РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (трети разширен състав)

9 септември 2008 година *

По дело T-212/03

MyTravel Group plc, установено в Rochdale, Lancashire (Обединено кралство), за което се явяват г-н D. Pannick, QC, г-н M. Nicholson и г-жа S. Cardell, solicitors, г-н A. Lewis, barrister и г-н R. Gillis, QC,

ищец,

срещу

Комисия на Европейските общности, за която се явяват първоначално г-н R. Lyal, г-н A. Whelan и г-н P. Hellström, впоследствие г-н R. Lyal и г-н F. Arbault, в качеството на представители,

ответник,

подпомагана от

Федерална република Германия, за която се явяват г-н W.-D. Plessing и г-н M. Lumma, в качеството на представители,

встъпила страна,

* Език на производството: английски.

с предмет искане за обезщетяване на вреда, която ищецът твърди, че е претърпял поради незаконосъобразност на производството за контрол на съвместимостта на концентрацията между ищеца и First Choice plc с общия пазар,

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД
НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ (трети разширен състав),

състоящ се от: г-н J. Azizi, председател, г-н J. D. Cooke, г-жа E. Cremona, г-жа I. Labucka и г-н S. Frimodt Nielsen (докладчик), съдии,

секретар: г-жа C. Kantza, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 29 април и 20 май 2008 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства в основата на спора

1 На 29 април 1999 г. ищецът Airtours plc, британски туроператор, по-късно преименувано на MyTravel Group plc, обявява намерението си да придобие на фондовата борса целия капитал на един от конкурентите си в Обединеното кралство — First Choice plc. На същия дата ищецът нотифицира Комисията за

проекта за концентрация, за да получи разрешение на основание на Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (текст с поправки ОВ L 257, 1990 г., стр. 13), изменен с Регламент (ЕО) № 1310/97 на Съвета от 30 юни 1997 година (ОВ L 180, стр. 1).

2 С решение от 3 юни 1999 г. Комисията приема, че концентрацията поражда сериозни съмнения относно нейната съвместимост с общия пазар и решава да започне процедура по задълбочено разследване съгласно член 6, параграф 1, буква в) от Регламент № 4064/89.

3 На 9 юли 1999 г. Комисията изпраща до ищеца изложение на възраженията съгласно член 18 от Регламент № 4064/89, в което тя излага причините, поради които счита, на пръв поглед, че предвижданата концентрация би създала съвместно господстващо положение на британския пазар в областта на пакетните туристически ваканции до близки дестинации в чужбина. На 25 юли 1999 г. ищецът отговаря на това изложение на възраженията.

4 На 6 септември 1999 г. Комисията иска становището на трети заинтересовани страни относно поредица от предложения за ангажименти, представена от ищеца, които са изпратени официално от последния на 7 септември 1999 г. Тези трети страни следва да отговорят до 8 септември 1999 г., но отговорите им не довеждат до отпадане на загрижеността на Комисията.

5 На 9 септември 1999 г. мнозинството от членовете на Консултативния комитет в областта на концентрациите решава, че представените от ищеца ангажименти не могат да отстранят проблемите в областта на конкуренцията, установени на този етап от Комисията.

6 Посочените по-горе ангажименти са представени в срок от три месеца, считано от започване на процедурата по задълбочено разследване, предвидено в член 18, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 447/98 на Комисията от 1 март 1998 година относно нотификациите, сроковете и изслушванията, предвидени в Регламент № 4064/89 (ОВ L 61, стр. 1), за да се позволи на заинтересованите предприятия да представят на Комисията ангажиментите, които биха искали да бъдат взети предвид в решението, основано на член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89. Този тримесечен срок изтича на 7 септември 1999 г.

7 На 14 септември 1999 г. ищецът изпраща на Комисията нова поредица от предложения за ангажименти, основана на предходната. На 15 септември 1999 г. в Комисията се провежда заседание, за да се обсъдят предложенията, след което ищецът представя на Комисията преразгледана окончателна поредица от ангажименти.

8 На 16 септември 1999 г. ищецът иска продължаване на тримесечния срок, предвиден в член 18, параграф 2 от Регламент № 447/98, което може да бъде предоставено от Комисията в изключителни случаи. В конкретния случай ищецът изтъква три изключителни случая във връзка с тази разпоредба: трудностите, свързани с намирането на подходящо разрешение; факта, че се е включил в конструктивен диалог в хода на административното производство; промяната в състава на Комисията към този момент.

9 На 22 септември 1999 г., тоест 15 дни преди края на четиримесечния законен срок, считано от започване на процедурата по задълбочено разследване, предвиден в член 10, параграф 3 от Регламент № 4064/89 като максимален срок за вземане на решение съгласно член 8, параграф 3 от Регламент № 4064/89 — който изтича на 5 октомври 1999 г. — Комисията обявява тази концентрация за несъвместима с общия пазар и със Споразумението за създаване на ЕИП с Решение 2000/276/ЕО (преписка IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (ОВ L 93, 2000 г., стр. 1, наричано по-нататък „решението Airtours“).

10 В съображение 193 от решението Airtours Комисията посочва, че това предприятие е представило ангажиментите на твърде късен етап от процедурата, 15 септември 1999 г. Тя също посочва, че тези ангажименти не съдържат елемент, който ищецът да не е могъл да включи в ангажимент, представен в тримесечния срок, предвиден в член 18, параграф 2 от Регламент № 447/98, че ищецът не е изтъкнал никакви основания, които могат да бъдат разглеждани като „изключителен случай“, което може да доведе до продължаване на този срок от три месеца по смисъла на посочената по-горе разпоредба, и че самата тя не разполагала с достатъчно време, за да разгледа тези ангажименти по задоволителен начин.

11 Ищецът подава жалба за отмяна срещу решението Airtours. С Решение от 6 юни 2002 г. по дело Airtours/Комисия (T-342/99, Recueil, стр. II-2585, наричано по-нататък „решение по дело Airtours“) Първоинстанционният съд отменя това решение, като обявява за основателно третото правно основание, свързано със законосъобразността на преценката на Комисията на последиците от концентрацията Airtours/First Choice върху конкуренцията на общия пазар, без да е счел за необходимо да разгледа четвъртото правно основание, което се отнася до законосъобразността на преценката на Комисията на ангажиментите, представени в хода на административното производство.

Производство и искания на страните

12 С молба, подадена на 18 юни 2003 г., ищецът предявява настоящия иск.

13 С решение от 22 юли 2003 г. делото е разпределено за разглеждане от разширен състав.

14 С определение от 13 ноември 2003 г. Федерална република Германия е допусната да встъпи в спора в подкрепа на исканията на Комисията.

15 С писмо от 22 март 2004 г. Комисията моли Първоинстанционния съд да разпореди на ищеца да гарантира евентуалното плащане на съдебните разноски на Комисията в размер на 1,5 милиона евро. Първоинстанционният съд уведомява Комисията, че няма правно основание за такава гаранция.

16 С писмо от 14 юли 2004 г. ищецът иска от Първоинстанционния съд да предприеме процесуално-организационни действия, за да му бъде предоставен докладът на работната група, създадена от Комисията, за преценка на последиците от решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, както и посочените в него документи. С писмо от 9 декември 2004 г. Комисията изпраща становището си по това искане, като посочва, че тези документи могат да бъдат предмет на заявление, подадено въз основа на Регламент (ЕО) № 1049/2001 на Европейския парламент и на Съвета от 30 май 2001 година относно публичния достъп до документи на Европейския парламент, на Съвета и на Комисията (ОВ L 145, стр. 43; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 3, стр. 76).

17 След подаването на такова заявление за достъп до документи с писмо от 9 януари 2006 г. ищецът отново иска от Първоинстанционния съд да предприеме процесуално-организационни действия в рамките на настоящия иск с цел по-специално да нареди разгласяването от страна на Комисията на доклада на работната група и свързаните с него документи. В това писмо ищецът също предлага въпросът за определянето на размера на вредите, за които е поискал обезщетение, да се сведе до периода от три години между решението Airtours и решението по дело Airtours, точка 11 по-горе. С писмо от 17 февруари 2006 г. Комисията излага своето становище по това второ искане.

18 В същото време с писма от 5 септември и 12 октомври 2005 г. Комисията отказва предоставянето на достъп на ищеца на основание Регламент № 1049/2001 до определени подготвителни документи за решението Airtours, както и до документи, изготвени от нейните служби вследствие на отмяната на това решение с решението по дело Airtours, точка 11 по-горе. Ищецът подава жалба за отмяна срещу тези решения (дело T-403/05, MyTravel Group/Комисия).

19 Въз основа на доклад на съдията докладчик Първоинстанционният съд (трети разширен състав) решава да започне устната фаза на производството и в рамките на процесуално-организационните действия страните са поканени да отговорят на поредица от въпроси.

20 С писмо на Федерална република Германия от 25 февруари 2008 г. и с писма на ищеца и на Комисията от 14 март 2008 г. страните представят отговорите си на въпросите на Първоинстанционния съд.

21 Устните състезания и отговорите на страните на поставените от Първоинстанционния съд въпроси са изслушани в съдебните заседания от 29 април и 20 май 2008 г.

22 Съгласно член 65, буква б) и член 67, параграф 3, трета алинея от неговия процедурен правилник в хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г. Първоинстанционният съд разпорежда на Комисията да представи всички документи, с които разполага, свързани с преценката на ангажиментите, представени на 15 септември 1999 г., които са изготвени между тази дата и датата на приемане на решението Airtours, а именно 22 септември 1999 г.

23 Комисията е изпълнила това искане, представяйки два документа в хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г. и няколко други документа след това заседание.

24 В срока, предвиден за тази цел от Първоинстанционния съд, ищецът представя коментарите си по различните документи, предоставени от Комисията в резултат на искането на Първоинстанционния съд.

25 Първоначално ищецът моли Първоинстанционния съд по-конкретно да осъди Общността да му изплати сумата от 517 900 000 GBP като обезщетение за следните вреди: пропуснати ползи на First Choice, загуби на икономии, реализирани от синергии, и разходи, свързани с пропуснатата оферта, намалени с разходите за успешното изпълнение на офертата.

26 Тази точка от исканията е променена в хода на производството пред Първоинстанционния съд, с оглед по-специално на данните, предоставени в репликата в отговор на защитата, с писмо до Първоинстанционния съд от 9 януари 2006 г. (вж. точка 17 по-горе) и в хода на съдебното заседание от 20 май 2008 г. в присъствието на експерти, посочени от ищеца и Комисията.

27 Понастоящем ищецът моли Първоинстанционния съд:

— да осъди Общността да му изплати сумата, определена от Първоинстанционния съд при упражняване на правото му на преценка на доказателствата, представени от страните, като обезщетение за претърпените вреди за периода между приемането на решението Airtours (22 септември 1999 г.) и момента, в който той по принцип е можел да придобие First Choice след решението по дело Airtours (считан за 31 октомври 2002 г.),

— да разпореди лихвата във връзка с посоченото по-горе обезщетение да бъде изискуема, считано от датата на решението, с което се установява задължението за обезщетение на вредите по това дело, при лихвен процент от 8 % годишно или при друг лихвен процент, който Първоинстанционният съд може да определи при упражняване на правото си на преценка,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

28 Комисията, подпомагана от Федерална република Германия, моли Първоинстанционния съд:

— да отхвърли иска,

— да осъди ищеца да заплати съдебните разноски.

От правна страна

А — *Предварителни съображения относно условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността*

29 В самото начало Първоинстанционният съд счита за подходящо да разгледа доводите на страните във връзка с условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността, и по-специално във връзка с условието за незаконосъобразно поведение на общностните институции, което изисква достатъчно съществено нарушение на правна норма, която има за цел да се предоставят права на частноправни субекти, както и във връзка със съществуването на твърдяна симетрия между жалбата за отмяна и иска за извъндоговорна отговорност.

1. *Общи доводи на страните*

30 Страните са единодушни относно определянето на условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността, като се позовават на Решение на Съда от 4 юли 2000 г. по дело Bergarderm и Goupil/Комисия (C-352/98 P, Recueil, стр. I-5291, наричано по-нататък „решение Bergaderm“), но спорят относно значението, което следва да бъде отдадено на условието, свързано с установяване на „незаконосъобразно поведение“ при решение за отмяна, както и относно значението, което следва да бъде отдадено на установените от Първоинстанционния съд недостатъци в решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, в рамките на настоящото дело.

а) По понятието за достатъчно съществено нарушение

31 Като свой основен довод ищецът изтъква, че достатъчно същественото нарушение на правна норма, имаща за цел да се предоставят права в полза на частноправни субекти, изискващо се в областта на извъндоговорната отговорност, може да се сравни с явна грешка в преценката, установена в решение за отмяна. При тези условия Първоинстанционният съд надлежно бил взел предвид правото на преценка на Комисията, когато е решил да отмени решението Airtours поради извършените от тази институция грешки, и този довод сам по себе си бил достатъчен, за да се установи наличието на незаконосъобразно поведение съгласно член 288 ЕО.

32 Комисията, подпомагана от Федерална република Германия, отхвърля този довод, изведен от симетрията между жалбата за отмяна и иска за извъндоговорна отговорност, с мотива, че едно решение за отмяна не е достатъчно, за да се установи достатъчно съществено нарушение по смисъла на решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе.

б) По понятието за норма, която има за цел да се предоставят права на частноправни субекти

33 Като твърди съществуването на достатъчно съществено нарушение на правна норма, която има за цел да се предоставят права в полза на частноправни субекти по смисъла на решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, ищецът се позовава по същество на член 2 от Регламент № 4064/89, който определя критериите, в съответствие с които Комисията трябва да обяви дадена концентрация за съвместима или несъвместима с общия пазар. Тази разпоредба предоставяла права на частноправни субекти по смисъла на решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, доколкото приетите на това основание решения съгласно член 8 от Регламент № 4064/89 се отнасят до нотифицираната концентрация. При липсата на решение за съвместимост от страна на Комисията предприятието, нотифицирало въпросната концентрация, не можело да я осъществи и това нарушавало свободата му да извършва стопанска дейност. Регламент № 4064/89 трябвало да се разглежда в контекста на Договора за ЕО, който се основава на икономическия либерализъм и има за цел да насърчи интегрирането на общия пазар. Освен това ищецът поддържа, че Комисията трябва да действа в съответствие с принципа на добра администрация и със задължението за полагане на дължима грижа, с които се предоставят права на частноправните субекти.

34 Комисията поддържа, че член 2 от Регламент № 4064/89 сам по себе си не е правна норма, която цели защита на частноправни субекти, а е правна норма, посочваща критериите, на основата на които дадена концентрация трябва да бъде обявена за съвместима или несъвместима с общия пазар в интерес на потребителите. Нормите, които имат за цел защита на частноправните субекти, каквото е задължението за полагане на дължима грижа, ръководели поведението на Комисията, когато тя прилага правила, сходни с тези на член 2 от Регламент № 4064/89.

2. *Съображения на Първоинстанционния съд*

35 Както следва от постоянната съдебна практика, ангажирането на извъндоговорната отговорност на Общността по смисъла на член 288, втора алинея ЕО за неправомерно поведение на нейните органи е подчинено на кумулирането на

съвкупност от условия, а именно незаконосъобразност на поведението, за което се упреква институцията, наличие на действителна вреда и на причинно-следствена връзка между твърдяното поведение и претендираната вреда (Решение на Съда от 29 септември 1982 г. по дело Oleifici Mediterranei/ЕИО, 26/81, Recueil, стр. 3057, точка 16 и Решение на Първоинстанционния съд от 14 декември 2005 г. по дело Beamglow/Парламент и др., T-383/00, Recueil, стр. II-5459, точка 95).

36 Когато едно от тези условия не е изпълнено, искането за обезщетение следва да се отхвърли, без да е необходимо да се разглеждат другите две условия (Решение на Съда от 15 септември 1994 г. по дело KYDEP/Съвет и Комисия, C-146/91, Recueil, стр. I-4199, точка 81 и Решение на Първоинстанционния съд от 20 февруари 2002 г. по дело Förde-Reederei/Съвет и Комисия, T-170/00, Recueil, стр. II-515, точка 37).

а) По понятието за достатъчно съществено нарушение

37 Когато, както в случая, е налице позоваване на незаконосъобразността на правен акт като основание на иск за обезщетение, за да може тя да ангажира извъндоговорната отговорност на Общността, същата трябва да представлява достатъчно съществено нарушение на правна норма, която има за цел да се предоставят права на частноправни субекти. Решаващ критерий във връзка с това е наличието на явно и сериозно несъблюдаване от общностна институция на границите, които са наложени на нейното право на преценка (Решение на Съда по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, точки 42 и 43 и Решение на Съда от 19 април 2007 г. по дело Holcim (Германия)/Комисия, C-282/05 P, Сборник, стр. I-2941, точка 47).

38 Развитият от Съда режим в областта на извъндоговорната отговорност на Общността взема предвид по-конкретно сложността на ситуациите, които трябва да се уредят, трудностите, свързани с прилагането или тълкуването на правните текстове, и по-специално свободата на преценка, с която разполага

авторът на оспорвания акт (Решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, точка 40 и Решение по дело Holcim (Deutschland)/Комисия, точка 37 по-горе, точка 50).

39 Когато въпросната институция разполага само със значително ограничена или дори несъществуваща свобода на преценка, неспазването на общностното право само по себе си може да бъде достатъчно, за да се установи наличието на достатъчно съществено нарушение на правото на Общността (Решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, точка 44 и Решение по дело Holcim (Deutschland)/Комисия, точка 37 по-горе, точка 47). Същото важи и когато институцията ответник злоупотребява при прилагането на релевантните материалноправни или процесуалноправни норми (вж. в този смисъл Решение на Съда от 14 юли 1967 г. по дело Kampffmeyer и др./Комисия, 5/66, 7/66 и 13/66—24/66, Recueil, стр. 317, 339 и 340).

40 В отговор на процесуално-организационно действие, предприето от Първоинстанционния съд, който иска от страните да разгледат влиянието, което Решение от 11 юли 2007 г. по дело Schneider Electric/Комисия (Т-351/03, Сборник, стр. II-2237, понастоящем обжалвано, дело C-440/07 P, Комисия/Schneider Electric) има върху настоящото дело, с оглед по-специално на принципите, установени в решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, страните признават, че от постоянната съдебна практика следва, че понятието за достатъчно съществено нарушение не включва грешките или недостатъците, които макар да са сериозни до известна степен, не са чужди на обичайното поведение на институция, натоварена да следи за прилагането на правилата на конкуренцията, които са сложни, деликатни и са предмет на значителна свобода на тълкуване.

41 Запитан по този въпрос в хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г., ищецът също посочва, че фактът, че Първоинстанционният съд е отменил решението Airtours — считайки, че предстоящият анализ на конкурентното положение, изложен в него, без да се основава на убедителни доказателства, е опорочен от съвкупност от грешки в преценката, свързани с основни фактори за оценка на евентуалното създаване на съвместно господстващо положение — не бил достатъчен сам по себе си, за да се ангажира извъндоговорната отговорност на Общността, доколкото съдебната практика изисквала други критерии във връзка с исковете за обезщетение.

42 Да се приеме различна позиция, като се отъждестви без друг анализ установената отмяна в решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, с достатъчно съществено нарушение по смисъла на решение по дело Bergaderm, точка 30 по-горе, би означавало да се засегне способността на Комисията да осъществява пълноценно поверената ѝ от Договора за ЕО функция на регулатор на конкуренцията поради възпиращото въздействие, което би могъл да окаже върху контрола на концентрациите рискът от това да трябва да понася твърдените от засегнатите предприятия вреди.

43 С оглед отчитането на такава последица, противоречаща на общия интерес на Общността, неизпълнението на дадено законоустановено задължение — което може, колкото и да е неприятно, да се обясни с обективните ограничения, наложени на институцията и нейните служители в областта на контрола върху концентрациите — не може да се счита, че представлява достатъчно съществено нарушение на правото на Общността за целите на ангажирането на извъндоговорната отговорност на Общността. За сметка на това е предоставено право на получаване на обезщетение за вредите, произтичащи от поведението на институцията, когато това поведение се изразява в акт, който явно противоречи на правните норми и сериозно уврежда интересите на третите лица, и който не може да се обоснове, нито да се обясни с особените ограничения, обективно налагани по отношение на работата при обичайно функциониране.

б) По понятието за правни норми, които имат за цел да се предоставят права на частноправните субекти

44 На първо място, ищецът се позовава на нарушение на материалноправните норми, приложени от Комисията в решението Airtours, за да установи правото си на обезщетение.

45 От една страна, става въпрос за член 2, параграф 3 от Регламент № 4064/89, който предвижда, че „концентрациите, които създават или укрепват господстващо положение, в резултат на което значително би се възпрепятствала ефективната конкуренция на общия пазар или на значителна част от него, се обявяват за несъвместими с общия пазар“ [неофициален превод]. Ако този критерий

е изпълнен, Комисията трябва да приеме решение, основано на член 8, параграф 3 от Регламент № 4064/89, за да обяви такава концентрация за несъвместима с общия пазар.

46 От друга страна, става въпрос за член 2, параграф 2 от Регламент № 4064/89, който предвижда, че „концентрациите, които не създават или укрепват господстващо положение, в резултат на което значително би се възпрепятствала ефективната конкуренция на общия пазар или на значителна част от него, се обявяват за съвместими с общия пазар“ [неофициален превод]. Ако този критерий е изпълнен, Комисията трябва да приеме решение, основано на член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89, за да обяви такава концентрация за съвместима с общия пазар. Това решение може да бъде придружено с условия и задължения, предназначени да гарантират, че съответните предприятия спазват ангажиментите, които са поели по отношение на Комисията, така че концентрацията да стане съвместима с общия пазар.

47 Също като член 2, параграф 2 от Регламент № 4064/89, който предвижда хипотезата на разрешение, член 2, параграф 3 от посочения регламент, който предвижда хипотезата на забрана, се тълкува във връзка с член 2, параграф 1 от същия регламент, който излага факторите, които конкретно следва да бъдат взети предвид от Комисията, за да се прецени съвместимостта или несъвместимостта с общия пазар на дадена концентрация, имаща общностно измерение.

48 Целта на тези разпоредби, разгледани заедно, е да се предоставят права на частноправни субекти, в смисъл, че когато е нотифицирана за концентрация съгласно Регламент № 4064/89, Комисията по принцип е длъжна да вземе становище или като разреши тази концентрация, или като я забрани, съобразно преценката ѝ за икономическите последици, които е най-вероятно да произтекат от въпросната концентрация. Така, ако бъдат изпълнени посочените в член 2, параграф 2 от Регламент № 4064/89 условия, предприятие, което е нотифицирало дадена концентрация с общностно измерение, има право тази концентрация да

бъде обявена за съвместима с общия пазар. Все пак това предприятие не може да извърши концентрацията без разрешение от страна на Комисията (вж. член 7, параграф 1 от Регламент № 4064/89), а решението за забрана, прието на основание член 2, параграф 3 от Регламент № 4064/89, би имало сериозни последици. Такава намеса на Общността в търговската дейност, която изисква от дадено предприятие да получи разрешение, преди да извърши предвижданата концентрация, и която задължава Комисията да забрани осъществяването на тази концентрация, ако тя се окаже несъвместима с общия пазар, предполага задължително, че предприятията, на които е отказано разрешение, могат да искат обезщетение за вредоносните последици от това решение, ако се установи, че решението се основава на достатъчно съществено нарушение на материалноправните норми, прилагани от Комисията за преценка на съвместимостта на въпросната концентрация с общия пазар.

49 На второ място, ищецът се позовава на задължението за дължима грижа, за да установи съществуването на неправомерно поведение от страна на Комисията. По този въпрос е достатъчно да се посочи, че установяването на нередност, която при аналогични обстоятелства не би била допусната от действаща разумно и с дължима грижа администрация, позволява да се заключи, че поведението на институцията представлява незаконосъобразност от естество да ангажира отговорността на Общността на основание на член 288 ЕО (Решение на Първоинстанционния съд от 12 юли 2001 г. по дело Comafrica и Dole Fresh Fruit Europe/Комисия, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 и T-225/99, Recueil, стр. II-1975, точка 134 и Решение на Първоинстанционния съд от 17 март 2005 г. по дело Agraz и др./Комисия, T-285/03, Recueil, стр. II-1063, точка 40, неизменено в резултат на обжалването с Решение на Съда от 9 ноември 2006 г. по дело Agraz и др./Комисия, C-243/05 P, Recueil, стр. I-10833). Този защитен характер на задължението за полагане на дължима грижа по отношение на частноправни субекти, който задължава компетентната институция, когато тя разполага с право на преценка, да разгледа внимателно и безпристрастно всички релевантни обстоятелства по конкретния случай, е признат от съдебната практика, включително в областта на иска за обезщетение (Решение на Съда от 21 ноември 1991 г. по дело Technische Universität München, C-269/90, Recueil, стр. I-5469, точка 14; Решение на Първоинстанционния съд от 18 септември 1995 г. по дело Nölle/Съвет и Комисия, T-167/94, Recueil, стр. II-2589, точки 73—76, Определение на Първоинстанционния съд от 14 декември 2005 г. по дело Arizona Chemical и др./Комисия, T-369/03, Recueil, стр. II-5839, точка 88 и Решение по дело Agraz и др./Комисия, посочено по-горе, точка 49; вж. също Решение на Първоинстанционния съд от 9 юли 1999 г. по дело New Europe Consulting и Brown/Комисия, T-231/97, Recueil, стр. II-2403, точки 37—451, което е свързано с принципа на добрата администрация).

50 От горното следва, че член 2, параграф 3 от Регламент № 4064/89 във връзка с параграфи 1 и 2 от тази разпоредба, и с член 8, параграфи 2 и 3 от посочения регламент, както и задължението за полагане на дължима грижа, установяват правила, чиято цел е да се предоставят права на предприятията, засегнати от решение, което забранява извършването на концентрация.

51 В светлината на тези принципи трябва да се провери дали незаконосъобразността, която опорочава решението Airtours, отменено с решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, може да ангажира извъндоговорната отговорност на Общността поради достатъчно съществено нарушение на материалноправните и процесуални норми, на които може да се позове предприятие, което иска разрешение за своята концентрация. В тази връзка твърденията за съществуване на достатъчно съществено нарушение на етапа на преценката от Комисията на последиците от концентрацията върху конкуренцията следва да се разграничат от твърденията за съществуване на достатъчно съществено нарушение на етапа на анализ на предложените в хода на административното производство ангажименти.

Б — *По съществуването на „достатъчно съществено нарушение“ на етапа на преценка от страна на Комисията на последиците от концентрацията Airtours/First Choice върху конкуренцията на общия пазар*

1. *Доводи на страните*

52 Ищецът поддържа, че неправомерното поведение, изисквано съгласно съдебната практика, следваща от решение по дело Bergaderm, произтича от решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, което показва доколко поведението на Комисията се явява достатъчно съществено нарушение. Приемайки решението Airtours, Комисията извършила достатъчно съществено нарушение, така че да се ангажира отговорността на Общността съгласно член 288, втора алинея ЕО поради явното и сериозно несъблюдаване на границите, наложени на нейното право на преценка съгласно член 2 от Регламент № 4064/89, както и на общото задължение за полагане на дължима грижа. Тези две различни основания били неразривно

свързани и намирали израз в единствения въпрос дали, преценявайки съвместимостта на концентрацията Airtours/First Choice с общия пазар, Комисията е изпълнила в достатъчна степен своите функции и задължения в качеството ѝ на орган по конкуренция.

53 В подкрепа на тези доводи ищецът разграничава два вида грешки в направените разсъждения за преценката на последиците от концентрацията. От една страна, ищецът изтъква, че Комисията не е удовлетворявала нивото на компетентност, изисквано в областта на контрола на концентрациите, което налагало като минимум познаване на приложимото право и установяване на достатъчно факти, за да се разбере конкурентното положение и да се характеризира съвместното господстващо положение. Ищецът квалифицира допуснатите от Комисията на този етап пропуски като грешки от първо ниво (вж. точки 54—71 по-нататък). От друга страна, ищецът поддържа, че тези грешки били задълбочени и потвърдени от редица грешки от второ ниво, свързани с факта, че Комисията не е взела предвид представените доказателства и не е надлежно мотивирала решението Airtours. Сами по себе си или във връзка с грешките от първо ниво тези грешки от второ ниво доказвали, че Комисията била явно некомпетентна при разглеждането на релевантните доказателства и че тя е пренебрегнала тези доказателства, защото противоречали на развитата от нея теория (вж. точки 72 и 73 по-нататък).

а) По задължението за признаване на ограниченото приложно поле на член 2 от Регламент № 4064/89

54 По отношение на приложимото право ищецът подчертава, че в своята жалба за отмяна е изтъкнал, че решението Airtours е основано поне частично на едностранни последици, което според него представлявало неточно тълкуване на член 2 от Регламент № 4064/89 и явно неспазване на свободата на преценка, с която разполагала Комисията при прилагане на тази разпоредба.

55 Комисията напомня, че решението Airtours се основавало на преценката на съвместно господстващо положение, а не на теорията на едностранните последици. Въпросът дали теорията на едностранните последици може да се приложи в контекста на член 2 от Регламент № 4064/89 бил ирелевантен за настоящия иск за обезщетение.

б) По задължението за определяне на положението на пазара при липсата на концентрация

56 По отношение на фактическия анализ на последиците от концентрацията върху конкуренцията ищецът поддържа, че Комисията е нарушила сериозно правото си на преценка, като не е уточнила какво е било положението на конкуренцията преди извършването на предвижданата концентрация, което представлява отправна точка за анализа на последиците от концентрацията върху конкуренцията (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 84). Неизпълнението от страна на Комисията на задължението ѝ да изрази становище по този въпрос опорочавало цялото решение Airtours (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 75). Така Комисията искала да изтъкне, че развитието на пазара през 18-те месеца, следващи публикуването на заключенията от доклада на Monopolies and Mergers Commission — един от органите по конкуренция в Обединеното кралство — можело изцяло да лиши от основание заключенията на този доклад, според които в края на 1997 г. пазарът бил широко конкурентен (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 96—108).

57 Комисията посочва, че е разгледала промените, настъпили на пазара на туроператорите в Обединеното кралство между 1997 г., когато е публикуван докладът на Monopolies and Mergers Commission, и 1999 г., когато е нотифицирана концентрацията. Тя заключава, че е имало значително нарастване на нивото на концентрация, като основава това заключение на доказателствата от трети заинтересовани страни, което е повлияло на преценката ѝ на последиците от концентрацията. Комисията обаче изтъква, че в решението Airtours е приела, че преди концентрацията не е съществувало господстващо положение, също както Първоинстанционният съд констатира в точка 88 от решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, въпреки че в точка 75 от него той критикува „елиптичния“ характер на неговото описание. Според Комисията следователно е необходимо да се докаже установяването на такова положение, а не засилването му. По този начин никой не би поставил под въпрос необходимостта от установяване на

положението на пазара при липсата на концентрация. Единственият въпрос, който се поставял, е дали вече съществувала тенденция за създаване на съвместно господстващо положение, в който случай концентрацията можела да наруши деликатното равновесие, и поради това да ограничи значително обхвата на ефективната конкуренция. Следователно Комисията не допуснала грешка, като не е установила положението на пазара, а само като е приела, че аспектите на съществуващото положение на пазара, разглеждани глобално, а именно характеристиките на пазара, описани в съображения 87—126 от решението Airtours, можели да благоприятстват създаването на съвместно господстващо положение след концентрацията.

в) По задължението за установяване на условията за тайно споразумение

58 Ищецът напомня, че за да се констатира създаването на съвместно господстващо положение, Комисията трябвало да провери дали са изпълнени трите условия, съдържащи се в точка 62 от решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, а именно: първо, възможността на всеки член на господстващия олигопол да следи дали другите членове се придържат към общата линия на поведение, което зависи от достатъчната прозрачност на пазара; второ, устойчивостта във времето на такова тайно съгласуване, което предполага да съществува стимулиране на липсата на отклонение от общата линия на поведение; трето, предвидимата реакция на настоящите и бъдещи конкуренти и потребители да не поставя под въпрос общата линия на поведение. Редица доказателства обаче, изтъкнати от Комисията в решението Airtours с цел доказване на съществуването на тези условия, се основавали на погрешна преценка на фактите.

59 Комисията уточнява, че е разгледала различните условия, посочени от ищеца, както произтича от съображение 87 от решението Airtours, в което се изброяват въпросните доказателства. Следователно нейната запознатост с необходимите условия за установяването на съвместно господстващо положение не била под въпрос.

По нестабилността на пазарните дялове

60 Ищецът подчертава, че колебанията на пазарните дялове са релевантен елемент за преценката на Комисията (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 111). В конкретния случай ищецът изтъква, че трудността произтичала от чувствителната нестабилност в миналото на пазарните дялове на различните оператори на въпросния пазар, което можело да означава, че този пазар не бил предмет на съвместно господстващо положение. Този факт обаче не бил взет предвид в решението Airtours, вероятно защото Комисията считала, че е несъвместим с нейната теза.

61 Комисията твърди, че значителната нестабилност на пазарните дялове се дължи на отчитането на придобиванията, осъществени от някои оператори. Напротив, ако такива придобивания се изключели, пазарните дялове щели да бъдат много стабилни. Комисията подчертава, че в решението Airtours е приела, че степента на вътрешното нарастване е най-релевантният критерий за преценка на стимулите за паралелно олигополно поведение, доколкото, когато има по-малка вероятност от увеличаване на пазарния дял чрез нарастване на капацитета, е налице по-голяма вероятност от възприемане на паралелно поведение. Този анализ не бил възприет от Първоинстанционния съд, който приел, че Комисията не доказала доколко възможността за осъществяване на конкуренция чрез придобивания е ирелевантна. Това не означавало обаче, че посоченият анализ се основавал на очевидно незачитане на доказателствата, събрани в хода на административното производство, като се има предвид, че някои от тези доказателства показват, че след 1998 г. перспективите за придобивания били ограничени.

По нестабилността на търсенето

62 Ищецът подчертава, че стабилността на търсенето е фактор, благоприятстващ установяването на господстващо положение (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 139). Този въпрос обаче бил пренебрегнат в съображение 97 от решение Airtours, в което Комисията посочвала, че нестабилността на търсенето пораждала по-благоприятни пазарни условия за създаването на съвместно

господстващо положение. Единствено в хода на разискванията в производството по жалбата за отмяна Комисията признала, че икономическата теория имала значението, което ѝ се признава в решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, и че се е опитала неуспешно да защити тезата си въз основа на конкретните факти по делото. Това не била правилна позиция. Ако значението на икономическата теория било несъвместимо с приетия от Комисията в решението Airtours подход, Комисията била длъжна да изложи съгласувана теза, подкрепена от защитима икономическа теория в подкрепа на позицията си.

63 Комисията посочва, че в хода на административното производство е разгледала доклада Binmore, предоставен от ищеца, отнасящ се до значението на нестабилността на търсенето. Тя дори поискала от ищеца да предостави допълнително становище по този доклад. Следователно докладът не бил пренебрегнат от Комисията, която обаче заявява, че той не съдържал данни относно въпросния пазар, а се отнасял главно за възможността за координиране по-скоро на цените, отколкото на капацитета. Комисията също подчертава, че в доклада дори се признавало, че координирането на капацитета било възможно, но се изразявало съмнение дали може действително да се възпрат туроператорите от измами.

По слабото нарастване на търсенето

64 Ищецът твърди, че слабото нарастване на търсенето е фактор, благоприятстващ тайното споразумяване. Той обаче посочва, че в хода на административното производство е отбелязал, че търсенето е нараснало в миналото с по-бързи темпове от тази на брутния вътрешен продукт в Обединеното кралство, че независимо от краткия спад през 1995 г. и 1996 г., според основния секторен доклад търсенето е нараснало отново и че през следващите две години се очаквало неговото нарастване да продължи. Комисията обаче не взела предвид тези факти. Според ищеца, както става ясно от устните състезания пред Първоинстанционния съд, Комисията е предпочитала да се основава на недатирана, изолирана част от страница от доклад, изготвен от Ogilvy & Mather, пълното съдържание на който тя никога не била виждала или разглеждала. Този документ ѝ бил предоставен от целевото дружество, First

Choice, което се противопоставя на концентрацията. Този текст, цитиран избирателно и неточно от Комисията, изобщо не бил предоставен на ищеца за становище в хода на административното производство и противоречал на други доказателства, представени на Комисията. Това представлявало безспорен пример за явно несъблюдаване на общото задължение за полагане на дължима грижа.

65 Комисията напомня, че въпросът е дали нарастването на търсенето е било достатъчно голямо, за да се изключи всякакво паралелно поведение след концентрацията. Тя подчертава, че преценявайки този аспект по делото Airtours, е поискала от основните оператори оценка на нарастването на търсенето за минал и бъдещ период и че именно в тази връзка е била упрекната, че не е цитирала правилно доклада Ogilvy & Mather. В това отношение Комисията подчертава, че процентът на нарастване на пазара, посочен в този доклад, бил 3,7 %, докато процентът на нарастване, посочен от ищеца въз основа на статистическите изследвания на British National Travel Survey (BNTS), се равнявал на 3,4 %. Това разискване било още по-неясно, тъй като се считало, че данните на Ogilvy & Mather се основават на статистическите изследвания на BNTS. Следователно между доказателствата нямало действително противоречие. Във всеки случай Комисията твърди, че ищецът не е засегнал въпроса относно прогнозите за нарастване на търсенето. По този пункт Комисията посочва, че е можела да се основе на становището, представено от ищеца в хода на административното производство, съгласно което годишният процент на нарастване на търсенето през 2000/2002 г. се изчислявал приблизително на 3,3 %.

По прозрачността на пазара

66 Ищецът твърди, че прозрачността на пазара е съществен елемент при преценката на съществуването на съвместно господстващо положение, доколкото, когато липсва прозрачност, икономическите оператори са затруднени при сключването на тайни споразумения, установяването и санкционирането на тези, които не съблюдават такива споразумения (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 156 и 159). Според него в настоящия случай трудност за Комисията представлявало почти неизчерпаемото разнообразие от ваканционни оферти.

Такава хетерогенност на продукта правела тайното споразумяване много по-трудно. Изправена обаче пред трудността да обоснове своята теза относно тайното споразумяване, Комисията просто решила да не го взима предвид. Тя просто предпочела да твърди, че членовете на олигопола координирали капацитета, а не цените, и че „трябва[ло] само да се познава цялостният капацитет (брой на ваканциите), предложен от всеки включен туроператор“ (съображение 91 от решение Airtours). Тя твърдяла също, че тъй като планирането относно предстоящия сезон се основавало на оборота от предходния сезон, пазарът бил прозрачен. По този начин Комисията не отчела доказателствата, предявени в хода на административното производство. Освен това Комисията изопачила анализа на Първоинстанционния съд в решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, като поддържала, че за да си състави становище по въпроса, е трябвало да анализира голямо количество информация. Въпреки това според ищеца истинската трудност не се състояла в това: Комисията просто отказала да разгледа подробно въпроса за хетерогенността на продукта и за сложния характер на дейността по организиране на капацитета или сама да извърши предприетата от Първоинстанционния съд работа, независимо от голямата ѝ важност за всяко дело, свързано със съвместно господстващо положение.

67 Комисията твърди, че приетата от Първоинстанционния съд недостатъчна обоснованост на дадено искане не означавала, че тя е показала явно и сериозно несъблюдаване на задължението си да разгледа внимателно доказателствата. В случая Комисията поддържа, че ако туроператорите решат да възприемат паралелно поведение на целия въпросен пазар, те трябва да могат да разпознаят достатъчно рано всякакво отдалечаване от това поведение на пазара, за да санкционират отклоняващото се поведение. Следователно въпросната прозрачност следва да се отнася до параметъра, с който може да бъде свързано тайното споразумение, а именно до пълния капацитет на пазара, а не до разпределянето на този капацитет между различните дестинации, които интересуват потребителите. Поради това основният въпрос бил дали съществува достатъчна прозрачност, така че анормалното повишаване на капацитета да бъде открито на достатъчно ранен етап и другите туроператори да отговорят с ответни мерки. По този въпрос Комисията посочва, че е заключила относно съществуването на значителна приемственост от сезон на сезон. Тя добавя, че макар общият капацитет да обхваща множество решения, тези решения се вземат в рамките на пакет, определен от предвиденото търсене. Според Комисията познаването на предходните оферти на други туроператори позволявало на туроператорите да констатират бързо промените в текущите оферти. Доколкото първите брошури

били публикувани от 12 до 15 месеца преди самата ваканция, решенията в областта на въздушния транспорт, и донякъде в областта на капацитета на хотелите, били видни за всички.

По задължението за разглеждане на съществуването на възпиращ механизъм

68 Ищецът посочва, че макар необходимостта от възпиращ механизъм да е призната като основа за установяване наличието на съвместно господстващо положение (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 192 и 193), становището на Комисията в решението Airtours относно необходимостта от такъв механизъм е двусмислено (Решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 191). Първоинстанционният съд също отхвърлил доводите, изтъкнати от Комисията, подкрепящи съществуването на такъв механизъм, и Комисията се опитала да обясни тези грешки, твърдейки, че те се обясняват с факта, че преценката на Първоинстанционния съд относно прозрачността и нестабилността на търсенето се различава от тази, която тя е приела в решението Airtours. Такова обяснение не било задоволително, доколкото не можело да се прави позоваване на предходна грешка, за да се извини по-късна такава.

69 Комисията напомня, че доводите ѝ, изложени в съображения 55 и 150 от решението Airtours във връзка с необходимостта от „строг механизъм за ответни мерки", се отнасяли до типа механизъм, който ищецът твърдял, че е необходим, по същество механизъм от типа, който обикновено се среща по-скоро при картелите, отколкото при положение на олигопол. Фактът, че Първоинстанционният съд отхвърлил заключенията на Комисията относно различните начини за налагане на ответни мерки (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 200—207), не означавал, че Комисията не е взела предвид релевантните доказателства. Всъщност от съображение 148 и следващите от решението Airtours произтичало, че Комисията е разгледала точно повдигнатите от ищеца въпроси.

По задължението да се отдаде необходимото значение на реакцията на настоящите и потенциални конкуренти и потребители

70 Ищецът посочва, че Първоинстанционният съд е упрекнал Комисията, че не е разгледала надлежно възможната реакция на по-малките туроператори и на другите конкуренти, както и на потенциалните потребители при осъществяване на концентрацията (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 213, 266, 273 и 274). По отношение на тези въпроси Комисията пренебрегнала изложените от ищеца в хода на административното производство доказателства.

71 Комисията посочва, че съгласно решението Airtours основна пречка пред капацитета на малките туроператори да реагират на ограничаването на капацитета, наложено от големите туроператори, била достъпът до места в самолетите. Първоинстанционният съд все пак заключил, че съществуват определен брой източници, които могат да предложат места на малките туроператори при задоволителни условия. Касаело се за различна преценка на доказателствата, а не за неотчитането им от страна на Комисията. Същото важало и за достъпа до дистрибуторски канали. Фактът, че анализът на Комисията не бил приет от Първоинстанционния съд, не бил достатъчен, за да се докаже, че тя е допуснала грешка или че не е отчела доказателствата. По отношение на потенциалните конкуренти Комисията посочва, че заключенията ѝ се основавали на съображенията, свързани с достъпа до места в самолетите и до дистрибуторските канали, посочени във връзка с малките туроператори. Същото важало и за довода, основан на неотчитането на евентуалната реакция на потребителите, доколкото възможността на потребителите да закупуват ваканционни пакети от малките туроператори зависела от възможността на последните да ги предлагат. Комисията счита, че макар тези заключения да са счетени за погрешни, те все пак не били лишени от основание.

г) По кумулативния ефект на случаите на неотчитане на доказателствата и по недостатъчното мотивиране

72 Ищецът твърди, че решението Airtours показва редица грешки от второ ниво, които задълбочават и потвърждават посочените по-горе грешки. Редица грешки, разглеждани съвместно, могат да ангажират отговорността на Общността на основание на член 288, втора алинея ЕО (Решение на Първоинстанционния съд от 28 ноември 2002 г. по дело Scan Office Design/Комисия, T-40/01, Recueil, стр. II-5043, точка 107). Що се отнася до всеки аспект от доводите, свързани със съвместното господстващо положение, ищецът представил доказателства, които не били отчетени от Комисията. По този въпрос съществували около четиридесет случаи на неотчитане от Комисията на такива доказателства. Не можело да се твърди от страна на Комисията, че становището ѝ по тези въпроси не е неоснователно. Освен това Комисията поддържала, че решението Airtours е достатъчно мотивирано, което било погрешно, доколкото третото правно основание от жалбата за отмяна се отнасяло не само до нарушение на член 2 от Регламент № 4064/89, но и до нарушение на член 253 ЕО. По-нататък член 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз, прокламирана на 7 декември 2000 г. в Ница (ОВ C 364, 2000 г., стр. 1), предвиждал, че правото на добра администрация включва задължението на администрацията да мотивира своите решения. В настоящия случай Комисията не изпълнила задължението си да приведе убедителни доказателства, по силата на които решението Airtours да бъде класирано сред редицата решения, които тя може да приеме предвид предоставената ѝ свобода на действие. Съществували 22 примера на такова недостатъчно мотивиране.

73 Комисията изтъква, че предпочитането на някои доказателства пред други не представлява явно неотчитане на доказателствата като цяло, нито явно неотчитане на всяко от тях. Подобно заключение било приемливо само ако постигнатият въз основа на доказателствата резултат е явно и напълно в противоречие с тях. В едно от приложенията към своята дуплика Комисията излага всички доказателства, с които е разполагала и които са били разгледани внимателно и съвестно в хода на административното производство. Освен това Комисията посочва, че нарушението на член 253 ЕО не ангажира отговорността на институцията, тъй като задължението за мотивиране не е правна норма, която закриля частноправни субекти. Освен това решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, не съдържало никакви съображения в състояние да установят съществуването на нарушение на задължението за мотивиране. В допълнение

позоваването на член 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз било ирелевантно, доколкото този член не предвиждал, че липсата на мотивиране обосновава предявяването на иск за обезщетение.

2. *Съображения на Първоинстанционния съд*

а) По довода относно задължението за признаване на ограниченото приложно поле на член 2 от Регламент № 4064/89

74 В самото начало, в отговор на твърдението на ищеца, според което Комисията явно и сериозно нарушила границите, наложени на правото ѝ на преценка, като се позовала поне частично на икономическата теория за едностранните последици, за да обяви концентрацията Airtours/First Choice за несъвместима с общия пазар съгласно член 2 от Регламент № 4064/89, следва да се заключи, както Първоинстанционният съд прави това в точки 49—54 от решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, че Комисията отрича да е приела нов подход спрямо тази разпоредба, и поддържа, че е приложила подхода, използван по-рано и одобрен от Първоинстанционния съд в решението му от 25 март 1999 г. по дело Gencor/Комисия (Т-102/96, Recueil, стр. II-753).

75 Като се има предвид обаче това оспорване от Комисията и при липсата на достатъчно подробни данни от страна на ищеца, които позволяват да се установи дали и в каква степен този нов подход, за който се твърди, е могъл да има и най-малкото влияние върху преценката от Комисията на последиците от концентрацията Airtours/First Choice върху конкуренцията, не е необходимо произнасяне относно твърдяното неизпълнение на задължението за признаване на ограниченото приложно поле на член 2 от Регламент № 4064/89.

б) По доводите относно задължението за определяне на положението на пазара при липсата на концентрация и относно задължението за установяване на условията за тайно споразумение

76 По отношение на твърденията на ищеца, свързани с явното и сериозно незачитане на границите, които са наложени на правото на преценка на Комисията в рамките на анализа ѝ на концентрацията Airtours/First Choice с оглед на критериите относно създаването на съвместно господстващо положение, следва да се напомни в какво се състои такъв анализ.

77 Съвместно господстващо положение, което възпрепятства значително ефективната конкуренция на общия пазар или на съществена част от него, може да настъпи в резултат на концентрация, когато с оглед на самите характеристики на въпросния пазар и промените в неговата структура, до които води осъществяването на концентрацията, последната може да накара всеки член на господстващия олигопол, вземайки предвид общите интереси, да счете за възможно, икономически разумно, и следователно за предпочитане да приеме трайно обща линия на действие на пазара с цел продажба над конкурентните цени, без да трябва да сключва споразумение или да прибягва към съгласувана практика по смисъла на член 81 ЕО и без настоящите или потенциални конкуренти, или клиентите, или потребителите да могат да реагират ефективно (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 61).

78 За създаването на така определеното съвместно господстващо положение са необходими три условия. На първо място, всеки член на господстващия олигопол трябва да може да разбира какво е поведението на другите членове, за да проверява дали те приемат или не общата линия на действие. На второ място, необходимо е положението на тайно съгласуване да бъде устойчиво във времето, т.е. нужно е да съществува стимул за неотклоняване от общата линия на поведение на пазара. На трето място, за да се докаже надлежно съществуването на съвместно господстващо положение, Комисията трябва също да установи, че предвидимата реакция на настоящите и потенциалните конкуренти, както и на потребителите не би поставила под въпрос очакваните от общата линия на действие резултати (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 62).

79 В рамките на жалбата за отмяна Първоинстанционният съд е приел, че с оглед на горното е необходимо да се заключи, че доколкото съвсем не е основала своя прогнозен анализ на убедителни доказателства, в решението Airtours Комисията е допуснала съвкупност от грешки в преценката относно важните фактори за преценка на възможното създаване на съвместно господстващо положение. Следователно Комисията е забранила концентрацията, без да установи надлежно, че тя би довела до възникване на съвместно господстващо положение за трите големи туроператора, което може да засегне значително ефективната конкуренция на въпросния пазар (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 294).

80 В областта на извъндоговорната отговорност по принцип не може да се изключи, че явните и сериозни пороци, засягащи икономическия анализ, който е в основата на решение, прието съгласно член 8, параграф 3 от Регламент № 4064/89, с което дадена концентрация се обявява за несъвместима с общия пазар съгласно член 2, параграфи 1 и 3 от посочения регламент, могат да представляват достатъчно съществени нарушения, за да ангажират извъндоговорната отговорност на Общността по смисъла на съдебната практика (вж. точки 37—43 по-горе).

81 Подобна констатация обаче налага да се държи сметка, че както от гледна точка на фактите, така и от гледна точка на обосновката, развита въз основа на описанието им, икономическите анализи, необходими за квалифицирането на дадена ситуация или концентрация в правото на конкуренцията, са по общо правило сложни и трудни интелектуални изложения, в които могат да се прокраднат известни слабости, като приближения, непоследователност, а дори и някои пропуски. Това важи още повече в областта на контрола върху концентрациите предвид по-специално на наложените на институцията ограничения в сроковете. Всъщност следва да се отбележи, че по съображения за правна сигурност, свързани с необходимостта да се позволи на икономическите оператори възможно най-бързо да получат решение от Комисията, за да могат да реализират своята концентрация, Комисията трябва да действа в кратки и стриктни срокове. Ако възникнат сериозни съмнения относно последиците от нотифицираната концентрация върху конкуренцията, Комисията разполага само с период от четири месеца, за да разследва тази концентрация и да получи становищата на всички засегнати или заинтересовани страни.

82 Такива недостатъци в икономическия анализ е още по-вероятно да възникнат, когато анализът съдържа елемент на прогноза както в случая с контрола на концентрациите. При тези обстоятелства сериозността на даден документен или логически недостатък не може винаги да бъде достатъчно условие за ангажиране на отговорността на Общността. В настоящия случай следва да се посочи, че трудността, която е вътрешноприсъща на прогнозния аспект на анализа на последиците от концентрацията върху конкурентното положение, след нейното осъществяване се увеличава още поради факта, че въпросното икономическо положение е било изключително сложно, доколкото от Комисията се е изисквало да прецени възможното създаване на съвместно господстващо положение — от олигополен, а не просто от дуополен характер — на даден пазар за продукт, който комбинира продажба чрез туристическа агенция, въздушен транспорт и престой в хотел и на който конкуренцията се реализира по-скоро по отношение на капацитета, отколкото на цените.

83 Необходимо е също да се напомни, че Комисията разполага със свобода на преценка с цел запазване на контрола върху политиката на Общността в областта на конкуренцията, което означава, че от нея не може да се очаква абсолютно постоянна и непроменлива практика при прилагането на съответните правни норми и съответно че тя се ползва от известна свобода на действие при избора на икометричните инструменти, с които разполага, както и при избора на подходящ подход за изучаване на даден феномен (вж. в този смисъл по отношение определянето на релевантния пазар Решение на Първоинстанционния съд от 17 декември 2003 г. по дело British Airways/Комисия T-219/99, Recueil, стр. II-5917, точки 89 и сл. и Решение на Първоинстанционния съд от 17 септември 2007 г. по дело Microsoft/Комисия, T-201/04, Сборник, стр. II-3601, точка 482), доколкото този избор не е в явно противоречие с признатите правила на икономическата дисциплина и се прилага последователно.

84 Сложността на положенията, които следва да се регулират в областта на контрола върху концентрациите, трудностите при прилагането, свързани с времевите ограничения, наложени на администрацията в това отношение, както и свободата на преценка, която следва да се признае на Комисията, трябва да бъдат взети предвид с оглед на преценката на съществуването на достатъчно съществено нарушение, извършено от Комисията в рамките на нейния анализ на последиците от концентрацията Airtours/First Choice върху конкуренцията.

85 Следователно анализът на Първоинстанционния съд в рамките на иска за обезщетение трябва по необходимост да отчете случайните фактори и трудностите, характерни за контрола на концентрациите като цяло и за сложните олигополни структури в частност. В този смисъл трябва да се тълкува и правото на преценка на администрацията по смисъла на съдебната практика, произтичаща от Решението по дело Bergaderm, точка 30 по-горе. Упражняването на това право само по себе си е свързано с повече изисквания, отколкото това, което се налага в рамките на жалба за отмяна, когато съобразно правните основания, представени от жалбоподателя, Първоинстанционния съд само проверява законосъобразността на обжалваното решение, за да се увери, че Комисията е преценила правилно различните елементи, което ѝ дава възможност да обяви нотифицираната концентрация за несъвместима с общия пазар по смисъла на член 2, параграфи 1 и 3 от Регламент № 4064/89. Следователно, противно на твърденията на ищеца, обикновените грешки в преценката и липсата на представени релевантни доказателства в рамките на решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, не могат сами по себе си да бъдат достатъчни за квалификацията на явно и съществено нарушение на границите, които са наложени на правото на преценка на Комисията в областта на контрола на концентрациите, и при наличието на сложно олигополно положение.

86 В този контекст доводите относно слабото нарастване на търсенето изискват по-специално разглеждане, доколкото преценката на Комисията по този въпрос се основава на непълно и погрешно преценяване на данните, представени ѝ в хода на административното производство и които са в основата на решението Airtours (вж. точка 64 по-горе, решение по дело Airtours, точка 12 по-горе, точка 127). Въпреки това ограниченията, присъщи за контрола на концентрациите, са от такова естество, че самият факт, че Комисията е тълкувала даден документ, без да се придържа към буквалното му съдържание и телеологическия му обхват, макар че е решила да го приеме като основен документ при преценката си, според която процентното нарастване на пазара през 90-те години е било умерено и ще продължи да бъде такова (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 130), не е достатъчно условие, за да се ангажира извъндоговорната отговорност на Общността (вж. точка 82 по-горе). Същото важи и за факта, че Комисията не е отчела определени данни, налице в преписката, на които се позовава в случая въпросният документ (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 132).

87 В случая Комисията е разполагала с доказателства по административната преписка, въз основа на които е могла с основание да приеме, че нарастването ще се повиши бавно през следващите години. Фактът, че направената преценка в решението Airtours е била поставена под въпрос от Първоинстанционния съд,

може да бъде отнесен към спора относно законосъобразността, при който Първоинстанционният съд проверява правните и фактически заключения на Комисията предвид изложените от ищеца в жалбата му доводи и приетите в това решение доказателства. Това обстоятелство обаче не означава, че Комисията е извършила явно и съществено нарушение на правото си на преценка в областта на контрола на концентрациите, считано от момента, в който — както в случая — тя може да обясни причините, поради които е можела основателно да счита, че преценката ѝ е основателна. В тази връзка от административната преписка следва, че самият ищец е предоставил на Комисията данни, които предвиждат слаб годишен процент на нарастване на търсенето за периода от 2000 г. до 2002 г.

88 По отношение на довода, свързан с прозрачността на пазара, не може да се оспори, че в тази връзка Комисията не е отчела ключов елемент при определянето дали е налице съвместно господстващо положение, което ограничава конкуренцията (вж. точка 66 по-горе и решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точки 156—180). Въпреки това, както и при нарастването на търсенето, мотивите, изложени по този въпрос в решението Airtours, показват, че макар заключенията, до които достига Комисията, да не са приети от Първоинстанционния съд, доколкото тези мотиви не са били достатъчно подкрепени с доказателства или са били зле изложени, факт е, че Комисията се е произнесла след внимателно разглеждане на предоставените в хода на административното производство данни. Въпреки че в рамките на жалбата за отмяна е установена незаконосъобразност, тази грешка в преценката може да се обясни с обективните ограничения, наложени на институцията и на нейните служители по силата на разпоредбите, уреждащи контрола на концентрациите (вж. точка 43 по-горе).

89 Всъщност въпреки че приетият от Комисията в решението Airtours подход, който се ограничава до цялостно отчитане на всички пакетни туристически ваканции, предложени от всеки туроператор, не е възприет от Първоинстанционния съд, който е предпочел защитения от ищеца подход, съгласно който този сложен процес се състои не само във възобновяване на очаквания или реализиран в миналото капацитет, а в приемането на множество разнородни решения на микроикономическо ниво, отчитайки оценките, свързани с нестабилността на пазара и с нарастване на търсенето, факт е, че предвид съдържащите се в административната преписка данни тезата, развита от Комисията, колкото и погрешна да е с оглед на контрола за законосъобразност, не представлява

достатъчно съществена грешка, за да бъде считана за чужда на обичайното поведение на дадена институция, отговорна да гарантира прилагането на правилата в областта на конкуренцията.

90 Освен това е безспорно, че другите грешки, установени в рамките на решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, също не са достатъчно съществени, за да ангажират извъндоговорната отговорност на Общността.

91 Същото важи и за твърдяното неизпълнение на задължението за определяне на положението на пазара при липсата на концентрация (вж. точка 56 по-горе), доколкото от изложените от Комисията доводи надлежно следва, че посоченото положение е разгледано от нейните служби въз основа на наличните доказателства, за да се установят какви биха били промените в структурата на конкуренцията след извършването на концентрацията.

92 Същото важи и за доводите, основани на нестабилността на пазарните дялове (вж. точка 60 по-горе), на твърдяното неизпълнение на задължението за проверка дали съществува възпиращ механизъм (вж. точка 68 по-горе) и на твърдяното неизпълнение на задължението за отдаване на значение на реакцията на настоящите и потенциални конкуренти и потребители (вж. точка 70 по-горе), доколкото защитаваната от Комисията по тези въпроси теза, която не е приета от Първоинстанционния съд, не съответства на явно и съществено неотчитане на съдържащите се в административната преписка данни.

93 Същите разсъждения важат и за доводите, основани на нестабилността на търсенето (вж. точка 62 по-горе), тъй като недостатъчното мотивиране, на което се позовава ищецът, не е от такава важност, че да може да се счита за достатъчно съществено за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността.

Впрочем във връзка с това Комисията посочва, че изтъкнатите по този въпрос от ищеца доказателства сами по себе си не са достатъчни, за да се установи нестабилност на търсенето.

в) По доводите, свързани с кумулативния ефект на случаите на неотчитане на доказателствата и на недостатъчното мотивиране

94 Разгледани поотделно, посочените от Първоинстанционния съд в решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, грешки в преценката могат да се обяснят с обективните ограничения, присъщи на контрола на концентрациите и на особената сложност на разглежданото в случая конкурентно положение. Този анализ не се поставя под въпрос от кумулативния ефект, на който се позовава ищецът, който твърди, че редица грешки, разглеждани като цяло, могат да бъдат достатъчни, за да се ангажира извъндоговорната отговорност на Общността.

95 Във връзка с това следва да се посочи, че не може да се прави позоваване на точка 107 от решение по дело Scan Office Design/Комисия, точка 72 по-горе, в подкрепа на такива доводи, доколкото Първоинстанционният съд е приел в него, че по това дело Комисията е допуснала „редица сериозни грешки, които разглеждани поотделно или поне взети заедно, трябва да се считат за изпълняващи първото от трите условия, необходими за ангажирането на извъндоговорната отговорност на Общността“. Тези грешки имат съвсем различен характер от този на грешките в преценката, посочени от Първоинстанционния съд в решение по дело Airtours, точка 11 по-горе. В решение по дело Scan Office Design/Комисия, точка 72 по-горе, става въпрос за съществени грешки, допуснати при оценката на обществена поръчка, а именно отказ на Комисията да представи документи с погрешния мотив, че не съществували приемане на подадена извън срока оферта, свързана с обществена поръчка, отчитане на оценка, която не е подписана и пояснена, на неправилни оценки и избор на оферта, която не съответства на продуктовата спецификация. В настоящото дело грешките в преценката са допуснати от службите на Комисията, когато те е следвало да разгледат множество доказателства, за да анализират особено трудно за квалифициране конкурентно положение. Свободата на преценка, която трябва да бъде призната на Комисията в рамките на въпросите

за извъндоговорната отговорност при контрола на концентрациите, се прилага както на ниво отделна проверка на грешките, които могат да бъдат допуснати на етапа на анализ на последиците от концентрацията върху конкуренцията, така и на етапа на цялостната проверка на такива грешки. Следователно в случая не може да се счита, че самият факт, че са били установени редица грешки в преценката в решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, води непременно до ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността.

96 На последно място, по отношение на довода, основан на недостатъчното мотивиране в решението Airtours, следва да се отбележи, че в случая той не може да ангажира извъндоговорната отговорност на Общността. Всъщност от решението по дело Airtours, точка 11 по-горе, произтича, че анализът на Първоинстанционният съд на третото правно основание, изведено от нарушението на член 2 от Регламент № 4064/89 и от нарушението на член 253 ЕО, се основава само върху доводите, свързани с нарушението на член 2 от Регламент № 4064/89. Така отмяната на решението Airtours се основава на факта, че Комисията не е установила надлежно — предвид доказателствата, на които се прави позоваване в посоченото решение — че концентрацията би породила съвместно господстващо положение, което може да бъде значителна пречка за ефективна конкуренция на въпросния пазар (решение по дело Airtours, точка 11 по-горе, точка 294). В този смисъл решението Airtours съдържа достатъчно мотиви, които са позволили на Първоинстанционния съд да провери неговата законосъобразност, въпреки че по същество след извършване на тази проверка тези мотиви са се оказали погрешни.

97 От горното следва, че Комисията не е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, която има за цел да се предоставят права на частноправни субекти по смисъла на съдебната практика в рамките на анализа ѝ на концентрацията Airtours/First Choice с оглед на критериите относно създаването на съвместно господстващо положение.

B — *По евентуалната незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите*

1. *По допустимостта на доводите, свързани с евентуална незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите*

а) Доводи на страните

98 Комисията поддържа, че доводите, свързани с евентуална незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите, са недопустими, тъй като това правно основание не се съдържа в исковата молба дори в обобщен вид и по този въпрос ищецът не може само да препрати към приложения, които повтарят доводи, изложени в жалбата за отмяна.

99 Ищецът твърди, че в случая е важно единствено дали Комисията може да изрази становище по изтъкнатото правно основание и дали Първоинстанционният съд може да упражни своето право на контрол. Данните, представени в тази връзка в исковата молба, отговарят на този критерий и са изложени в приложения 15 и 16 към този документ, който съдържа необходимите доказателства.

б) Съображения на Първоинстанционния съд

100 По силата на член 21, първа алинея от Статута на Съда, приложим за производството пред Първоинстанционния съд по силата на член 53, първа алинея от същия и на член 44, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник, всяка искова молба или жалба трябва да съдържа предмета на спора и кратко изложение на правните основания. Това указване трябва да бъде достатъчно ясно и точно, за да позволи на ответника да подготви своята защита и на Първоинстанционния съд да упражнява своя съдебен контрол. За да се гарантира правната сигурност и доброто правораздаване, е необходимо съществените правни и фактически обстоятелства, на които се основава жалбата, да следват поне в кратка форма, но по логичен и разбираем начин, от текста на самата жалба (Определение на Първоинстанционния съд от 28 април 1993 г. по дело De Hoe/Комисия, T-85/92, Recueil, стр. II-523, точка 20 и Определение от 11 юли 2005 г. по дело Internationaler Hilfsfonds/Комисия, T-294/04, Recueil, стр. II-2719, точка 23).

101 За да отговаря на тези изисквания, искът за обезщетение на вреди, причинени от дадена институция, трябва да съдържа обстоятелства, въз основа на които може да бъде установено поведението, в което ищецът упреква тази институция (Определение по дело Internationaler Hilfsfonds/Комисия, точка 100 по-горе, точка 24).

102 В случая ищецът посочва в исковата си молба, че отказът на Комисията да приеме и дори да разгледа представените ѝ в хода на административното производство ангажименти, представлява достатъчно съществено нарушение на редица правни норми, които имат за цел да се предоставят права на частноправни субекти. В тази връзка позоваванията в исковата молба на доводите, изтъкнати в подкрепа на четвъртото правно основание в рамките на жалбата за отмяна по дело T-342/99, относно законосъобразността на решението Airtours от гледна точка на правилата относно ангажиментите, представени подробно в приложения 15 и 16 към този документ, следва да се считат само за допълнение към изложеното в исковата молба за незаконосъобразността, която се твърди, че опорочава поведението, в което се упреква Комисията относно анализа на предложените ангажименти.

103 Предвид тези данни Комисията е могла да подготви своята защита по същество във връзка с това правно основание.

104 Следователно становището на Комисията относно допустимостта на правното основание, свързано с евентуална незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите, трябва да се отхвърли.

2. *По съществото на спора*

а) Доводи на страните

По доводите, представени в писмените становища на страните

105 В писменото си становище ищецът твърди, че като е отказала да приеме, и дори да разгледа ангажиментите, предложени от него в хода на административното производство, Комисията е нарушила член 2 и член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89, принципа на пропорционалност, принципа на добра администрация, задължението за полагане на дължима грижа, както и задължението за правилно прилагане на собствените ѝ процедури за разглеждане на ангажиментите. Тези нарушения представлявали достатъчно съществено нарушение по смисъла на съдебната практика. По-конкретно ищецът твърди, че ако Комисията бе приела, а не отхвърлила погрешно предложените от него ангажименти, концентрацията щяла да бъде разрешена съгласно член 2, параграф 2 от Регламент № 4064/89 и че такъв би бил случаят, дори такива ангажименти да не са били необходими, доколкото концентрацията не пораждала никакви проблеми във връзка с конкуренцията. Ищецът също изтъква, че Комисията е трябвало да вземе предвид втората поредица от ангажименти, независимо от факта, че те са били представени извън предвидения от Регламент № 4064/89 срок.

106 Комисията твърди, че от решението Airtours следва, че първата поредица от ангажименти не е била достатъчна, за да стане нотифицираната концентрация съвместима с общия пазар, доколкото създаването на един средно голям туроператор, зависим от туристическите агенции, контролирани от големите туроператори, не би гарантирало достатъчна конкуренция на въпросния пазар (съображения 186—192 от решение Airtours). По отношение на втората поредица от ангажименти, представени след изтичане на срока, предвиден в член 18, параграф 2 от Регламент № 447/98, Комисията посочва, че макар при изключителни случаи този срок може да бъде продължен, ищецът нито е поискал продължаване, нито се е позовал на обстоятелства, които са можели да оправдаят такава мярка преди изтичането на посочения срок. Нещо повече втората поредица от ангажименти не съдържала данни, които да не са можели да бъдат включени в първата поредица от ангажименти. Освен това нямало достатъчно време за надлежно разглеждане на новите ангажименти (съображение 193 от решението Airtours). Следователно отхвърлянето на предложените ангажименти било оправдано и не представлявало достатъчно съществено нарушение, което да ангажира отговорността на Общността.

По възможността за разглеждане на ангажиментите от 15 септември 1999 г. в оставащия срок

107 В отговор на процесуално-организационните действия, предприети от Първоинстанционния съд и имащи за цел да установят причините, поради които Комисията не е могла да прецени надлежно ангажиментите, представени на 15 септември 1999 г. в „оставащия кратък срок“, както и какво допълнително разследване би било необходимо за преценка на тези ангажименти, ищецът твърди, че Комисията е била напълно в състояние да разгледа тези ангажименти и отказът ѝ да го направи не може да бъде обоснован, нито обяснен с особените ограничения, наложени обективно на службата при обичайното ѝ функциониране.

108 Комисията излага причините, поради които, въпреки че срокът за произнасяне по концентрацията Airtours изтичал на 5 октомври 1999 г., проектът за решение трябвало да бъде завършен преди обяд във вторник, 21 септември 1999 г. Всъщност практиката на Комисията била да изготвя проект за решение за

заседанието на нейните членове като колегиален орган, което се провеждало през седмицата, предхождаща тази, в която изтича срокът, за да се вземе предвид възможността мнозинство от членовете да поиска решението да бъде променено. Следователно в случая службите на Комисията разполагали само с три и половина работни дни, за да разгледат ангажиментите, представени в сряда, 15 септември 1999 г., т.е. четвъртък, 16-и, петък, 17-и, понеделник, 20-и и сутринта във вторник, 21 септември 1999 г. Предвид факта, че някои важни въпроси оставали неизяснени, че в рамките на три и половина дни трябвало да се осъществи нов анализ на пазара и нова консултация с Консултативния комитет, че получените във връзка с първия анализ на пазара коментари били твърде отрицателни, че всичко, което се съдържало във втората поредица от ангажименти, можело да бъде представено още отначало и че ищецът нито поискал дерогация, нито представил убедителни изключителни обстоятелства, за да се ползва от такава дерогация, Комисията счита, че представените на 15 септември 1999 г. ангажименти не е трябвало да бъдат разглеждани.

По въпроса дали представените на 15 септември 1999 г. ангажименти са достатъчни или не и отговора на искането на Първоинстанционния съд за представяне на документи, свързани с тази преценка

109 В отговор на процесуално-организационното действие, предприето от Първоинстанционния съд, насочено към установяване в каква степен представените на 15 септември 1999 г. ангажименти позволяват или не да се отговори на установените от Комисията на този етап от производството проблеми, ищецът подчертава, че Комисията посочвала две опасения, а именно необходимостта от съставянето на четвърта сила, разполагаща поне с 10 % от релевантния пазар, и достъпа на това образувание до дистрибуторската мрежа. По тези два въпроса били предложени следните ангажименти: четвъртата сила, Cosmos, или 0,8 милиона туристически пакета, продадени през 1998 г., щяла да получи достъп до стопанска дейност в размер на 0,7 милиона продадени туристически пакети, което при 1,5 милиона туристически пакети щяло да ѝ позволи да представлява повече от 10 % от релевантния пазар, оценен през 1998 г. на 13,9 милиона пътници, и щяла да ѝ бъде отстъпена дистрибуторската мрежа на First Choice, както и достъпа до част от мрежата на ищеца за период от пет години.

110 Комисията твърди, че опасенията ѝ са свързани, от една страна, да даде възможност за възстановяване на четвърта сила с достъп до дистрибуторска мрежа, и от друга страна, с гарантиране поддържането на конкуренцията, осъществявана от малките туроператори. Тя посочва, че тези опасения произтичат основно от становищата на предприятията и сдруженията, които са се включили в анализа на пазара, проведен във връзка с първата поредица от ангажименти.

111 В този контекст Комисията поддържа, че представените ангажименти на 15 септември 1999 г. след заседание с Комисията, проведено същия ден, са нови и съществено изменени в сравнение с предходния вариант и че те не позволяват да се отговори ясно и окончателно на установените на този етап проблеми. Така, въпреки че отхвърля тези ангажименти поради процедурни съображения, Комисията посочва, че тя все пак е извършила предварителна преценка във връзка с тях, за да определи дали възможността за поставяне на въпроси на заинтересованите страни и на Консултативния комитет може да доведе до положителен отговор. Според Комисията остават няколко области на несигурност и тя не може да заключи категорично, че опасенията ѝ във връзка със създаването на съвместно господстващо положение ще изчезнат.

112 В хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г. Първоинстанционният съд разпорежда на Комисията съгласно член 65, буква б) и на член 67, параграф 3, трета алинея от Процедурния правилник да представи всички документи, с които разполага, свързани с преценката на представените на 15 септември 1999 г. ангажименти, които са били изготвени между тази дата и датата, на която е прието решението Airtours, а именно 22 септември 1999 г.

113 В отговор на това искане по време на съдебното заседание от 29 април 2008 г. Комисията представя два документа. Първият документ е недатирана докладна записка към преписката, която обобщава съдържанието на проведените дискусии преди и по време на заседанието, състояло се в Комисията на 15 септември 1999 г. във връзка с ангажиментите, и по-специално във връзка с предложението за ангажименти, представено неофициално на 14 септември 1999 г. Вторият документ е докладна записка с дата 16 септември 1999 г., изготвена от директора на Merger Task Force (наричано по-нататък „MTF“), адресирана на вниманието на члена на Комисията, отговарящ за въпросите на конкуренцията, която се произнася по представените на 15 септември 1999 г. ангажименти от процедурна гледна точка и по същество. В точки 11—13 от

втория документ се излага по същество съдържанието на представеното от Комисията становище в отговор на въпроса на Първоинстанционния съд относно преценката на ангажиментите.

114 В срока, предвиден за тази цел от Първоинстанционния съд, Комисията представя и други документи:

— докладна записка към преписка с дата 16 септември 1999 г., изготвена от началника на отдел MTF и отнасяща се до принципите, приложими за представянето на ангажименти извън срока,

— докладна записка с дата 17 септември 1999 г., изготвена от същия началник на отдел и адресирана на вниманието на длъжностно лице от Генералния секретариат, както и редактиран вариант на тази докладна записка, които съдържат текста на бъдещото съобщение от члена на Комисията, отговарящ за въпросите на конкуренцията, и които изтъкват съмнения и несигурност във връзка с преценката на съдържанието на предложените на 15 септември 1999 г. ангажименти,

— бележки от речта на члена на Комисията, отговарящ за въпросите на конкуренцията, предназначени за използване в заседанието на Комисията във връзка с проекта на решението Airtours, които изтъкват съмнения и несигурност във връзка с преценката на съдържанието на предложените на 15 септември 1999 г. ангажименти,

— проект на решението Airtours, което не споменава обстоятелства, отнасящи се до преценката на съдържанието на предложените на 15 септември 1999 г. ангажименти, а само посочва, че тези ангажименти са представени с голямо закъснение,

— докладна записка, в която се излагат бележки, озаглавени „Защитни пунктове — предложение за ангажименти“, изготвена от MTF на вниманието на члена на Комисията, отговарящ за въпросите на конкуренцията, за да се представят доводи, свързани по-конкретно с преценката на съдържанието на предложените на 15 септември 1999 г. ангажименти.

115 В срока, определен за тази цел от Първоинстанционния съд, ищецът излага своите коментари по различните документи, представени от Комисията в отговор на искането на Първоинстанционния съд.

б) Съображения на Първоинстанционния съд

116 Контролът на концентрациите има за цел да се предостави на съответните предприятия необходимото разрешение, предхождащо осъществяването на всяка концентрация с общностно измерение. В рамките на този контрол предприятията могат да предложат на Комисията ангажименти, за да получат решение, с което се установява съвместимостта на тяхната концентрация с общия пазар.

117 В зависимост от етапа, в който се намира административното производство, предложените ангажименти трябва да позволяват на Комисията или да приеме, че нотифицираната концентрация не поражда сериозни съмнения относно съвместимостта ѝ с общия пазар на етапа на предварителното разследване (член 6, параграф 2 от Регламент № 4064/89), или да отговори на възраженията, повдигнати в хода на задълбоченото разследване (член 18, параграф 3 във връзка с член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89). Следователно тези ангажименти позволяват най-напред да се избегне започването на фазата на задълбочено разследване или впоследствие да се избегне приемането на решение, с което се обявява несъвместимостта на концентрацията с общия пазар.

118 Всъщност член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89 позволява на Комисията да обвърже дадено решение, с което в приложение на критерия, определен в член 2, параграф 2 от посочения регламент, дадена концентрация се обявява за съвместима с общия пазар, с условия и задължения, които имат за цел да гарантират, че съответните предприятия съблюдават поетите от тях ангажименти спрямо Комисията, така че концентрацията да стане съвместима с общия пазар.

119 Като се има предвид както значимостта на финансовите интереси и индустриалните или търговските цели, присъщи на този тип операции, така и правомощията, с които разполага Комисията в тази област, от съответните предприятия може да се очаква да направят всичко необходимо, за да улеснят работата на администрацията. Същите причини задължават и Комисията да изпълни с цялата дължима грижа задълженията си за контрол в областта на концентрациите.

120 В случая от решението Airtours и от отговорите на страните на въпросите, отправени от Първоинстанционния съд, следва, че Комисията е решила да започне производство по задълбочено разследване на 3 юни 1999 г. Тя също е предоставила на ищеца възможността да представи становището си по повдигнатите от нейните служби възражения, изпращайки му на 9 юли 1999 г. изложение на възраженията, а тези въпроси са разгледани в хода на изслушването, състояло се на 28 и 29 юли 1999 г. За да отговори на тези възражения, на 19 август 1999 г. ищецът предлага на Комисията няколко ангажименти. Първоначално предвижданите ангажименти имали за цел само да гарантират поддържането на конкуренцията от малките туроператори. Комисията обаче указва на ищеца, че възстановяването на четвърта сила би било ефективна корективна мярка, за да се отговори на проблемите, свързани с конкуренцията, установени на този етап. Този въпрос е засегнат от ищеца по време на заседание с Комисията, състояло се на 24 август 1999 г., по повод на предложените на 19 август 1999 г. ангажименти. Впоследствие той е предмет на първата поредица от ангажименти, представени официално на 7 септември 1999 г. след дискусии със службите на Комисията, и на втората поредица от ангажименти, изменящи първите, представени официално на 15 септември 1999 г. след заседание с Комисията, състояло се същия ден.

121 Освен това следва да се посочи, че в съображение 193 от решението Airtours Комисията изразява становище, че представените на 15 септември 1999 г. ангажименти не трябвало да бъдат взети предвид от службите ѝ, тъй като били представени извън предвидения в член 18, параграф 2 от Регламент № 447/98 срок от три месеца, който изтичал на 7 септември 1999 г., при липсата на релевантни изключителни обстоятелства и че не било възможно те „да се преценят ефективно в краткия срок, оставащ преди изтичането на срока, определен в член 10, параграф 3 от Регламент [№ 4064/89]“, а именно до 5 октомври 1999 г. Този въпрос не се оспорва от страните.

122 Страните не оспорват също, че по своя собствена инициатива на 15 септември 1999 г. ищецът представя нови ангажименти с цел да замени представените на 7 септември 1999 г. Това преразгледано предложение за ангажименти е направено въз основа на изложените в известието възражения и на резултата от първия анализ на пазара, проведен във връзка с първоначалните ангажименти, с цел да се отговори на проблемите в областта на конкуренцията, установени от Комисията на този етап. В настоящия случай трябва да се вземе предвид това последно предложение за ангажименти.

123 Всъщност фактът, че Първоинстанционният съд е обявил за незаконосъобразна преценката, изложена от Комисията в решението Airtours, на последиците от концентрацията върху конкуренцията не означава, че отказът да се приемат представените на 15 септември 1999 г. ангажименти е незаконосъобразен само поради този факт. Когато е направен анализът на Първоинстанционния съд, решението Airtours все още не е било прието и поради това свободно и при пълно познаване на фактите ищецът е решил да предложи на Комисията решения, които позволяват да се отговори на изложените възражения, така че да бъде прието решение за съвместимост. В този контекст следва да се прецени дали е налице достатъчно съществено нарушение на етапа на анализ на предложените ангажименти, а не с оглед на данните, които все още не са били известни на страните в хода на дискусията по ангажиментите.

124 В хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г. Комисията уточнява, че към момента на настъпване на фактите през септември 1999 г. нейната практика във връзка с разглеждането на представените извън срока ангажименти била да приема такива ангажименти само ако с тях се дава ясен отговор на повдигнатите на този етап възражения, що се отнася до съвместимостта на концентрацията с конкуренцията на общия пазар. Това поведение съответства на задължението

за полагане на дължима грижа, наложено на администрацията при упражняване на правомощията ѝ за вземане на решение, предоставени ѝ по силата на член 8, параграфи 2 и 3 от Регламент № 4064/89 (вж. точка 49 по-горе).

125 Според данните, представени в отговор на въпрос на Първоинстанционния съд във връзка с това, Комисията е установила, че нейният първоначален подход, който бил относително снизходителен и свързан с отстъпки, бързо е разкрил своите граници. Засегнатите предприятия проявявали склонност да чакат до последния момент, за да представят ангажиментите си и това застрашавало доброто протичане на процеса по вземане на решения в областта на контрола на концентрациите, пречейки на Комисията да разгледа тези ангажименти и да се консултира с трети страни и с представители на държави членки при подходящи условия. Считано от 27 май 1998 г., Комисията решава да прилага по-строго срока от три месеца, предвиден в член 18, параграф 2 от Регламент № 447/98, за да ограничи случаите на разглеждане на ангажиментите извън срока само до онези, за които тя все още може да извършва действителна преценка.

126 Впрочем впоследствие тази практика е повторена в известието ѝ за поставяне на допълнителни условия съгласно Регламент № 4064/89 и Регламент № 447/98 (ОВ C 68, 2001 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 3) с цел да се представят поуките от придобития опит в областта на ангажиментите, считано от влизането в сила на Регламент № 4064/89. В точка 43 от това известие се посочва, че когато са ѝ представени след срока, предвиден в Регламент № 447/98, Комисията „може да приема само онези промени в ангажиментите, при които тя може да определи въз основа на преценката си на получената в процеса [другаде в текста: „разследването“] информация, включително резултатите от извършени преди това тестове на пазара [да се чете: „консултации с участниците на пазара“], и без да е необходимо извършването на нови тестове [да се чете: „консултации“], че тези ангажименти, веднъж изпълнени, разрешават установените проблеми на конкуренцията и предоставят достатъчно време за необходимите консултации с държавите членки“.

127 По дело, по което се разглежда концентрация, нотифицирана през 2004 г., Първоинстанционният съд е счел, че от това известие, което доброволно обвързва Комисията, следва, че ангажиментите на страните по дадена нотифицирана концентрация, които са представени със закъснение, могат да бъдат взети

предвид при две кумулативни условия, а именно, от една страна, когато с тези ангажименти се разрешават ясно и без необходимост от допълнително разследване установените по-рано проблеми в областта на конкуренцията, и от друга страна, когато е налице достатъчно време за консултации с държавите членки във връзка с тези ангажименти (Решение на Първоинстанционния съд от 21 септември 2005 г. по дело EDP/Комисия, T-87/05, Recueil, стр. II-3745, точки 162 и 163).

128 Следва да се констатира, за разлика от посоченото в решението Airtours, че Комисията не е отхвърлила ангажиментите от 15 септември 1999 г., без да си е поставила въпроса дали те са можели да дадат ясен отговор на повдигнатите на този етап от производството възражения.

129 Във връзка с това в представените в отговор на искането на Първоинстанционния съд документи се излагат причините, поради които Комисията е можела да счита, че посочените ангажименти не дават задоволителен отговор на тези възражения. В този смисъл докладната записка на директора на MTF от 16 септември 1999 г. и докладната записка по защитните пунктове, изготвена от MTF на вниманието на члена на Комисията, отговарящ за въпросите на конкуренцията, изтъкват съмненията на Комисията във връзка с твърдението, според което пазарният дял на новото образувание, предложено от ищеца, четвъртата сила, възлиза на 10 %. Всъщност не само пазарният дял на First Choice бил по-голям от този на четвъртата сила, предложена от ищеца в замяна, 11 % съгласно най-ниските данни, но също и преди всичко до тази стойност от 10 % се стигнало въз основа на предположението, че Cosmos, един от участниците в четвъртата сила, ще отбелязва значително годишно вътрешно нарастване от 0,55 милиона туристически пакета, продадени през 1998/1999 г. до 0,8 милиона туристически пакета, продадени през 1999/2000 г., тоест 45 % за една година. Такова вътрешно нарастване обаче изобщо не можело да се предвиди предвид характеристиките на пазара. Освен това тези документи изтъкват съмнения и несигурност по редица въпроси, каквито са точното съдържание на туристическите пакети, прехвърлени на новата стопанска дейност, интересът, който би могло да има Cosmos, което не отдавало голямо значение на използването на мрежа от туристически агенции, да поеме мрежата от туристически агенции на First Choice и независимостта на Cosmos от трите основни оператора, които оставали на пазара след концентрацията и които закупували съществена част от местата в самолетите, продавани от Cosmos. Следователно представените на 15 септември 1999 г. ангажименти действително са разгледани от службите на Комисията, които са посочили няколко обстоятелства, поставящи под съмнение това, че тези ангажименти позволяват да се отговори ясно на повдигнатите на този етап от производството възражения.

130 Фактът, че в решението Airtours Комисията не се позовава на осъществения от нейните служби анализ на ангажиментите, представени на 15 септември 1999 г., не може да попречи на Първоинстанционния съд да вземе предвид представените в рамките на настоящия иск релевантни документи, които имат достатъчно доказателствена стойност и установяват надлежно действителното извършване на този анализ.

131 Без да е необходимо да се изразява становище относно възможността Комисията да разгледа в наличния период от време изменените ангажименти, представени на 15 септември 1999 г., от горното следва, че тези ангажименти не са можели да дадат ясен отговор на повдигнатите на този етап възражения, що се отнася до съвместимостта на концентрацията с конкуренцията на общия пазар. Следователно поведението на Комисията не е имало за последица лишаването на ищеца от всякаква възможност концентрацията да бъде обявена за съвместима с общия пазар. Следователно Комисията не е нарушила задължението си за полагане на дължима грижа във връзка с това.

132 Следователно Комисията не е извършила достатъчно съществено нарушение на правна норма, която има за цел да се предоставят права в полза на частноправни субекти, което би ангажирало отговорността на Общността във връзка с анализа на ангажиментите, представени от ищеца в края на административното производство.

133 От това следва, че искът трябва да се отхвърли.

134 Същото се отнася и за различните искания за процесуално-организационни действия, направени от ищеца, с цел получаването на определени документи или изясняването на някои фактически или процедурни въпроси. Всъщност в светлината на отговорите на поставените от страните въпроси и след разглеждане на документите, представени от Комисията, свързани с анализа на

ангажиментите от 15 септември 1999 г. (вж. точки 113 и 114 по-горе), следва да се приеме, че поисканите действия не са необходими с оглед произнасянето по настоящия спор и следователно те не трябва да бъдат уважени.

По съдебните разноски

135 Съгласно член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Съгласно член 87, параграф 3 от същия правилник обаче Първоинстанционният съд може да разпредели съдебните разноски или да реши всяка страна да понесе направените от нея разноски, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания, или поради изключителни обстоятелства.

136 В настоящия случай Първоинстанционният съд отбелязва, че в решението Airtours Комисията изтъква, че тя не е разгледала представените от ищеца на 15 септември 1999 г. ангажименти поради тяхното късно представяне и липсата на време. Както ищецът, така и Първоинстанционният съд са можели да считат, че тези преразгледани ангажименти, представени след заседание със службите на Комисията с цел да се измени първоначалното предложение за ангажименти, за да се отговори по-добре на опасенията, откроени на този етап от производството, не са били разгледани от тази институция поради чисто процедурни причини. От процесуално-организационните действия и действията по събиране на доказателства, предприети от Първоинстанционния съд, от една страна, с оглед подготвяне на съдебното заседание от 29 април 2008 г., и от друга страна, в хода на това съдебно заседание, става ясно, че службите на Комисията не само са отхвърлили предложените на 15 септември 1999 г. ангажименти като просрочени, но също са извършили предварително разглеждане на тези ангажименти, за да установят, че те не са били достатъчни на този етап.

137 Доказването от Комисията на факта, че службите ѝ действително са разгледали по подходящ начин представените на 15 септември 1999 г. ангажименти

в съответствие с нейната практика по това време, която представлява решаващ момент за разрешаването на спора, не е било известено на ищеца и на Първоинстанционния съд, докато производството пред Първоинстанционния съд не е достигнало много напреднал етап.

138 Още по-голямо съжаление буди фактът, че тази информация е представена на толкова късен етап, тъй като многократно в рамките на настоящото дело и дело Т-403/05 (вж. точка 18 по-горе) ищецът е искал от Комисията да му предостави всички документи, които по същество ще му позволяват да изложи доводите си пред Първоинстанционния съд. Дори ако може да се счита, че изначално въпросните документи не са от такъв характер, че да позволяват достъп до тях на страна по концентрацията в хода на административно производство съгласно Регламент № 4064/89 или на обществеността след заявление съгласно Регламент № 1049/2001, факт е, че тези документи са били от значение с оглед осигуряване на възможността ищецът да изложи доводите си по делото в рамките на настоящото производство и Първоинстанционният съд да прецени извъндоговорната отговорност на Общността.

139 Така, въпреки че този въпрос не оказва влияние върху настоящото дело, доколкото тези документи са представени в хода на състезателното производство, представените в хода на съдебното заседание от 29 април 2008 г. и след това документи е трябвало да бъдат съобщени към момента на представяне от Комисията на писмената ѝ защита, в която същата оспорва както допустимостта, така и самото правно основание по същество, изведено от наличието на евентуална незаконосъобразност на етапа на анализ на ангажиментите. Следователно Първоинстанционният съд счита, че е направена точна преценка на обстоятелствата в случая, като решава Комисията да понесе направените от нея съдебни разноски.

140 Съгласно член 87, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник държавите членки, които са встъпили в делото, понасят направените от тях съдебни разноски. Ето защо Федерална република Германия понася направените от нея съдебни разноски.

По изложените съображения

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД (трети разширен състав)

реши:

1) Отхвърля иска.

2) MyTravel Group plc понася направените от него съдебни разноски.

3) Комисията понася направените от нея съдебни разноски.

4) Федерална република Германия понася направените от нея съдебни разноски.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 9 септември 2008 година.

Секретар Председател

E. Coulon J. Azizi

Съдържание

Обстоятелства в основата на спора . . . . . II - 1974

Производство и искания на страните . . . . . II - 1977

От правна страна . . . . . II - 1981

А — Предварителни съображения относно условията за ангажиране на извъндоговорната отговорност на Общността . . . . . II - 1981

1. Общи доводи на страните . . . . . II - 1981

а) По понятието за достатъчно съществено нарушение . . . . . II - 1982

б) По понятието за норма, която има за цел да се предоставят права на частноправни субекти . . . . . II - 1982

2. Съображения на Първоинстанционния съд . . . . . II - 1983

а) По понятието за достатъчно съществено нарушение . . . . . II - 1984

б) По понятието за правни норми, които имат за цел да се предоставят права на частноправните субекти . . . . . II - 1986

Б — По съществуването на „достатъчно съществено нарушение“ на етапа на преценка от страна на Комисията на последиците от концентрацията Airtours/First Choice върху конкуренцията на общия пазар . . . . . II - 1989

1. Доводи на страните . . . . . II - 1989

а) По задължението за признаване на ограниченото приложно поле на член 2 от Регламент № 4064/89 . . . . . II - 1990

б) По задължението за определяне на положението на пазара при липсата на концентрация . . . . . II - 1991

в) По задължението за установяване на условията за тайно споразумение . II - 1992

По нестабилността на пазарните дялове . . . . . II - 1993

По нестабилността на търсенето . . . . . II - 1993

По слабото нарастване на търсенето . . . . . II - 1994

По прозрачността на пазара . . . . . II - 1995

По задължението за разглеждане на съществуването на възпиращ механизъм . . . . . II - 1997

По задължението да се отдаде необходимото значение на реакцията на настоящите и потенциални конкуренти и потребители . . . . . II - 1998

г) По кумулативния ефект на случаите на неотчитане на доказателствата и по недостатъчното мотивиране . . . . . II - 1998

2. Съображения на Първоинстанционния съд . . . . . II - 2000

а) По довода относно задължението за признаване на ограниченото приложно поле на член 2 от Регламент № 4064/89 . . . . . II - 2000

б) По доводите относно задължението за определяне на положението на пазара при липсата на концентрация и относно задължението за установяване на условията за тайно споразумение . . . . . II - 2001

в) По доводите, свързани с кумулативния ефект на случаите на неотчитане на доказателствата и на недостатъчното мотивиране . . . . . II - 2007

В — По евентуалната незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите . . . . . II - 2009

1. По допустимостта на доводите, свързани с евентуална незаконосъобразност, допусната на етапа на анализ на ангажиментите . . . . . II - 2009

а) Доводи на страните . . . . . II - 2009

б) Съображения на Първоинстанционния съд . . . . . II - 2010

2. По съществото на спора . . . . . II - 2011

а) Доводи на страните . . . . . II - 2011

По доводите, представени в писмените становища на страните . . . . . II - 2011

По възможността за разглеждане на ангажиментите от 15 септември 1999 г. в оставащия срок . . . . . II - 2012

По въпроса дали представените на 15 септември 1999 г. ангажименти са достатъчни или не и отговора на искането на Първоинстанционния съд за представяне на документи, свързани с тази преценка . . . . . II - 2013

б) Съображения на Първоинстанционния съд . . . . . II - 2016

По съдебните разноски . . . . . II - 2022