetle odpowiedzi na pytania zadane stronom i po zbadaniu dostarczonych przez Komisję dokumentów dotyczących analizy zobowiązań z dnia 15 września 1999 r. (zob. pkt 113,

114 powyżej) należy bowiem stwierdzić, iż objęte wnioskiem środki nie są niezbędne dla wydania orzeczenia w niniejszym sporze, a w konsekwencji, że wniosków tych nie należy uwzględniać.

W przedmiocie kosztów

135 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Jednakże zgodnie z art. 87 § 3 tego regulaminu w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron oraz w wypadkach szczególnych Sąd może postanowić, że koszty zostaną rozdzielone albo że każda ze stron poniesie własne koszty.

136 W niniejszym przypadku Sąd stwierdza, że Komisja wskazała w decyzji w sprawie Airtours, że z powodu ich spóźnionego przedstawienia oraz braku czasu nie zbadała zobowiązań przedstawionych przez skarżącą w dniu 15 września 1999 r. W związku z tym skarżąca, podobnie jak Sąd, mogła sądzić, iż te zrewidowane zobowiązania — przedstawione po spotkaniu ze służbami Komisji, aby zmienić pierwotną propozycję zobowiązań, tak by uwzględniała ona lepiej obawy zidentyfikowane w tej fazie postępowania — nie zostały zbadane przez tę instytucję z powodów czysto proceduralnych. Jak zaś wynika ze środków organizacji postępowania oraz ze środków dowodowych zarządzonych przez Sąd, po pierwsze, celem przygotowania rozprawy z dnia 29 kwietnia 2008 r., oraz po drugie, w trakcie tej rozprawy, służby Komisji nie zadowoliły się odrzuceniem zobowiązań zaproponowanych w dniu 15 września 1999 r. jako spóźnionych, lecz przeprowadziły również wstępne badanie tych zobowiązań, aby stwierdzić, że nie były one wystarczające na tym etapie.

137 Wskazanie skarżącej oraz Sądowi okoliczności, że zgodnie ze stosowaną w tym czasie praktyką Komisji jej służby przeprowadziły odpowiednie badanie zobowiązań

przedstawionych w dniu 15 września 1999 r., co stanowi decydującą kwestię dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, nastąpiło dopiero w bardzo zaawansowanym stadium postępowania przed Sądem.

138 Spóźniony charakter tej informacji jest tym bardziej godny ubolewania, że skarżąca wielokrotnie w ramach niniejszej sprawy i w ramach sprawy T-403/05 (zob. pkt 18 powyżej) wnosiła do Komisji o przekazanie jej wszelkich dokumentów, które umożliwiłyby jej w istocie sformułowanie argumentów przed Sądem. Nawet jeśli można uznać a priori, że sporne dokumenty nie są tego rodzaju, by strona koncentracji mogła uzyskać do nich dostęp w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 lub by osoba postronna mogła uzyskać do nich dostęp w następstwie wniosku złożonego na podstawie rozporządzenia nr 1049/2001, to jednak dokumenty te miały znaczenie dla umożliwienia sformułowania przez skarżącą argumentów w ramach niniejszego postępowania oraz dla dokonania przez Sąd oceny kwestii odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty.

139 W związku z tym — nawet jeśli nie miało to wpływu na wynik niniejszej sprawy, skoro dokumenty te zostały przedłożone w ramach niniejszego postępowania — dokumenty przedstawione podczas rozprawy w dniu 29 kwietnia 2008 r. i w późniejszym czasie powinny były zostać przedstawione już w przedłożonej przez Komisję odpowiedzi na skargę, w której kwestionowała ona zarówno dopuszczalność, jak i istotę zarzutu ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań. Wobec tego Sąd stwierdza, że sprawiedliwe w okolicznościach niniejszej sprawy będzie orzeczenie, że Komisja pokrywa własne koszty.

140 Zgodnie z art. 87 § 4 akapit pierwszy państwa członkowskie, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenienta, pokrywają własne koszty. Republika Federalna Niemiec pokrywa zatem własne koszty.

Z powyższych względów

SĄD (trzecia izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) MyTravel Group plc pokrywa własne koszty.

3) Komisja pokrywa własne koszty.

4) Republika Federalna Niemiec pokrywa własne koszty.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 9 września 2008 r.

Sekretarz Prezes

E. Coulon J. Azizi

Spis treści

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu . . . . . II - 1974

Przebieg postępowania i żądania stron . . . . . II - 1977

Co do prawa . . . . . II - 1981

A — Rozważania wstępne w przedmiocie przesłanek powstania odpowiedzialności pozaumownej Wspólnoty . . . . . II - 1981

1. Ogólna argumentacja stron . . . . . II - 1982

a) W przedmiocie pojęcia wystarczająco istotnego naruszenia . . . . . II - 1982

b) W przedmiocie pojęcia normy prawnej przyznającej uprawnienia jednostkom . . . . . II - 1983

2. Ocena Sądu . . . . . II - 1983

a) W przedmiocie pojęcia wystarczająco istotnego naruszenia . . . . . II - 1984

b) W przedmiocie norm prawnych przyznających uprawnienia jednostkom II - 1986

B — W przedmiocie istnienia „wystarczająco istotnego naruszenia" w fazie oceny przez Komisję skutków koncentracji Airtours/First Choice dla konkurencji na wspólnym rynku . . . . . II - 1989

1. Argumenty stron . . . . . II - 1989

a) W przedmiocie obowiązku uznania ograniczonego zakresu zastosowania art. 2 rozporządzenia nr 4064/89 . . . . . II - 1990

b) W przedmiocie obowiązku określenia sytuacji na rynku w braku koncentracji . . . . . II - 1991

c) W przedmiocie obowiązku wykazania przesłanek milczącej zmowy . . . II - 1992

W przedmiocie niestabilności udziałów w rynku . . . . . II - 1993

W przedmiocie niestabilności popytu . . . . . II - 1993

W przedmiocie słabego wzrostu popytu . . . . . II - 1994

W przedmiocie przejrzystości rynku . . . . . II - 1995

W przedmiocie obowiązku zbadania istnienia mechanizmu zniechęcającego . . . . . II - 1997

W przedmiocie obowiązku przypisania należytego znaczenia reakcji obecnych i potencjalnych konkurentów i konsumentów . . . . . II - 1998

d) W przedmiocie skumulowanego skutku przypadków nieuwzględnienia dowodów oraz w przedmiocie niewystarczającego uzasadnienia . . . . . II - 1999

2. Ocena Sądu . . . . . II - 2000

a) W przedmiocie argumentu dotyczącego obowiązku uznania ograniczonego zakresu zastosowania art. 2 rozporządzenia nr 4064/89 . . . . . II - 2000

b) W przedmiocie argumentów dotyczących obowiązku określenia sytuacji na rynku, jaka zaistniałaby, gdyby nie doszło do koncentracji, oraz obowiązku wykazania przesłanek milczącej zmowy . . . . . II - 2001

c) W przedmiocie argumentów dotyczących skumulowanego skutku przypadków nieuwzględnienia dowodów i niewystarczającego uzasadnienia . II - 2007

C — W przedmiocie ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań II - 2009

1. W przedmiocie dopuszczalności argumentacji dotyczącej ewentualnej niezgodności z prawem w fazie analizy zobowiązań . . . . . II - 2009

a) Argumenty stron . . . . . II - 2009

b) Ocena Sądu . . . . . II - 2010

2. Co do istoty . . . . . II - 2011

a) Argumenty stron . . . . . II - 2011

W przedmiocie argumentacji przedstawionej w pismach procesowych stron . . . . . II - 2011

W przedmiocie możliwości zbadania zobowiązań z dnia 15 września 1999 r. w pozostałym terminie . . . . . II - 2012

W przedmiocie wystarczającego charakteru zobowiązań przedstawionych w dniu 15 września 1999 r. oraz odpowiedzi na żądanie Sądu w przedmiocie przedstawienia dokumentów dotyczących tej oceny . . . II - 2013

b) Ocena Sądu . . . . . II - 2016

W przedmiocie kosztów . . . . . II - 2022