

RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)

6. juni 2002 *

I sag T-342/99,

Airtours plc ved J. Swift, QC, og barrister R. Anderson, solicitors M. Nicholson, J. Holland og A. Gomes da Silva, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Lyal, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(1999)3022 endelig udg. af 22. september 1999 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og med EØS-aftalen (sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice), der er meddelt under nummer 2000/276/EF (EFT 2000 L 93, s. 1),

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Lindh, samt dommerne R. García-Valdecasas, J.D. Cooke, M. Vilaras og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 11. oktober 2001,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Den 29. april 1999 meddelte Airtours plc, der er et britisk selskab, som fortrinsvis driver virksomhed som rejsearrangør og leverandør af pakkerejser, at det agtede at overtage hele kapitalen i en af dets konkurrenter, den britiske rejsearrangør First Choice plc.

- 2 Samme dag anmeldte Airtours denne planlagte fusion til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med virksomhedssammenslutninger (EFT L 395, s. 1, berigtiget udgave i EFT 1990 L 257, s. 13), som senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1) (herefter forordning nr. 4064/89).
- 3 Ved beslutning af 3. juni 1999 fandt Kommissionen, at fusionen gav anledning til alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet, og besluttede at indlede proceduren med en tilbundsgående undersøgelse i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89.
- 4 Den 9. juli 1999 sendte Kommissionen sagsøgeren en meddelelse af klagepunkter i overensstemmelse med artikel 18 i forordning nr. 4064/89, hvori Kommissionen redegjorde for, at den umiddelbart fandt, at den planlagte transaktion ville skabe en kollektiv dominerende stilling på det britiske marked for pakkerejser til det nære udland. Sagsøgeren besvarede denne klagepunktsmeddelelse den 25. juli 1999.
- 5 Der fandt en høring sted ved Kommissionens høringskonsulent den 28. og 29. juli 1999 i overensstemmelse med artikel 14, 15 og 16 i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 P (EFT L 61, s. 1).
- 6 Den 7. september 1999 fremkom sagsøgeren med en række tilsagn i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 for at afhjælpe de identificerede konkurrenceproblemer.

- 7 Den 9. september 1999 afholdt Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Virksomhedssammenslutninger møde og fremkom med en udtalelse om fusionen og de af sagsøgeren foreslåede tilsagn.
- 8 Den 15. september 1999 blev der afholdt et møde, hvor repræsentanter for sagsøgeren og Kommissionen var til stede, og som afsluttedes med, at sagsøgeren fremkom med et endeligt revideret tilsagnsforslag.
- 9 Ved beslutning af 22. september 1999 (sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (beslutning K(1999)3022 endelig udg., meddelt under nummer 2000/276/EF, EFT 2000 L 93, s. 1) (herefter »beslutningen«) erklærede Kommissionen fusionen uforenelig med fællesmarkedet og med Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområdes funktion i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 med den begrundelse, at den vil resultere i skabelse af en dominerende stilling på det britiske marked for pakkerejser til det nære udland, som vil føre til, at konkurrencen inden for fællesmarkedet vil blive hæmmet betydeligt. Kommissionen præciserede i beslutningen, at de tilsagn, som Airtours tilbød den 7. september 1999, ikke var tilstrækkelige til at forhindre skabelsen af en kollektiv dominerende stilling, og at de tilsagn, der blev fremsat den 15. september 1999, var blevet afgivet for sent til, at de kunne tages i betragtning på dette stadium af proceduren.

Retsforhandlingerne og parternes påstande

- 10 Den 2. december 1999 anlagde sagsøgeren den foreliggende sag.

- 11 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet sagsøgeren og Kommissionen om at fremlægge flere dokumenter og svare skriftligt på en række spørgsmål.
- 12 Ved skrivelser af 27. juli 2001 og 3. august 2001 fra Kommissionen og ved skrivelse af 31. august 2001 fra sagsøgeren efterkom parterne de af Retten truffne foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.
- 13 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret de af Retten stillede spørgsmål i retsmødet den 11. oktober 2001.
- 14 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 15 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Realiteten

- 16 Sagsøgeren har påberåbt sig fire anbringender til støtte for sin sag. Det første anbringende vedrører en åbenbar fejlvurdering ved definitionen af det relevante produktmarked og en tilsidesættelse af artikel 253 EF. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89 og retssikkerhedsprincippet, idet Kommissionen ved undersøgelsen af denne sag anvendte et nyt og fejlagtigt begreb for kollektiv dominerende stilling, og en tilsidesættelse af artikel 253 EF. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, idet Kommissionen fastslog, at den anmeldte fusion ville skabe en kollektiv dominerende stilling, og tilsidesættelse af artikel 253 EF. Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 og en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, idet Kommissionen ikke accepterede de af sagsøgeren foreslåede tilsagn.

Det første anbringende, fejlagtig definition af det relevante produktmarked og tilsidesættelse af artikel 253 EF

A — Beslutningen

- 17 For så vidt angår definitionen af det relevante produktmarked i forbindelse med den aktivitet, der består i virksomhed som arrangør af pakkerejser til udlandet for britiske forbrugere — som er det eneste, sagsøgeren har anfægtet — sonderer

beslutningen mellem to adskilte markeder, nemlig pakkerejser til fjerne rejsemål (herefter »rejser til fjerne rejsemål«) og pakkerejser til nære rejsemål (herefter »rejser til nære rejsemål«). Det er i denne forbindelse præciseret i beslutningen, at i rejsebranchen anses de fjerne rejsemål generelt at være alle destinationer med en flyvetid fra Det Forenede Kongerige på klart over tre timer, med undtagelse af fly til det østlige middelhavsområde og De Kanariske Øer, hvor flyvetiden kan være på op til fire timer. Det vil sige, at praktisk talt alle rejsemål i Europa (det europæiske kontinent samt øer) og Nordafrika falder inden for kategorien »nære rejsemål« i modsætning til f.eks. destinationer i Caribien, Nord-, Syd- og Mellemamerika eller Syd-/Østasien, hvortil flyvetiden er væsentligt længere (typisk dobbelt så lang eller mere) (beslutningens betragtning 10-13).

- 18 Beslutningen opregner i betragtning 16-28 årsagerne til, at Kommissionen fandt, at forskellene mellem rejser til fjerne rejsemål og rejser til nære rejsemål har større konkurrencemæssig betydning end lighederne mellem dem, hvilket begrundede, at der fandtes to adskilte markeder ved vurderingen af den anmeldte fusion. Årsagerne er de følgende:

- a) dels det forhold, at det er vanskeligere for flyselskaberne (og dermed for de vertikalt integrerede rejsearrangører) at skifte mellem langdistance- og kortdistanceflyvninger under hensyn til den begrænsede mulighed for at anvende de samme fly på både nære og fjerne destinationer, til driftsomkostningerne ved større fly i forhold til mindre fly og til de vanskeligheder, charterflyselskaberne (herunder sagsøgerens vanskeligheder) skal overvinde, hvis de skulle »omkonfigurere [deres] flyflåde mellem langdistance- og kortdistancekapacitet«, nemlig nødvendigheden af nye investeringer, behovet for tid hertil og vanskeligheden med at lease fly på et kortsigtet grundlag, idet charterselskaber (herunder sagsøgeren) ejer de fleste af deres fly eller leaser dem for relativt lang tid (det er sædvanligt med leasingaftaler for fem år) for at få nedbragt omkostningerne, opretholde kvaliteten og sikre kontinuiteten (beslutningens betragtning 16-18)

b) dels det forhold, at der for den endelige forbruger er en række væsentlige forskellige mellem pakkerejser til udlandet til fjerne rejsemål og til nære rejsemål:

- For det første hvad angår rejsers image eller idé: Rejser til fjerne rejsemål forekommer mere eksotiske og appellerer således til enlige og par uden børn; rejser til nære rejsemål, såsom middelhavsferiemål, interesserer snarere familier (beslutningens betragtning 20).
- For det andet hvad angår ferierejsens tidspunkt: De fjerne rejsemål er mindre tilpassede behovene hos den britiske forbruger, der rejser med sin familie, og som hovedsagelig køber pakkerejser til udlandet i sommer-sæsonen (ca. midt i juli til sidst i august) af hensyn til skoleferien (og i nogle områder industriferien) (beslutningens betragtning 20).
- For det tredje hvad angår flyvetidens længde: Den betydeligt længere flyvetid kan også afholde nogle forbrugere fra at vælge rejser til et fjernt rejsemål, selv om de i andre henseender svarer til typiske rejser til et nært mål, f.eks. med hensyn til vejr, beliggenhed, pris, visumkrav, sundhedsmæssige krav osv. (beslutningens betragtning 21).
- For det fjerde hvad angår den manglende mulighed for prismæssigt at skifte mellem nære rejsemål og fjerne rejsemål: Priserne er betydeligt højere for rejser til fjerne rejsemål, og der er kun et begrænset sammenfald i priserne på sammenlignelige pakkerejser til henholdsvis fjerne og nære

rejsemål. Selv om priserne for de to ferietyper, specielt på bestemte tidspunkter af året (f.eks. når vejret er dårligt), nogle gange kan svare til eller ligge tæt op ad hinanden, er denne meget begrænsede overlapning ikke tilstrækkelig til at påvirke priserne på hele markedet for pakkerejser til nære rejsemål, eftersom de pågældende rejser til fjerne rejsemål kun anses for reelle alternativer af en meget lille del af kunderne (beslutningens betragtning 22-26).

B — Definitionen af det relevante produktmarked

- 19 Det skal indledningsvis bemærkes, at for så vidt angår anvendelsen af forordning nr. 4064/89 i denne sag og vurderingen af den anmeldte virksomhedssammenlutnings virkning på konkurrencen er det nødvendigt, at der først foretages en korrekt definition af det relevante marked (jf. i denne retning Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, den såkaldte »Kali & Salz-dom«, Sml. I, s. 1375, præmis 143).
- 20 Det relevante produktmarked for en transaktion skal defineres under hensyn til de økonomiske forhold under ét, således at den pågældende virksomheds eller de pågældende virksomheders faktiske økonomiske styrke kan vurderes, og det er hertil af betydning først at afgrænse de produkter, der, uden at kunne erstattes af andre, dog er tilstrækkeligt substituerbare i forhold til de produkter, virksomhederne tilbyder, ikke alene ud fra særlige karakteristika ved de omhandlede varer, men ligeledes under hensyn til konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 10 og 13, og Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 63).

- 21 Sagsøgeren har anfægtet den definition af det pågældende produktmarked, der findes i beslutningen. Kommissionen skulle i stedet for at have begrænset det relevante marked til markedet for pakkerejser til det nære udland have defineret markedet som markedet for alle pakkerejser til udlandet, herunder pakkerejser til fjerne rejsemål. Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for at have forkastet den tidligere praksis vedrørende definitionen af markedet for pakkerejser til udlandet og har anført, at Kommissionen ikke vurderede efterspørgslens substituerbarhed og udbuddets substituerbarhed korrekt. Dette fejlagtige ræsonnement har medført, at beslutningen indeholder åbenbare fejlvurderinger, hvilket udgør en retlig fejl.
- 22 For så vidt angår Kommissionens opfattelse, hvorefter efterspørgslen efter ferierejser til fjerne rejsemål ikke kan erstattes med efterspørgslen vedrørende nære rejsemål, har sagsøgeren anført, at Kommissionens argumenter vedrørende dels produktets forskellige kendetegn, dels forskellene i gennemsnitspris for rejser til fjerne rejsemål og til nære rejsemål, er fejlagtige.
- 23 Sagsøgeren har for det første henvist til produktets kendetegn og har anfægtet Kommissionens påstande om, at rejser til fjerne rejsemål er mere eksotiske, er mindre egnede til familier og indebærer længere flyvetid. Således er nære rejsemål som Tyrkiet og Nordafrika mere »eksotiske« end fjerne rejsemål som Florida og Den Dominikanske Republik, der snarere er »familievenlige«. Hvad angår rejsens varighed indtil indkvarteringen kan den være lige så lang ved rejser til nære rejsemål som ved rejser til fjerne rejsemål, idet det vigtige er den samlede rejsetid, der omfatter check in og transfers og ikke flyvetiden i streng forstand. Endelig har sagsøgeren anført, at variationen i de opholdstyper, som rejsearrangørerne tilbyder for at tage hensyn til forskellige former for livsstil (f.eks. familie eller ikke) og de forskellige præferencer (navnlig vedrørende indkvartering, bespisning, aktiviteter og interesser osv.), findes både inden for rejser til fjerne rejsemål og inden for rejser til nære rejsemål.

- 24 Hvad for det andet angår prisforskellen på ferier har sagsøgeren gjort gældende, at det ikke er relevant af anføre, at gennemsnitsprisen for rejser til fjerne rejsemål er højere end den for rejser til nære rejsemål, når produkterne som i denne sag er meget forskelligartede. Sagsøgeren har ligeledes påberåbt sig, at der er et prissammenfald mellem de to slags rejser, idet visse flyvninger til nære rejsemål ligger i samme prisklasse som visse flyvninger til fjerne rejsemål.
- 25 Retten skal fastslå, at det fremgår af sagsakterne, at det var under hensyn til forbrugernes præferencer, den gennemsnitlige flyvetid, det gennemsnitlige prisniveau og den begrænsede mulighed for indbyrdes udveksling mellem den flyflåde, der anvendes til hvert rejsemål, at Kommissionen konkluderede, at rejser til nære rejsemål hører til et marked, der er adskilt fra markedet for rejser til fjerne rejsemål. Kommissionen kom således til denne konklusion — uden for så vidt at bestride, at pakkerejser til det fjerne udland appellerer mere og mere til forbrugerne, og uden også at bestride, at de markedsundersøgelser, som sagsøgeren har påberåbt sig i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter (jf. British National Travel Survey 1998, bind 4, og *The 1998 Holiday Market*, og Mintel, »*Holidays: The Booking procedure*, 1997«), godtgør, at briterne viser en tendens til, at deres geografiske horisont udvides i forbindelse med ferierejser, navnlig mod den anden atlantehavskyst. Kommissionen bestred heller ikke det forhold, at for det første har en væsentlig del (36%) af de ferierejsende, der har rejst til nære rejsemål inden for de seneste fem år, ligeledes taget ferierejser til fjerne rejsemål i denne periode, og for det andet, at et endnu større antal rejsende (62%) »meget« eller »ganske« sandsynligt vil gøre det inden for de næste fem år, således som sagsøgeren redegjorde for i tabel 2.4 i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter.
- 26 Det skal derfor undersøges, om Kommissionen foretog en åbenbar fejlbedømmelse ved at finde, at de nævnte forhold begrundede en snæver definition af det relevante produktmarked, ved at udelukke rejser til fjerne rejsemål, som Kommissionen fandt ikke var tilstrækkeligt substituerbare med rejser til nære rejsemål.

- 27 Hvad for det første angår den gennemsnitlige flyvetid har Kommissionen fremhævet — uden at dette punkt er blevet bestridt af sagsøgeren — den væsentlige forskel, der er mellem den gennemsnitlige flyvetid for rejser til fjerne rejsemål, der er mere end otte timer, og den for rejser til nære rejsemål, der oftest er under tre timer (fra Det Forenede Kongerige kan fly til øerne i Middelhavet og De Kanariske Øer tage indtil ca. fire timer). Sagsøgeren har gjort gældende, at det, der er i praksis er vigtigt for forbrugerne, ikke er flyvetiden, men den samlede varighed af transferen fra hjembyen til hotellet på rejsemålet. Sagsøgeren kan imidlertid ikke støtte sig til dette argument for at relativisere den ubestridelige forskel, der er mellem den gennemsnitlige flyvetid, gennemsnitligt tre timer for fly til nære rejsemål og gennemsnitligt otte timer for fly til fjerne rejsemål, da varigheden af transferen fra lufthavnen til hotellet faktisk ligeledes kan variere, uanset rejsemålet.
- 28 Hvad for det andet angår den betydning, der skal tillægges de priser, som de to ferietyper sælges til, og deres påvirkning af forbrugerne, er Kommissionen af den opfattelse, at forskellene mellem gennemsnitsprisen for rejser til fjerne rejsemål og rejser til nære rejsemål er så store, at de begrundes, at de defineres som adskilte markeder. Det skal i denne forbindelse anføres, at Kommissionen har anerkendt, at der er et vist sammenfald mellem prisen på de to ferietyper. Kommissionen har imidlertid anført, at dette sammenfald er utilstrækkeligt til, at de to produkter kan anses for substituerbare, eller til, at prisen på det ene produkt kan påvirke prisen på det andet.
- 29 Kommissionen begrundede i beslutningens betragtning 23 sin opfattelse af, at der ikke er substituerbarhed mellem priserne på de to ferietyper. Kommissionen var af den opfattelse, at den pris, forbrugerne skal betale, er mærkbart højere ved rejser til fjerne rejsemål i henhold til de oplysninger, sagsøgeren fremkom med i bilag 1 a) til besvarelsen af 29. juni 1999 af Kommissionens anmodning om yderligere oplysninger.

- 30 Kommissionen fastslog således for det første, at der mellem den gennemsnitlige »katalogpris« på rejser til fjerne rejsemål i sommeren 1998 og prisen på rejser til nære rejsemål var en forskel på mere end 100%. Kommissionen behandlede ligeledes spørgsmålet ved at sammenligne pakkerejser af tilsvarende type (14 overnatninger på et trestjernet hotel uden pension) i Florida og i Spanien og konstaterede, at rejsen til Spanien var gennemsnitligt halvt så dyr som rejsen til Florida. Stort set samme resultater fremgik af tilsvarende sammenligninger mellem Florida og Grækenland eller De Kanariske Øer (en forskel på ca. 30-40% for ophold med pension). Beslutningen giver i detaljer eksempler på prissammenligninger mellem visse nære og fjerne turistrejsemål, der udbydes i Airtours' kataloger, hvoraf fremgår en betydelig prisforskel mellem de to typer rejsemål.
- 31 Sagsøgeren har bestridt, at gennemsnitspriser har relevans som sammenlignings-elementer for prisens betydning for forbrugernes beslutninger vedrørende produkter, der tydeligvis er forskellige. Sagsøgeren har anført, at det afgørende ved fastlæggelsen af det pågældende produktmarked er »marginalkundernes« adfærd og spørgsmålet, om de er villige til at tage ferierejser til fjerne rejsemål som erstatning for rejser til nære rejsemål, såfremt prisen på de sidstnævnte skulle stige. Kommissionen har anerkendt, at gennemsnitspriserne ikke nødvendigvis afspejler de marginale priser, men det er Kommissionens opfattelse, at når forskellene er så store, som det er tilfældet her, er det usandsynligt, at der vil være et tilstrækkeligt stort udbud af virkeligt sammenlignelige pakkerejser til fjerne rejsemål med priser, der er tilstrækkeligt sammenlignelige til, at de kan presse priserne på rejser til nære rejsemål, idet rejserne til de pågældende fjerne rejsemål alene kan anses for reelle erstatninger for en meget lille del af kunderne.
- 32 Det skal derfor undersøges, om Kommissionen foretog en åbenbar fejlbedømmelse vedrørende marginens størrelse, dvs. vedrørende antallet af kunder, der vil reagere på en prisstigning på rejser til nære rejsemål ved at købe rejser til fjerne rejsemål, i forhold til det samlede antal rejsearrangørkunder, der sædvanligvis køber rejser til nære rejsemål.

- 33 Det skal i denne forbindelse indledningsvis anføres, at det mellem parterne er ubestridt, at de britiske kunder til pakkerejser til udlandet generelt er meget opmærksomme på disse produkters pris.
- 34 Der er redegjort for Kommissionens synspunkt i beslutningens betragtning 24, hvor den anerkendte, at »[d]e prisoplysninger, Kommissionen er i besiddelse af, underbygger den konklusion, at der kun er begrænset sammenfald i priserne på sammenlignelige pakkerejser til henholdsvis fjerne og nære rejsemål. For nogle pakkerejser til nogle fjerne destinationer, specielt på bestemte tidspunkter af året (f.eks. når vejret forventes at være dårligt), kan priserne svare til eller ligge tæt op ad de dyreste pakkerejser til nære rejsemål (dyre hoteller i sommerhøjsæsonen)«. Kommissionen fremsatte imidlertid derefter den opfattelse, at »denne meget begrænsede overlapning [ikke] kan [...] antages at være tilstrækkelig til at påvirke priserne på hele markedet for pakkerejser til nære rejsemål, eftersom det kun vil være en meget lille del af kunderne, der vil betragte de pågældende rejser til fjerne rejsemål som reelle alternativer, hvadenten det skyldes prisen eller andre forhold«.
- 35 Kommissionen understregede til støtte for denne vurdering i beslutningens betragtning 25, at ingen af de pakkerejser til fjerne rejsemål, som sagsøgeren nævnte i sit svar på klagepunktsmeddelelsen (tabel 2.6) til underbygning af sin påstand om prisoverlapning, lå i samme prisleje som de priser, sagsøgeren tidligere havde angivet.
- 36 Det fremgår af en gennemgang af bilag 1(a) og bilag 2 til sagsøgerens skrivelse af 29. juni 1999 til besvarelse af Kommissionens anmodninger af 15. og 21. juni 1999 om yderligere oplysninger (dokumenter, som Kommissionen har fremlagt i forbindelse med foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, jf. bilag 6b/7b til den første fremlæggelse af dokumenter fra Kommissionen), at det var med rette, at Kommissionen angav, at forskellen mellem gennemsnitspriserne er betydelige, særligt når de sammenlignes inden for den samme sæson (sommer eller vinter). Bilag 1(a) viser nemlig, at for sommersæsonen 1996, 1997 og 1998

var gennemsnitspriserne i engelske pund (GBP) pr. uge for rejser til nære rejsemål henholdsvis 354, 378 og 369 GBP, mens de tilsvarende beløb for priserne på rejser til fjerne rejsemål var henholdsvis 676, 757 og 781 GBP.

37 Endvidere bekræfter gennemgangen af disse dokumenter, at Kommissionens vurdering, der findes i beslutningens betragtning 25, var berettiget. Det fremgår nemlig af bilag 2 til sagsøgerens skrivelse af 29. juni 1999, at sagsøgeren for de nære rejsemål havde anført, at typiske rejser, f.eks. en uge på et trestjernet hotel med halvpension på Mallorca i juli/august 2000, kostede 485 GBP. Dette beløb er mærkbart lavere end de tal, der findes i tabel 2.6 på s. 21 i besvarelsen af klagepunktsmeddelelsen, der er henvist til i beslutningens betragtning 25. Det er kun priserne på rejser i december 1999 til Jamaica (699 GBP), Mexico (649 GBP) og Sri Lanka (699 GBP), der ligger tæt på de gældende gennemsnitlige priser for nære rejsemål i sommerperioden 2000.

38 På samme vis støtter de af sagsøgeren fremlagte dokumenter Kommissionens synspunkt. Det viser sig nemlig — således som det fremgår af beslutningens betragtning 26 — at i reklamer for pakkerejser til fjerne rejsemål, som udbydes af BA Holidays, hvilke sagsøgeren har fremlagt under retsmødet (jf. beslutningens betragtning 26, fodnote 23), er der udbudt fire rejsemål til meget konkurrencedygtige priser: Barbados (399 GBP), Tobago (499 GBP), Grenada (529 GBP) og Saint Lucia (799 GBP). Som Kommissionen har understreget, er det imidlertid kun pakkerejsen til Saint Lucia, der er inklusiv forplejning, idet de andre pakkerejser kun inkluderer ophold og fly. Endvidere drejer det sig om lavsæsonpriser, der gjaldt i september og oktober 1999.

39 Det skal tilføjes, at sagsøgeren i besvarelsen af 29. juni 1999 af Kommissionens anmodninger af 15. og 21. juni 1999 som eksempel på et typisk produkt, sagsøgeren udbyder, angav sommerferie på Mallorca på et trestjernet hotel, hvis cirkapris er 485 GBP, foruden flytillæg.

- 40 Herudover har sagsøgeren under retsmødet indrømmet, at selskabet offentliggør et særskilt katalog for rejser til nære rejsemål og et for rejser til fjerne rejsemål.
- 41 Kommissionens synspunkt om, at det alene er en lille del af kunderne hos de største britiske rejsearrangører, der er af den opfattelse, at rejser til fjerne rejsemål er et alternativ i henhold til kvalitet/pris («value for money») til rejser til nære rejsemål, kan ikke anses for at være en åbenbar fejlsvurdering.
- 42 Denne konklusion kan ikke svækkes af de øvrige argumenter, som sagsøgeren har påberåbt sig.
- 43 Sagsøgeren har gjort gældende, at i nogle undersøgelser, der er foretaget i den pågældende sektor, betragtes rejser til fjerne rejsemål som en del af det normale marked. Sagsøgeren har navnlig citeret publikationen *Holidays: The Booking procedure* fra Mintel, hvori der anføres følgende: »Oversøiske rejser er blevet en del af hovedrejsemarkedet. I det omfang de bygger på et ønske om at rejse længere væk og se verden uden for Europa, er prislefaktoren naturligvis blevet et nøgleelement ved forbrugerens valg.« Endvidere skulle Kommissionen have taget de udtalelser fra andre rejsearrangører i betragtning, der fremkom under Kommissionens undersøgelse, hvilke ligeledes fremhævede den stigende tendens til, at rejser til fjerne rejsemål betragtes som et alternativ til rejser til nære rejsemål.
- 44 For så vidt angår definitionen af produktmarkedet er det forhold, at Kommissionen hverken tillagde udviklingen i forbrugernes smag eller den stigende betydning af den alternative anvendelse af rejser til nære rejsemål med rejser til fjerne rejsemål, såsom Florida og Den Dominikanske Republik, eller de seneste års stigning på markedet for rejser til fjerne rejsemål, afgørende betydning, ikke

tilstrækkeligt til at konkludere, at Kommissionen overskred grænserne for sit skøn ved at finde, at pakkerejser til nære rejsemål ikke hører til det samme produktmarked som pakkerejser til fjerne rejsemål.

- 45 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argumentation om substituerbarheden vedrørende udbuddet og den indbyrdes udveksling mellem fly, der anvendes på korte og oversøiske ture, kan Kommissionen i øvrigt ikke kritiseres for at have vurderet, at konstateringen af, at visse polyvalente fly, såsom Boeing 757, i et vist omfang kan anvendes både til de fjerne rejsemål og til de nære rejsemål, ikke er tilstrækkeligt afgørende i forhold til de andre fastslåede elementer vedrørende produktets substituerbarhed ud fra et efterspørgselssynspunkt til, at der kan anvendes en bredere markedsdefinition. Der skal i denne forbindelse henvises — således som sagsøgeren selv har gjort — til punkt 13 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5), der har følgende ordlyd:

»Ved afgrænsning af det relevante marked har efterspørgselssubstitution ud fra et økonomisk synspunkt den mest umiddelbare og effektive disciplinerende indflydelse på leverandørerne af et givet produkt og især på deres prissætning.«

- 46 Endelig kan sagsøgeren ikke påberåbe sig en manglende begrundelse for så vidt angår definitionen af det relevante marked.

- 47 Kommissionen har anvendt en betydelig del af beslutningen (betragtning 5-28) på at forklare årsagerne til, at den fandt, at det relevante marked var begrænset til markedet for rejser til nære rejsemål. Kommissionens begrundelse fremgår

således klart og utvetydigt af beslutningen for så vidt angår definitionen af det relevante marked, således at Fællesskabets retsinstanser kan udøve deres prøvelsesret, og således at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder (Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 15).

- 48 Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes som ubegrundet.

Det andet anbringende, tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og tilsidesættelse af artikel 253 EF, idet Kommissionen undersøgte denne sag i henhold til et fejlagtigt begreb for kollektiv dominerende stilling

- 49 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for med henblik på beslutningen generelt at have anvendt et nyt og fejlagtigt begreb »kollektiv dominerende stilling« i beslutningens betragtning 51-56 ved at have fraveget sin tidligere beslutningspraksis, Fællesskabets retsinstansers praksis og fornuftige økonomiske principper, hvorfor Kommissionen har tilsidesat artikel 2 i forordning nr. 4064/89. Kommissionen har ved denne adfærd endvidere tilsidesat retssikkerhedsprincippet og artikel 253 EF, idet beslutningen er behæftet med en begrundelsesmangel.
- 50 Kommissionen har benægtet at have anvendt en ny fremgangsmåde og har anført, at den anvendte det kriterium for kollektiv dominerende stilling, som den allerede havde anvendt i tidligere sager, og som Retten godkendte i Gencor-dommen af 25.3.1999 (sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753).

- 51 Det skal understreges, at de ovennævnte betragtninger i beslutningen (betragtning 51-56) findes i beslutningens kapitel V, afsnit A, hvori Kommissionen — udelukkende som indledning og på sammenfattende vis — redegjorde for årsagerne til, at den konkluderede, at den anmeldte fusion ville føre til skabelse af en kollektivt dominerende stilling, og hvori den fremkom med et generelt svar på de af sagsøgeren under den administrative procedure fremsatte bemærkninger vedrørende visse forhold, der er kendetegnende for en situation med kollektiv dominerende stilling.
- 52 Kommissionen beskriver i dette indledende kapitel vedrørende den retlige analyse af den anmeldte fusion alene i store træk sin vurdering af transaktionens virkninger, hvorefter vurderingen forklares og udvikles i detaljer i beslutningens betragtning 57-180.
- 53 Da beslutningen udgør en retsakt til gennemførelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89 vedrørende en bestemt fusion, skal Retten ved efterprøvelsen af en sådan beslutnings lovlighed holde sig til Kommissionens stillingtagen til den anmeldte fusion, dvs. at den skal undersøge den måde, hvorpå retsreglerne er blevet anvendt på de faktiske forhold, og udtale sig om berettigelsen af Kommissionens vurderinger vedrørende den anmeldte fusions virkninger på konkurrencen. I denne sag findes den særlige vurdering af transaktionens virkning på konkurrencen, der førte Kommissionen til at mene, at fusionen skulle forbydes, i beslutningens betragtning 57-180. Denne vurdering er anfægtet af sagsøgeren i forbindelse med det tredje anbringende.
- 54 Det skal derfor først undersøges, om de af sagsøgeren anførte argumenter vedrørende det tredje anbringende er berettigede, og herved skal der tages hensyn til sagsøgerens argumenter vedrørende Kommissionens generelle vurdering i beslutningens betragtning 51-56.

Det tredje anbringende, dels tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, idet Kommissionen fastslog, at den anmeldte fusion ville skabe en kollektiv dominerende stilling, dels tilsidesættelse af artikel 253 EF

- 55 Sagsøgeren har med dette anbringende forsøgt at godtgøre, at Kommissionen begik en fejlvurdering, da den besluttede, at den planlagte transaktion skulle forbydes. Sagsøgeren har anført, at beslutningen ikke i tilstrækkeligt omfang beviser, at resultatet af transaktionen vil være, at der skabes en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart kan hindre konkurrencen på det relevante marked. Kommission har ved at forbyde transaktionen således tilsidesat artikel 2 i forordning nr. 4064/89.

A — Generelle betragtninger

- 56 I henhold til artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 skal fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, erklæres forenelige med fællesmarkedet.
- 57 Ifølge forordningens artikel 2, stk. 3, skal fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, erklæres uforenelige med fællesmarkedet.
- 58 Når Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 undersøger en mulig kollektiv dominerende stilling, skal den afgøre, om skabelsen eller styrkelsen af en

sådan stilling, der efter sin art mærkbart og varigt kan hindre den effektive konkurrence på markedet, er fusionens direkte og umiddelbare virkning (jf. i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 94). Såfremt der ikke er en væsentlig ændring af den aktuelle konkurrence, skal transaktionen godkendes (jf. i denne retning Rettens dom af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323, præmis 78 og 79, og dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 170, 180 og 193).

59 Det fremgår af retspraksis, at »[v]ed afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal Kommissionen [...] på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne« (Kali & Salz-dommen, præmis 221, og dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 163).

60 Retten har udtalt, at »[d]er er i retlig eller økonomisk henseende ikke nogen grund til fra begrebet økonomisk forbindelse at undtage et indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol, inden for hvilket de på et marked med passende kendetegn, bl.a. med hensyn til koncentrationsgraden på markedet og produktets gennemsigtighed og homogenitet, er i stand til at forudse hinandens adfærd og derfor i høj grad er tilskyndet til at samordne deres adfærd på markedet for bl.a. at maksimere deres fælles fortjeneste ved at begrænse produktionen med henblik på at hæve priserne. I en sådan sammenhæng ved enhver erhvervsdrivende, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommandes side for at forøge markedsandelen (f.eks. en prisnedsættelse) vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling. Alle de erhvervsdrivende må således acceptere nedsættelsen af prisniveauet« (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 276).

61 Efter en fusion kan der således opstå en situation med kollektiv dominerende stilling, der på mærkbar vis hindrer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, når transaktionen — under hensyn til det pågældende markeds særlige kendetegn og den ændring, som gennemførelsen af denne transaktion medfører — medfører, at hvert medlem af det dominerende oligopol (under hensyntagen til fælles interesser) finder det muligt, økonomisk rationelt og således hensigtsmæssigt varigt at vedtage samme adfærd på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurrence ville begrunde, uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis i artikel 81 EF's forstand (jf. i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 277), og dette er uden, at de aktuelle eller potentielle konkurrenter eller endog kunderne og forbrugerne kan reagere på effektiv vis.

62 Således som sagsøgeren har gjort gældende, og som Kommissionen har indrømmet i sine processkrifter, er der tre betingelser for, at der kan skabes en situation med kollektiv dominerende stilling i henhold til denne definition:

— For det første skal hvert medlem af det dominerende oligopol kunne skaffe sig kendskab til andre medlemmers adfærd med henblik på at kunne kontrollere, om de følger den samme adfærd eller ikke. Som Kommissionen udtrykkeligt har indrømmet, er det ikke tilstrækkeligt, at hvert medlem af det dominerende oligopol er bevidst om, at alle kan drage fordel af en gensidigt afhængig adfærd på markedet, men medlemmet skal også have et middel til at finde ud af, om de andre erhvervsdrivende følger den samme strategi, og om de opretholder den. Gennemsigtigheden på markedet skal således være tilstrækkelig til at give hvert medlem af det dominerende oligopol mulighed for på en tilstrækkelig præcis og umiddelbar måde at få kendskab til udviklingen i alle de andre medlemmers adfærd på markedet.

— For det andet er det nødvendigt, at situationen med stiltiende koordinering kan opretholdes over en vis periode, dvs. at der skal være en tilskyndelse til

ikke at fravige den fælles adfærd på markedet. Som Kommissionen har bemærket, er det kun, hvis alle medlemmer af det dominerende oligopol opretholder en parallel adfærd, at de kan drage fordel heraf. Denne betingelse indeholder derfor begrebet modangreb i tilfælde af adfærd, der afviger fra den fælles adfærd. Parterne er her enige om, at for at en situation med kollektiv dominerende stilling er bæredygtig, skal der være tilstrækkeligt med afskrækkelsesfaktorer for at sikre, at der varigt er en tilskyndelse til ikke at fravige den fælles adfærd, hvilket vil sige, at hvert medlem af det dominerende oligopol skal vide, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side for at forøge markedsandelen vil udløse det samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling (jf. i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 276).

- For det tredje skal Kommissionen for i tilstrækkeligt omfang at godtgøre, at der er en kollektiv dominerende stilling, ligeledes godtgøre, at de nuværende og potentielle konkurrenters forudsigelige reaktion samt forbrugernes reaktion ikke sår tvivl om de forventede resultater af den fælles adfærd.

⁶³ Den fremtidsanalyse, som Kommissionen skal foretage ved fusionskontrollen for så vidt angår en kollektiv dominerende stilling, forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet (Kali & Salz-dommen, præmis 222). Som Kommissionen selv har understreget i betragtning 104 i sin beslutning af 20. maj 1998 (sag IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand) (EFT 1999 L 50, s. 27), fremgår det ligeledes af Kali & Salz-dommen, at der påhviler Kommissionen en stor bevisbyrde, når den finder, at en transaktion bør forbydes, fordi den vil skabe en situation med kollektiv dominerende stilling. Dette bevis skal navnlig vedrøre de forhold, der angives at spille en væsentlig rolle ved vurderingen af, om der kan skabes en kollektiv dominerende stilling, såsom manglende effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende, der angiveligt er medlemmer af et dominerende oligopol, og intet større konkurrencepres, der eventuelt kunne udøves af de andre erhvervsdrivende.

- 64 Det skal endvidere anføres, at de materielle bestemmelser i forordning nr. 4064/89, navnlig artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger, og dermed skal Fællesskabets retsinstitutters kontrol med udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (Kali & Salz-dommen, præmis 223 og 224, og dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 164 og 165).
- 65 Det er således i lyset af ovenstående, at berettigelsen af de af sagsøgeren påberåbte klagepunkter vedrørende beviset for, at Kommissionen begik en fejlbedømmelse, da den fandt, at betingelserne for eller de karakteristiske træk ved en kollektiv dominerende stilling ville foreligge, hvis den anmeldte transaktion blev godkendt, skal undersøges.

B — *Beslutningen*

- 66 Beslutningen sonderer (jf. betragtning 72 og 75) mellem to typer aktører på det relevante marked, dels de store rejsearrangører, dels de sekundære udbydere eller de små rejsearrangører:
- De store rejsearrangører er kendetegnet ved deres forholdsvis betydelige størrelse, deres markedsandel på mere end 10% (ifølge Kommissionens oplysninger har Thomson 27% af salget, Airtours 21%, Thomas Cook 20% og First Choice 11%, eller samlet 79%; ifølge Airtours' oplysninger har Thomson 30% af salget, Thomas Cook 20,4%, Airtours 19,4% og First Choice 15%, eller samlet 85,5%) og det forhold, at de alle er integreret i de foregående led (drift af charterselskaber) og i de efterfølgende led (rejsebu-reauer).

- De sekundære udbydere er mindre, ingen af dem har en markedsandel på over 5%, og de har generelt ikke deres egne charterselskaber eller deres egne rejsebureauer. Ud over Cosmos (der er en udtagelse til den manglende vertikale integration af sekundære udbydere, idet det er forbundet med Monarch, der er et af de største charterflyselskaber i Det Forenede Kongerige), Manos og Kosmar, der er den femte-, sjette- og syvendestørste rejsearrangør, og som har henholdsvis 2,9%, 1,7% og 1,7% af salget, findes der flere hundrede små konkurrerende rejsearrangører, hvoraf ingen har mere end 1% af salget.

⁶⁷ Det fremgår af beslutningen (jf. sammenfattelsen af Kommissionens vurdering i beslutningens betragtning 168-172), at Kommissionen var af den opfattelse, at gennemførelsen af den planlagte fusion vil resultere i skabelse af en dominerende stilling på det britiske marked for pakkerejser til det nære udland, som vil føre til, at konkurrencen inden for fællesmarkedet vil blive hæmmet betydeligt efter artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 af følgende årsager:

- Gennemførelsen af den planlagte transaktion vil fjerne konkurrencen mellem de tre store rejsearrangører efter fusionen (gruppen Airtours/First Choice, Thomson og Thomas Cook); de vil ikke længere tilskyndes til at konkurrere på grund af markedets strukturelle kendetegn og dets funktionsmåde, der afhænger af beslutninger vedrørende kapaciteten, og på grund af dets stærke koncentration på markedet (80% til de tre store rejsearrangører, såfremt transaktionen fandt sted) (beslutningens betragtning 169).
- Transaktionen vil øge den allerede eksisterende gennemsigtighed og den gensidige afhængighed, således at de tre sidste store rejsearrangører har enhver interesse i at vedtage en parallel adfærd for så vidt angår fastsættelsen

af det antal pakkerejser, der udbydes på markedet, idet de vil indskrænke kapaciteten til mindre end det, som markedsudviklingen kræver (beslutningens betragtning 170).

- Undersøgelsen af den tidligere konkurrence styrker denne konklusion, idet det er godtgjort, at det relevante marked allerede har vist en vis tendens til kollektiv dominans (beslutningens betragtning 128-138)

- Der foreligger visse afskrækkelsesfaktorer eller muligheder for modangreb som følge af det forhold, at hvis en af de tre store tilbageblevne rejsearrangører beslutter ikke at mindske sin kapacitet, risikerer de to andre at skulle gøre det samme, hvilket ville skabe en situation med »overudbud« og alvorlige økonomiske konsekvenser for hver af de erhvervsdrivende (beslutningens betragtning 170).

- De små rejsearrangører eller nye aktører på markedet, dvs. de nuværende og potentielle konkurrenter, vil blive endnu mere marginaliserede ved fusionens gennemførelse, idet de mister First Choice som leverandør af flysæder og potentiel distributionskanal; disse erhvervsdrivende har under alle omstændigheder ikke mulighed for at kompensere for den eventuelle indskrænkning af kapaciteten, som de tre sidste store rejsearrangører kan iværksætte (beslutningens betragtning 171).

⁶⁸ Hvad angår transaktionens virkninger på den effektive konkurrence var det Kommissionens opfattelse, at det forhold, at den samlede kapacitet på markedet nedbringes, vil medføre, at markedet lukkes, og at medlemmerne af det dominerende oligopol opnår pris- og profitstigninger (jf. navnlig beslutningens betragtning 56 og 168 in fine).

C — De fejlurderinger, som Kommissionen påstår at have foretaget

- 69 Sagsøgeren har gjort gældende, hvilket er det modsatte af det af Kommissionen påståede, at de forhold, der i beslutningen er anvendt til at kendetegne situationen med kollektiv dominerende stilling, ikke fandtes på anmeldelsestidspunktet og ikke vil opstå ved transaktionens gennemførelse.
- 70 Sagsøgeren har mere præcist for det første anført, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at transaktionens gennemførelse under hensyn til det pågældende markeds kendetegn vil tilskynde de tre sidste store rejsearrangører til ikke længere at konkurrere med hinanden.
- 71 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at selv om en sådan tilskyndelse fandtes, vil afskrækkelsesfaktorer eller mulighederne for passende modangreb forhindre, at det påståede dominerende oligopol bliver skabt.
- 72 For det tredje vil de små rejsearrangører og de nye aktører på markedet, dvs. de nuværende og de potentielle konkurrenter, under alle omstændigheder anfægte de eventuelle kapacitetsbegrænsninger, der indføres, og forbrugerne vil reagere som følge heraf, således at de tre sidste store rejsearrangører ikke i kraft af fusionen har magt til at handle samlet i et mærkbart omfang, der er uafhængigt af andre konkurrenter og forbrugere.
- 73 Endelig har sagsøgeren anført, at Kommissionen foretog en fejlurdering ved den måde, hvorpå den vurderede transaktionens virkning på konkurrencen på det relevante marked.

1. Indledende bemærkninger

- 74 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at den naturlige tendens, som de erhvervsdrivende på det pågældende marked viser til at fastlægge kapaciteten forsigtigt, på ingen måde hidtil har forhindret dem i at konkurrere, og at der ikke er grund til at tro, at gennemførelsen af den planlagte transaktion vil medføre, at denne konkurrence forsvinder på grund af, at der skabes en kollektiv dominerende stilling for de tre sidste store rejsearrangører.
- 75 Beslutningen er særlig ufuldstændig hvad angår kvalifikationen af den konkurrencesituation, der fandtes på anmeldelsestidspunktet. Det er ikke desto mindre ubestridt, at Kommissionen konkluderede, at gennemførelsen af den planlagte transaktion vil resultere i skabelse — og ikke styrkelse — af en dominerende stilling på markedet (beslutningens betragtning 194). Kommissionen har i sine processkrifter bekræftet, at den ikke har påstået, at der på anmeldelsestidspunktet fandtes en situation med et dominerende oligopol, og at det bestemt drejer sig om at skabe, og ikke at forstærke, en kollektiv dominerende stilling. Kommissionen har således ikke bestridt, at de største rejsearrangører ikke har fundet det muligt eller rentabelt inden gennemførelsen af den planlagte transaktion at begrænse deres kapacitet med henblik på at hæve deres priser og overskud.
- 76 Det følger heraf, at Rettens undersøgelse i denne sag skal tage udgangspunkt i en situation, hvor de fire store rejsearrangører ifølge Kommissionen ikke har magt til at vedtage den samme adfærd på markedet, hvor de derfor ikke fremstår som en enhed i forhold til deres konkurrenter, deres handelspartnere og forbrugere, og hvor de således ikke har den magt, der er knyttet til en kollektiv dominerende stilling.
- 77 Det påhviler under disse omstændigheder Kommissionen at bevise, at dens godkendelse — under hensyn til kendetegnene for markedet for produktion af pakkerejser til nære rejsemål for briterne og til den anmeldte transaktion — vil

medføre, at der skabes en kollektiv dominerende stilling, der begrænser konkurrencen, idet Airtours/First Choice, Thomson og Thomas Cook ville få en magt, som de ikke tidligere havde, til at følge den samme adfærd på markedet ved at fastlægge deres kapacitet til under det, der er normalt på et konkurrencepræget marked, der allerede er kendetegnet ved en vis forsigtighed med hensyn til kapaciteten.

- 78 Det er således i lyset af ovenstående betragtninger, at de klagepunkter og argumenter, som sagsøgeren har gjort gældende i denne sag, skal undersøges.

2. Konklusionen om, at fusionens gennemførelse vil tilskynde de tre sidste store rejsearrangører til ikke længere at konkurrere med hinanden

- 79 Sagsøgeren har gjort gældende, at konklusionen om, at fusionens gennemførelse vil tilskynde de tre sidste store rejsearrangører til ikke længere at konkurrere med hinanden, er fejlagtig, da Kommissionen dels ikke, som den skulle, tog hensyn til den konkurrence, der fandtes mellem de største rejsearrangører på anmeldelsestidspunktet, dels begik fejl i sin vurdering af markedets kendetegn, der er anvendt som led i fastslåelsen af, at der ville blive skabt en kollektiv dominerende stilling på markedet, nemlig især den tidligere og forudsigelige udvikling i efterspørgslen, markedets ustabilitet og gennemsigtheden på markedet.

a) Vurderingen af den konkurrence, der var mellem de største rejsearrangører

- 80 Sagsøgeren har gjort gældende, at analysen af den konkurrence, der fandtes før anmeldelsen (»den hidtidige konkurrence«), spiller en grundlæggende rolle i denne sag, idet de væsentligste tilskyndelser, som Kommissionen har påberåbt

sig, nemlig den påståede eksisterende rigiditet med hensyn til kapaciteten, er karakteristiske for markedets normale funktion, vedrører det samlede erhverv og ikke påvirkes af gennemførelsen af den planlagte transaktion. Sagsøgeren har anført, at det relevante marked i løbet af de seneste år har fungeret i en konkurrencepræget situation, og har bestridt Kommissionens påstand om, at der allerede var en tendens til kollektiv dominans. Sagsøgeren har navnlig kritiseret den måde, hvorpå Kommissionen tog hensyn til den påståede tendens til kollektiv dominans, inden gennemførelsen af den planlagte transaktion og ustabiliteten af de historiske markedsandele overhovedet var undersøgt.

- 81 Kommissionen har gjort gældende, at den måde, hvorpå markedet tidligere fungerede, og det forhold, at der hidtil har været en konkurrence, ikke er vigtige forhold, idet beslutningen bygger på den konstatering, at den planlagte transaktion vil skabe en kollektiv dominerende stilling, dvs. vil ændre markedsvilkårene på en sådan måde, at de tilskyndelser og den adfærd, der tidligere er undersøgt, ikke længere udgør relevante kendetegn ved fastlæggelsen af de erhvervsdrivendes reaktion i en ny markedssituation. Kommissionen har derfor gjort gældende, at det afgørende spørgsmål er, hvorvidt den planlagte transaktion vil ændre de nuværende markedsvilkår på en sådan måde, at de største erhvervsdrivende ikke vil handle, som de tidligere har gjort. Det er således ikke sikkert, at blot fordi markedet var konkurrencepræget med fire store rejsearrangører, vil det vedblive med at være det med kun tre. Kommissionen har ikke desto mindre bestridt sagsøgerens argumenter, der har til formål at godtgøre, at der på markedet var og fortsat vil være en hård konkurrence mellem de største rejsearrangører.
- 82 Retten skal imidlertid anføre, at for så vidt angår den påståede kollektive dominerende stilling er et af de spørgsmål, som Kommissionen skal besvare under undersøgelsen, spørgsmålet om, hvorvidt den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt (Kali & Salz-dommen, præmis 221, og dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 163). Når der ikke sker en væsentlig ændring af det hidtidige konkurrenceniveau, skal transaktionen godkendes, fordi den ikke hæmmer konkurrencen (jf. ovenfor, præmis 58). Det følger heraf, at den grad af konkurrence, der fandtes på markedet på transaktionens anmeldelsestidspunkt, er en afgørende omstændighed ved bestemmelsen af, om der eventuelt skabes en situation med kollektiv dominerende stilling i henhold til forordning nr. 4064/89.

- 83 Som sagsøgeren har gjort gældende, er analysen af den konkurrence, der fandtes før anmeldelsen, så meget desto vigtigere, som genstanden for den stiltiende koordination, som ifølge Kommissionen vil opstå efter fusionen, vil være en begrænsning af den kapacitet, som de tre resterende integrerede rejsearrangører stiller til rådighed på markedet, og som går ud over den naturlige forsigtighed ved planlægningen af deres kapacitet, som de selv anser for at være hensigtsmæssig for markedets normale funktion.

i) Den påståede tendens til kollektiv dominans, der fandtes før gennemførelsen af den planlagte transaktion

- 84 Det skal først fastslås, at når Kommissionen har anvendt en del af beslutningen på at undersøge den »[h]idtidig[e] konkurrence« (betragtning 128-138), viser en omhyggelig analyse af denne del, at Kommissionen reelt ikke udtalte sig om omfanget af den eksisterende konkurrence på markedet. Kommissionen begrænsede sig til at redegøre for (betragtning 128-138) en række omstændigheder eller forhold, der har vist sig på markedet i løbet af årene forud for anmeldelsen, som grundlag for at konkludere (beslutningens betragtning 138), at »der er belæg for, at der allerede i dag er en tendens til kollektiv dominans på markedet (især med hensyn til kapacitetsplanlægning)«. Det er imidlertid ikke i disse afsnit i beslutningen nævnt, at der eventuelt var en begrænset konkurrence på markedet forud for anmeldelsen.

— Det forhold, at de store rejsearrangører går forsigtigt til værks i deres kapacitetsplanlægning og navnlig tager hensyn til de største konkurrenters vurderinger

- 85 Kommissionen redegør i beslutningens betragtning 135 og 136 for, at de store rejsearrangører går forsigtigt til værks i deres kapacitetsplanlægning og navnlig tager hensyn til de største konkurrenters vurderinger (beslutningens betragtning

136 omtaler visse udtalelser fra bestyrelsesformændene for de store integrerede britiske rejsearrangører, der godtgør denne forsigtighed ved planlægningen). I den forudgående betragtning 135 henviser beslutningen til en episode, der indtraf i sommersæsonen 1995, som ifølge Kommissionen tydeligt illustrerer virkningerne af et overudbud på markedet: I løbet af planlægningsperioden i 1994 overvurderede rejsearrangørerne efterspørgslen for sommersæsonen 1995, og de stod tilbage med usolgte rejser, som de måtte sælge med store rabatter, hvilket gav dem betydelige tab.

- 86 Sagsøgeren har anført, at de store rejsearrangører ikke kan kritiseres for at have en forsigtig tilgang til kapacitetsplanlægningen og herved at tage særligt hensyn til de andre store rejsearrangørers planlægning, idet Fællesskabets retsinstanser har anerkendt, at »krav[et] om uafhængighed [...] ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller forventede adfærd« (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 173 og 174). Sagsøgeren er af den opfattelse, at denne forsigtighed ikke er uforenelig med en betydelig konkurrencemæssig aggressivitet for at opretholde eller øge sin markedsandel til skade for de største konkurrenter. Sagsøgeren har i denne forbindelse omtalt de udtalelser fra de største rejsearrangører, der beskriver deres ambitioner vedrørende vækst.
- 87 Kommissionen har gjort gældende, at de hensigter, som sagsøgeren har tillagt de største rejsearrangører, afspejler situationen inden den planlagte transaktion og derfor vedrører andre omstændigheder. Kommissionen har ikke påstået, at der tidligere fandtes en situation med et dominerende oligopol. Endvidere er den »aggressive vækst«, der henvises til i visse udtalelser, hidtidigt sket og skal fremover ske ved overtagelser. Endelig har Thomas Cook over for Kommissionen anført, at det vigtigste ikke er koncernens størrelse, men derimod rentabiliteten (beslutningens betragtning 131).
- 88 Det skal bemærkes, at beslutningen flere gange anerkender, at denne naturlige tendens til forsigtighed ved kapacitetsplanlægningen udgør en af særegenhederne

ved det relevante marked i den nuværende situation, hvor der ikke er en kollektiv dominerende stilling, der begrænser konkurrencen, og at denne tendens påvirker alle erhvervsdrivende og ikke blot de store rejsearrangører, selv om disse sidstnævnte er særligt berørte (jf. beslutningens betragtning 60-66, 97 og 136). Kommissionen anførte således i beslutningens betragtning 97, at »[e]fterspørgslels variable karakter gør det i særdeleshed hensigtsmæssigt at begrænse den planlagte kapacitet og så sætte mere kapacitet ind senere, hvis der viser sig at blive en særlig stor efterspørgsel«, og at »[p]å den måde kan udbyderne sikre sig mod pludselige fald i efterspørgslen«, og i betragtning 136, at »[d]e store rejsearrangører går forsigtigt til værks i deres kapacitetsplanlægning og tager navnlig hensyn til, hvad de skønner bliver de andre store rejsearrangørers planer«.

89 Under disse omstændigheder, og da Kommissionen ikke har bestridt, at det relevante marked var konkurrencepræget inden anmeldelsen, navnlig under krisen i 1995, kan den episode, der var i dette år, og som i beslutningen er tillagt stor vægt, ikke som sådan være et tegn på, at der allerede var en tendens til kollektiv dominans i denne sektor. Det forhold, at de erhvervsdrivende ved planlægningen i 1994 tog fejl i deres beregninger og havde betydelige tab efter at have overvurderet efterspørgslen for sommersæsonen 1995, kan alene anses for et eksempel på de særlige risici på dette marked, hvis meget specielle funktion er blevet forklaret i beslutningens betragtning 59-66.

90 Selv om det ganske vist fremgår af de udtalelser, der er citeret i beslutningens betragtning 136, at bestyrelsesformændene for de store rejsearrangører er opmærksomme på de risici, der er forbundet med ekspansive strategier på det pågældende marked, navnlig takket være den lærestreg, branchen fik ved episoden i 1995, og af det forhold, at vejen til rentabilitet ligger i at tilpasse kapaciteten til efterspørgslen (jf. beslutningens betragtning 60), indeholder disse udtalelser ikke det mindste tegn på, at der ikke skulle være nogen konkurrence mellem de største rejsearrangører.

91 Endelig kan det forhold, at der i et vist omfang (30-40% af aktierne) er de samme institutionelle investorer i Airtours, First Choice og Thomson, i modsætning til det af Kommissionen påståede (jf. beslutningens betragtning 137 og 138) ikke

anses for et element, der viser, at der allerede er en tendens til kollektiv dominans i denne sektor. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, således som Kommissionen selv har anerkendt det i svarskriftet (betragtning 73), at det ikke i beslutningen er påstået, at gruppen af institutionelle investorer repræsenterer en homogen helhed, der giver mulighed for at kontrollere disse børsnoterede selskaber eller kan bruges som en mekanisme til udveksling af oplysninger mellem de tre virksomheder. Endvidere kan Kommissionen ikke hævde, at disse aktionærer repræsenterer et yderligere element, der støtter en forsigtig forvaltning af kapaciteten, uden at den har undersøgt, i hvilket omfang disse aktionærer griber ind i forvaltningen af de pågældende selskaber. Selv om det endelig måtte være fastslået, at der er mulighed for at påvirke forvaltningen af virksomhederne, kan de fælles institutionelle aktionærers interesse i vækst og dermed i kapacitet alene ses som et udtryk for, hvad der kendetegner det relevante marked, hvorfor Kommissionen fortsat ikke har godtgjort, at det forhold, at der står sådanne institutionelle investorer bag kapitalen i tre af de fire store rejsearrangører, udgør et element, der viser, at der allerede er en tendens til kollektiv dominans.

- 92 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen, når den ikke har bestridt markedets konkurrencemæssige karakter, ikke kunne anse den forsigtighed ved kapacitetsplanlægningen, der er kendetegnende for de normale markedsvilkår, for et indicium for, at den havde ret i sit synspunkt om, at der allerede var en tendens til kollektiv dominans i denne sektor.

— Vurderingen af den horisontale og vertikale integration, der har kendetegnet markedet siden offentliggørelsen af Monopolies and Mergers Commissions rapport

- 93 Sagsøgeren har gjort gældende, at Det Forenede Kongeriges Monopolies and Mergers Commission, der er en af Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndigheder (herefter »MMC«), har undersøgt den konkurrence, der i 1997 var på

det pågældende marked, og har udarbejdet en rapport med titlen *Foreign package holidays: a report on the supply in the UK of tour operators' services and travel agents' services in relation to foreign package holidays* (herefter »MMC-rapporten«). Sagsøgeren har gjort gældende, at MMC i denne rapport konkluderede, at situationen på dette marked var tilstrækkeligt konkurrencepræget.

- 94 Kommissionen har anført, at situationen på markedet har ændret sig betydeligt siden udarbejdelsen af MMC-rapporten i 1997, ikke alene på grund af den tiltagende vertikale integration mellem de største rejsearrangører, således som sagsøgeren har påstået, men ligeledes på grund af den betydelige horisontale koncentration, der er sket.
- 95 Kommissionen angav i beslutningens betragtning 128-134 som et tegn på, at der er en tendens til kollektiv dominans, den horisontale og vertikale integration, der har kendetegnet den britiske sektor for pakkerejser til udlandet i de senere år, og som er forstærket siden offentliggørelsen af MMC-rapporten i december 1997, navnlig på grund af det antal af mellemstore erhvervsdrivende, der er blevet opkøbt af de fire store rejsearrangører.
- 96 Retten skal imidlertid anføre, at en omhyggelig gennemgang af bevægelserne på markedet viser, at de største rejsearrangørers opkøb af rejsearrangører, luftfarts-selskaber og rejsebureauer, der er påberåbt i beslutningens betragtning 134, ikke medfører større ændringer på markedet, der i 1999 kunne gøre de konklusioner, der blev draget af MMC i slutningen af 1997 vedrørende konkurrencen på markedet, ugyldige, og at disse opkøb derfor ikke kunne ses som tegn på, at der var en tendens til kollektiv dominans.
- 97 Det skal først fastslås, således som sagsøgeren har anført, at MMC i sin rapport, der blev offentliggjort i 1997, fandt, at sektoren for pakkerejser til udlandet var

en dynamisk sektor, hvor konkurrencen var hård, og hvor der ikke var nævneværdige adgangsbarrierer. MMC kom til denne konklusion efter at have foretaget en yderst detaljeret undersøgelse (mere end 300 sider) af situationen i og funktionen af rejsesektoren, som blev gennemført i løbet af en undersøgelsesperiode på 12 måneder på grundlag af et stort antal oplysninger og meninger fra alle de parter, der findes i sektoren for rejser til udlandet solgt i Det Forenede Kongerige. MMC fik med henblik på at forberede sin rapport udarbejdet fire markedsundersøgelser ved eksterne konsulenter, og rapporten blev udarbejdet i november 1997, dvs. blot halvandet år før Kommissionen undersøgte dette marked i forbindelse med den anmeldte transaktion.

98 MMC udtalte i rapportens punkt 1.6 navnlig følgende:

»Rejsesektoren har langt fra været statisk i de seneste ti år, og billedet fortsætter med at ændre sig med en yderligere tendens til vertikal integration. Af alle de største deltagere, der er beskrevet i vores undersøgelse af 1986 vedrørende pakkerejser til udlandet, er det alene Thomson, der har bevaret en fremtrædende stilling. Vi har indsamlet mange beviser på, at konkurrencen i sektoren er hård, og vi er generelt enige i dette synspunkt. Selv om koncentrationen er steget i de seneste fem år, er den ikke særlig udbredt. Det årlige overskud er ikke uforholdsmæssigt stort. Aktørerne kommer og går. Der er ikke nævneværdige adgangsbarrierer for at komme ind på rejsearrangørmarkedet eller rejsebureau-markedet.«

99 Kommissionen anfægtede ikke denne analyse i den anfægtede beslutning, og den omtalte flere gange de vurderinger, MMC foretog vedrørende andre spørgsmål i denne rapport (beslutningens betragtning 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 og 134). Det følger heraf, at Kommissionen ikke har bestridt MMC's konklusioner for så vidt angår karakteriseringen af, at dette marked i 1997 var et meget konkurrencepræget marked.

- 100 Kommissionen gjorde imidlertid gældende (beslutningen betragtning 123), at konkurrenceforholdene på markedet har ændret sig betydeligt siden 1997, navnlig på grund af den øgede koncentration og vertikale integration, der er sket på markedet, således som det fremgår af beslutningens betragtning 134. Kommissionen anførte i denne forbindelse, at det forhold, at der er fjernet mellemstore erhvervsdrivende fra markedet, indebærer en væsentlig ændring i konkurrencestrukturen og en forøgelse af mulighederne for, at de største rejsearrangører kan udvise parallel adfærd.
- 101 Det skal imidlertid fastslås, at den horisontale og vertikale integration, der er sket i den britiske sektor for pakkerejser til udlandet siden offentliggørelsen af MMC-rapporten, ikke er så væsentlige, som Kommissionen har påstået.
- 102 For så vidt angår den horisontale integration fremgår det af sagsakterne (fusionens anmeldelse til Kommissionen, s. 33 a, bilag 5 til stævningen, MMC-rapporten 1997, punkt 4.18 og beslutningens betragtning 72), at udviklingen mellem 1996 og 1999 for Thomsons, Airtours' og First Choice' markedsandele ikke giver mulighed for at fastslå, at der er sket en betydelig styrkelse af deres andele på markedet for rejser til nære rejsemål. Ifølge de grafer, der beskriver udviklingen i rejsearrangørernes markedsandele (bilag 5 til stævningen, s. 33 a), udgjorde Thomsons — der havde 25% af salget af pakkerejser til udlandet i 1996 — salg af pakkerejser til udlandet (alle rejsemål tilsammen) alene 22% i 1998, mens Airtours' salg udgjorde 16% i 1996 og 1998, og First Choice' salg gik fra 10% i 1996 til 9% i 1998. De tre største rejsearrangører, der var aktive i 1997, havde således 51% af salget af pakkerejser til udlandet i 1996 og 47% i 1998. Denne vurdering støttes af undersøgelsen af oplysningerne vedrørende de nære rejsemål alene. Det fremgår nemlig af MMC-rapportens punkt 4.18, at MMC i 1997 ligeledes undersøgte markedsandelene for de integrerede rejsearrangører på basis af den snævre definition af produktmarkedet, der er anvendt i den anfægtede beslutning, idet Thomas Cook på dette tidspunkt havde anført, at det var relevant også at undersøge markedet på basis af en snæver definition. Det fremgår imidlertid af en sammenlignende undersøgelse af tallene for markedsandele i 1996 (der findes i MMC-rapportens

punkt 4.18) og i 1998 (der findes i beslutningens betragtning 72), at Thomson gik fra 33% til 30% — eller 27% alt efter kilderne — at Airtours gik fra 20% til 19% — eller 21% alt efter kilderne — og at First Choice gik fra 12% til 15% — eller 11% alt efter kilderne. Det er kun Thomas Cook, der har haft en betydelig stigning i markedsandelen, der gik fra 6% til 20%.

- 103 Det fremgår heraf, at den væsentligste koncentration, der er sket i sektoren for pakkerejser til udlandet siden 1997, er det forhold, at Thomas Cook i løbet af få år er gået fra at være en lille udbyder til at være en stor rejsearrangør efter flere eksterne væksttransaktioner (i juni 1996 opkøb af Sunworld, i 1998 opkøb af Flying Colours, der repræsenterede 3% af sektoren for pakkerejser til udlandet, og af Carlson/Inspirations, der repræsenterede 3% af sektoren) (MMC-rapporten, tabel 4.1, s. 76, beslutningens betragtning 131 og 134). Thomas Cook blev takket være denne vækst i 1998 den fjerde store rejsearrangør, der er integreret vertikalt og således bedre placeret for at kunne konkurrere med andre integrerede rejsearrangører. Denne omstændighed kan ikke fortolkes som en faktor, der godtgør, at markedet ikke er konkurrencepræget.
- 104 Med undtagelse af Thomas Cook vedrører de opkøb, som rejsearrangørerne har foretaget, og som beslutningen henviser til i betragtning 134, i det væsentlige køb af små erhvervsdrivende, der ikke medførte en mærkbar stigning i de største rejsearrangørers markedsandele i sektoren for pakkerejser til udlandet. Det forhold, at der er fjernet mellemstore rejsearrangører, hvilket ifølge Kommissionen var en væsentlig ændring af konkurrencestrukturen, der gav bedre mulighed for parallel adfærd fra de største rejsearrangørers side, skyldes, at der er dukket en ny stor rejsearrangør op, Thomas Cook, hvis markedsandel er gået fra 6% til 20%.
- 105 Hvad angår den tiltagende vertikale integration blandt de store rejsearrangører, der ligeledes er sket siden 1997, og som ligeledes ifølge Kommissionen er et tegn på sektorens tendens til kollektiv dominans (beslutningens betragtning 138), skal

det fastslås, at beslutningen ikke er konsekvent i denne henseende, idet den på samme tid bygger på idéen om, at politikken vedrørende vertikal integration er nødvendig for at kunne konkurrere med de største rejsearrangører. Kommissionen anførte i beslutningens betragtning 132, at First Choice i 1998 vedtog en politik vedrørende vertikal integration i distributionen, som havde til formål at beskytte selskabet mod de andre store rejsearrangørers salgsmetoder, at undgå at skulle betale deres provisionssatser og at opnå den bedste feedback angående tendenserne på markedet. Dette behov for vertikal integration, som rejsearrangørerne har iværksat, udgør reelt et af nøgleelementerne i Kommissionens konklusion om, at der vil opstå en kollektiv dominerende stilling i denne sag, navnlig fordi koncentrationen vil eliminere First Choice som konkurrent på de tre niveauer, der udgør forsyningskæden (beslutningens betragtning 168).

- 106 Det følger heraf, at Kommissionen selv i beslutningen indrømmer, at styrkelsen af den vertikale integration udgør et forhold, der er til fordel for konkurrencen, idet det øger effektiviteten henholdsvis begrænser den gensidige afhængighed mellem de store rejsearrangører, der giver fortrinsret til deres egne distributionsmidler frem for de andre store rejsearrangørers. Det forhold, at man efter offentliggørelsen af MMC-rapporten i 1997 har konstateret dette fænomen med vertikal integration, kan således ikke samtidig være et tegn på en tendens til kollektiv dominans. Det skal endvidere anføres, at MMC ligeledes i sin rapport analyserede den stigende tendens til vertikal integration og vurderede, at det var et fænomen, der havde lige så stor chance for at stimulere konkurrencen som at hæmme den (jf. MMC-rapportens punkt 2.193). MMC konkluderede navnlig, at den vertikale integrations konkurrencebegrænsende virkninger var svage i 1997 under hensyn til graden af koncentration i sektoren.

- 107 Det følger heraf, at Kommissionen med urette vurderede, at den horisontale og vertikale integration, der var sket efter offentliggørelsen af MMC-rapporten i 1997, nødvendiggjorde, at der blev set bort fra MMC's vurdering af den konkurrencegrad, der kendetegnede det relevante marked.

- 108 Det fremgår af ovenstående, at det var med urette, at Kommissionen i beslutningens betragtning 138 konkluderede, at de forhold, der er redegjort for i beslutningens betragtning 128-138, viser, at »der er belæg for, at der allerede i dag er en tendens til kollektiv dominans på markedet (især med hensyn til kapacitetsplanlægning)«.

ii) Vurderingen af de historiske markedsandeles ustabilitet

- 109 Sagsøgeren har herefter som bevis for, at der er et konkurrencepræget marked, påberåbt sig det forhold, at de største rejsearrangørers markedsandele hidtil har været svingende, dynamiske og variable.
- 110 Ifølge Kommissionen er der ikke for nyligt set nogen udsving af denne art på det relevante marked. Kommissionen har understreget, at de ændringer i de store rejsearrangørers markedsandele, som sagsøgeren har påberåbt sig, skyldes de opkøb, der er foretaget, og er således ikke resultatet af deres præstationer på markedet. Hvis der imidlertid ses bort fra disse opkøb, har de største rejsearrangørers markedsandele knapt ændret sig de senere år, hvilket gør det berettiget at antage, at intern vækst er vanskelig (beslutningens betragtning 128 og fodnote 86).
- 111 Det skal imidlertid anføres, at de historiske markedsandeles stabilitet i forbindelse med karakteriseringen af en kollektiv dominerende stilling udgør et forhold, der er gunstigt for udviklingen af en stiltiende forståelse, idet den letter markedsopdelingen i stedet for en hård konkurrence, således at hver erhvervsdrivende henholder sig til den markedsandel, han historisk råder over for at fastsætte produktionen i forhold hertil.
- 112 I denne sag hviler Kommissionens konstatering af, at udviklingen i Thomsons, Airtours' og First Choice' markedsandele har været stabil de seneste fem år, på

det postulat, at den eksterne vækst ikke kan tages i betragtning. Kommissionen er af den opfattelse, at når ændringerne i opdelingen af markedsandele i det væsentlige skyldes opkøb af konkurrenter, kan de »kvoter«, der skal uddeles, fastsættes ved at sammenlægge køberens og den opkøbte virksomheds markedsandele, og dermed opstår der ikke det problem, at de erhvervsdrivende forsøger at tilpasse deres markedsandel i forhold til de tidligere opnåede maksima.

- 113 Det er imidlertid ikke berettiget at udelukke den eksterne vækst ved fastsættelsen af markedsandelens udsving under omstændighederne i denne sag, idet virksomhedernes størrelse og omfanget af deres vertikale integration er vigtige konkurrencefaktorer på det pågældende marked (jf. bl.a. beslutningens betragtning 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 og 115). Under disse omstændigheder kan de talrige opkøb, som de store rejsearrangører tidligere har foretaget, uanset om det er før eller efter offentliggørelsen af MMC-rapporten, fortolkes som et tegn på en hård konkurrence mellem disse erhvervsdrivende, der forøger opkøbene for at undgå at blive distanceret af deres største konkurrenter på væsentlige punkter og for fuldt ud at drage nytte af stordriftsfordele.
- 114 Endvidere modsiges påstanden om, at der ikke skal tages hensyn til den eksterne vækst, i denne sag af adskillige bemærkninger fra Kommissionen selv i beslutningen, der lader forstå — i modsætning til det, Kommissionen har anført i sine processkrifter — at en af de store rejsearrangørers opkøb ikke i forhold til de andre store rejsearrangører medfører en matematisk sammenlægning af køberens og den opkøbte virksomheds markedsandele, men en konkurrencepræget reaktion fra deres side.
- 115 Det er således i beslutningens betragtning 137 anført, at »[d]a Airtours' bud på First Choice blev kendt i april i år, førte en udtalelse fra Thomson om, at Thomson ville forsvare sin markedsandel, til et omgående fald i Thomsons aktiekurs på 9% samme dag på grund af »frygt for, at selskabet ville starte en priskrig«, og Thomsons ledelse måtte gøre sig store anstrengelser for at

overbevise de institutionelle investorer om, at udtalelsen var blevet misfortolket, og at man ikke havde nogen intentioner om at øge udbuddet på markedet, men kun om at opsupe den kapacitet, Airtours/First Choice ville bortrationalisere som følge af fusionen«.

116 Ligeledes er det i beslutningens betragtning 145 angivet, at »[d]et ser ud til at være en udbredt opfattelse i branchen, at alle fusioner fører til midlertidigt tab af markedsandele for fusionsparterne, fordi de vil miste nogle af kunderne og leverandørerne, når overlapningen i deres produktudbud elimineres«. Disse forventninger bekræftes af en undersøgelse af de dokumenter, sagsøgeren har fremlagt vedrørende den historiske udvikling af markedsandelene (bilag 6 til replikken, s. 2, jf. ligeledes oversigten over udviklingen i rejsearrangørernes markedsandele, stævningen, s. 8). Således skulle markedsandelen for den nye enhed efter Thomsons opkøb af Horizon i 1989 have været 32% (25% for Thomson og 7% for Horizon), mens den hurtigt atter faldt til omkring 25%.

117 Det skal imidlertid fastslås, at det fremgår af analysen af oplysningerne i sagsakterne, således som sagsøgeren har gjort gældende, uden at det er bestridt af Kommissionen, at de største rejsearrangørers markedsandele for så vidt angår pakkerejser til udlandet, inklusiv ekstern vækst, svinger betragteligt. Dette kan fastslås på grundlag af den oversigt over rejsearrangørernes markedsandele, der er givet af sagsøgeren på anmeldelsesformularen (gentaget på stævningens s. 8). I 1990 var Thomsons markedsandel således 21,81%, First Choice' var 5,82%, Airtours' var 4,27%, og Thomas Cooks var 2,13%. I 1994 var Thomsons markedsandel 23,13%, Airtours' var 15,52%, First Choice' var 5,88%, og Thomas Cooks var 2,41%, og i 1998 var Thomsons markedsandel 19,28%, Airtours' var 14,26%, First Choice' var 7,47%, og Thomas Cooks var 11,38%.

118 Det følger heraf, at det var med urette, at Kommissionen fandt, at de markedsandele, der skyldes opkøb, ikke skulle tage i betragtning, og at den dermed fandt, at udviklingen i de største rejsearrangørers markedsandele havde været stabil i de senere år.

- 119 Hvad endelig angår den konkurrence, der er på det relevante marked, skal det tilføjes, at sagsøgeren har påstået, uden at dette er bestridt af Kommissionen, at de største rejsearrangørers konkurrencemæssige præstationer kan være forskellige inden for den samme sæson (med tabere og vindere) og endvidere kan variere fra sæson til sæson. Denne omstændighed skal fortolkes som et tegn på, at markedet er konkurrencepræget, og taler derfor imod, at der er en eventuel kollektiv dominerende stilling.

iii) Konklusion vedrørende vurderingen af den konkurrence, der er mellem de største rejsearrangører

- 120 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen foretog fejlvurderinger i sin analyse af den konkurrence, der var på det pågældende marked inden anmeldelsen. På den ene side har Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang godtgjort sin vurdering af, at der allerede var en tendens til kollektiv dominans i denne sektor og dermed til konkurrencebegrænsning, især med hensyn til kapacitetsfastlæggelsen. På den anden side har Kommissionen ikke, således som den skulle have, taget hensyn til det forhold, at de største rejsearrangørers markedsandele hidtil har været svingende, og at denne ustabilitet er tegn på, at der er tale om et konkurrencepræget marked.

b) Vurderingen af den hidtidige og forudsigelige udvikling af efterspørgslen, dennes svingende karakter og graden af gennemsigtighed på markedet

- 121 Der redegøres i beslutningen i afsnittet med overskriften »Markedets karakteristika (oligopolistisk dominans)« (betragtning 87-127) for en række karakteristika, der ifølge Kommissionen kan føre til oligopolistisk dominans på det relevante marked. Der er bl.a. tale om homogene produkter, lav vækst i efterspørgslen, lidet prisfølsom efterspørgsel, ensartede omkostningsstrukturer hos de førende udbydere, høj grad af gennemsigtighed, gensidig afhængighed og

forretningsmæssige forbindelser mellem de førende udbydere, betydelige adgangsbarrierer og ubetydelig markedsstyrke hos forbrugerne. Ifølge beslutningen (betragtning 87) findes disse karakteristika allerede og vil fortsætte med at eksistere, såfremt den planlagte transaktion gennemføres.

- 122 Sagsøgeren har anfægtet de vurderinger, der førte Kommissionen til den opfattelse, at disse karakteristika allerede fandtes på det pågældende marked, og at de kan føre til oligopolistisk dominans, såfremt den planlagte transaktion gennemføres. Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at efterspørgslens væksth-niveau og dens svingende karakter på det relevante marked samt graden af gennemsigtighed på markedet i denne sag udgør forhold, der — i modsætning til det af Kommissionen påståede — gør det vanskeligere at skabe en kollektiv dominerende stilling.

i) Vurderingerne af den lave vækst i efterspørgslen

- 123 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen foretog en fejlvurdering, da den fandt, at væksten i efterspørgslen samlet set var lav, mens de oplysninger, der er meddelt under den administrative procedure, og det forhold, at væksten i efterspørgslen sker hurtigere end væksten i bruttonationalproduktet, godtgør det modsatte.
- 124 Kommissionen fremkom i beslutningens betragtning 92 og 93 med sine vurderinger af efterspørgslens væksth-niveau på det relevante marked.
- 125 Kommissionen anførte i betragtning 92, at »[e]n undersøgelse, der for nylig blev foretaget for en af de store rejsearrangører, og som der blev henvist til i svaret på

Kommissionens spørgeskema, pegede på [...] at den samlede gennemsnitlige årlige vækstrate (3-4% i løbet af tiåret) var ret lav«. Der er ligeledes anført, at »[i] de kommende to år regnes der ifølge adskillige kilder i branchen med noget nær nulvækst, dog med udsigt til senere opsving«.

- 126 Endvidere anførte Kommissionen i betragtning 93, at »på grundlag af de undersøgelser, den har foretaget i denne sag«, nåede Kommissionen til den konklusion, at »der fortsat kun vil være en moderat vækst i efterspørgslen på markedet for pakkerejser til nære rejsemål ligesom i 1990'erne«. Endelig konkluderede Kommissionen, at »der i den forudselige fremtid ikke kan anses at udgå nogen konkurrencestimulerende virkning fra vækst på markedet«.
- 127 Retten skal fastslå, at Kommissionens vurderinger imidlertid hviler på en ufuldstændig og fejlagtig vurdering af de oplysninger, den har fået meddelt under den administrative procedure.
- 128 For det første skal det anføres, at Kommissionen som besvarelse af en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, hvorved Retten anmodede den om at fremlægge den undersøgelse, der henvises til i beslutningens betragtning 92, har præciseret, at den ikke rådede over den fuldstændige version af undersøgelsen under den administrative procedure, og at den alene kunne fremlægge undersøgelsen for Retten i det uddrag, som en rejsearrangør havde vedlagt som bilag til en besvarelse af en anmodning om yderligere oplysninger. Dette uddrag indeholder alene en enkelt side af et dokument med titlen »Forecasting Holiday Demand«, der er udarbejdet af Ogilvy & Mather på et ukendt tidspunkt.
- 129 Ifølge dette uddrag »er det britiske marked for rejser til udlandet steget voldsomt i de seneste 20 år. Ifølge British National Travel Survey er briterne taget på næsten 30 millioner rejser til udlandet (mere end 4 nætter) eller mere end det tredobbelte

af tallet for 1978. I det seneste tiår er markedet stegt gennemsnitligt 3,7% pr. år«. Det er ligeledes præciseret i uddraget, for så vidt angår udsving i efterspørgslen, at »selv om den underliggende vækst på markedet har været vedvarende, har den årlige vækst langt fra været konstant. En årlig vækst på 10% eller mere er hurtigt blevet efterfulgt af betydelig nedgang«, og »ikke alene er efterspørgslen på rejser mere svingende end bruttonationalproduktet og end forbrugernes udgiftsniveau på langt sigt, men derudover er den slet ikke sammenfaldende med den økonomiske cyklus (f.eks. steg markedet mere end 10% under recessionen i 1980 og 1981)«, og »udsvinget i efterspørgslen bevirker, at det er meget vanskeligt at forudsige efterspørgslens omfang«.

130 Det fremgår imidlertid af en simpel analyse af dette dokument, at Kommissionen foretog en farvet og fejlagtig læsning heraf. Kommissionen anførte således i beslutningens betragtning 92, at i undersøgelsen »bemærkes også [it also noted], at den samlede gennemsnitlige årlige vækstrate [...] var ret lav«, selv om der ikke er nogen angivelse i denne retning i det uddrag, der er fremlagt for Retten. Omvendt ignorerede Kommissionen den vægt, som uddragets forfatter har lagt på den voldsomme stigning i salget af rejser til udlandet i de seneste 20 år. Det følger heraf, at Kommissionen fortolkede dette dokument uden at respektere dets ordlyd og teleologiske indhold, selv om Kommissionen besluttede at fastholde det som et dokument, der er væsentligt for dens bedømmelse, hvorefter vækstraten på dette marked var behersket i 1990'erne og fortsat vil være det (beslutningens betragtning 93).

131 For det andet fremgår det af disse afsnit i beslutningen (betragtning 92 og 93), at Kommissionen ikke tog hensyn til væksten i efterspørgslen i de to år, der gik forud for anmeldelsen, 1997 og 1998, der dog kunne være væsentlige referencepunkter, idet virkningerne af episoden i 1995 allerede var blevet absorberet af markedet. Det fremgår imidlertid af de oplysninger, der findes i bind 4 af British National Travel Survey's rapport af 1998 (dateret februar 1999), der var vedlagt sagsøgerens anmeldelsesformular som bilag 9, at sektoren for rejser til udlandet har haft en kraftig vækst i hele det sidste tiår og dermed ligeledes i de senere år. Det fremgår nemlig af indholdet af s. 113 (og af tabellen

på s. 112), at antallet af rejsende til udlandet steg fra 21 mio. i 1989 til 29,25 mio. i 1998 (eller en stigning på mere end 39,2% i det seneste tiår). Efter krisen i 1995, hvor antallet af udlandsophold gik fra 26 mio. i 1995 til 23,25 mio. i 1996 (eller en nedgang på næsten 10,5%), gik antallet af udlandsophold op fra 23,25 til 27,25 mio. i 1997 (eller en stigning på mere end 17,2%) og fra 27,25 til 29,25 mio. i 1998 (eller en stigning på mere end 7,3%). Hvad angår dette sidste år er det udtrykkeligt anført, at der er tale om en reel stigning og ikke en afvigelse, der skyldes den faste praksis med at afrunde tallene, når ændringerne fra et år til et andet er meget små. Den omstændighed, at disse oplysninger ligeledes vedrører pakkerejser til fjerne rejsemål, sår ikke tvivl om deres værdi som bevis for en fast stigende tendens, idet denne type rejser kun har udgjort en femtedel af det samlede antal rejser i de senere år (jf. British National Travel Survey-rapporten, s. 116).

- 132 Kommissionen ignorerede disse oplysninger ved sine vurderinger af vækstniveauet på det relevante marked. Kommissionen henholdt sig derimod til tendensen for to år frem i tiden, da den i beslutningens betragtning 92 understregede, at »der ifølge adskillige kilder i branchen [i de kommende to år regnes] med noget nær nulvækst, dog med udsigt til senere opsving«. Kommissionen svarede, da den blev spurgt om dette punkt under retsmødet, at denne vurdering støttedes på en økonometrisk undersøgelse, der var foretaget under den administrative procedure som besvarelse på en anmodning om yderligere oplysninger. Det skal bemærkes, at hverken forfatterne til den økonometriske undersøgelse, dens art eller den sammenhæng, hvorunder den er udarbejdet, er nævnt i beslutningen. Det skal endelig tilføjes, at denne vurdering af noget nær nulvækst modsiges i beslutningens næste betragtning (betragtning 93), hvor Kommissionen selv »anerkender, at markedet for pakkerejser til det nære udland må ventes fortsat at ville vokse«, og at »[d]et kan også være, at markedet vil vokse noget hurtigere end den almindelige BNP-vækst som følge af flere feriedage og større velstand«.

- 133 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen foretog en ukorrekt fortolkning af de oplysninger om væksten i efterspørgslen, som den rådede over, idet den ikke tog hensyn til, at dette marked i det seneste tiår generelt har vist en udpræget tendens til betydelig vækst, på trods af udsving i efterspørgslen fra år til år, og at

efterspørgslen er steget hurtigt navnlig i løbet af de seneste år. Kommissionen kan ikke i en sådan vækstsituation, og når den ikke har fremlagt mere præcise forhold for at godtgøre, at tendensen til vækst skulle ændre sig i de kommende år, finde, at udviklingen på markedet er kendetegnet af lav vækst, hvilket i denne sag udgør et forhold, der efter sin art kan lette de tre sidste store rejsearrangørers skabelse af en kollektiv dominerende stilling.

ii) Vurderingerne vedrørende udsvinget i efterspørgslen

- 134 Sagsøgeren har anført, at udsvinget i efterspørgslen gør det vanskeligere at godtgøre, at der er en kollektiv dominerende stilling, da udsvinget skaber »støj« på markedet, som gør det vanskeligere at skelne mellem de forskelle i efterspørgslen, der skyldes udsving på markedet, og de kapacitetsstigninger, der fremprovokeres af afvigelser fra den fælles adfærd. Det forhold, at det ikke er muligt at skelne mellem de to typer begivenheder, medfører tydeligvis, at ethvert forsøg på stiltiende forståelse er ustabil.
- 135 Kommissionen anerkendte i beslutningen, at der er et vist udsving i efterspørgslen på markedet (beslutningens betragtning 92 og 95). Kommissionen gjorde imidlertid gældende (beslutningens betragtning 97), at efterspørgslens variable karakter ikke i denne sag kan forhindre, at der opstår en kollektiv dominerende stilling, tværtimod gør »[den] markedet mere udsat for oligopolistisk dominans. Årsagen hertil er, at denne variable efterspørgsel sammen med den omstændighed, at det er lettere at øge end at reducere kapaciteten, bevirker, at det er hensigtsmæssigt for de store rejsearrangører at anlægge en konservativ synsvinkel (»vent og se«) i deres beslutninger angående kapacitet«. Kommissionen tilføjede, at »[e]fterspørgslens variable karakter gør det i særdeleshed hensigtsmæssigt at begrænse den planlagte kapacitet og så sætte mere kapacitet ind senere, hvis der viser sig at blive en særlig stor efterspørgsel«, og at »[p]å den måde kan udbyderne sikre sig mod pludselige fald i efterspørgslen«.

- 136 Under alle omstændigheder bestred Kommissionen i beslutningens betragtning 94-96 de argumenter, sagsøgeren fremkom med under den administrative procedure, vedrørende udsvinget i efterspørgslen og årsagerne hertil, der er forbundet med bruttonationalproduktet, med udviklingen i kundernes smag og med udgifternes variable karakter (tilsynekomsten af lavprisflyselskaber). Kommissionen anførte således (betragtning 95), at »konjunktursituationen er ens for alle rejsearrangører, som er nødt til at tage hensyn til den makroøkonomiske udvikling i deres prognoser«. Alle rejsearrangører må derfor antages at have nogenlunde samme syn på, hvordan udviklingen på markedet vil forløbe.
- 137 Kommissionen indrømmede (beslutningens betragtning 96 og fodnote 73 og 74), at visse udefrakommende begivenheder, såsom overfald på turister i Egypten eller Tyrkiet, kan skabe forstyrrelser i rejsearrangørernes planlægning, men Kommissionen nægtede imidlertid at tage dem i betragtning som forhold, der gør det vanskeligere at skabe en kollektiv dominerende stilling, idet sådanne begivenheder, der efter deres art er undtagelser, ikke er særegne for markedet for pakkerejser til nære rejsemål, men kan opstå på et hvilket som helst marked.
- 138 Endelig har Kommissionen anerkendt, at sagsøgerens bemærkninger om de vanskeligheder, som dette udsving medfører for skabelsen af en kollektiv dominerende stilling, er i overensstemmelse med den økonomiske teori, men har påstået, at de ikke er relevante i denne sag. Ifølge Kommissionen viser udbyderne en tendens til at være forsigtige for at beskytte sig mod ethvert eventuelt udsving, da det er lettere at øge kapaciteten end at mindske den. Herudover er det let at sondre mellem en nedgang i efterspørgslen og en anden udbyders forøgelse af kapaciteten, idet udbyderens handlinger kan ses direkte.
- 139 Det skal først og fremmest anføres, således som Kommissionen har anerkendt, at der i den økonomiske teori er den opfattelse, at udsving i efterspørgslen gør det vanskeligere at skabe en kollektiv dominerende stilling. En stabil efterspørgsel, hvor der således kun er små udsving, udgør derimod et forhold, der er relevant

ved karakteriseringen af en kollektiv dominans, idet efterspørgslen gør det lettere at opdage afvigelser i forhold til den fælles adfærd (dvs. snyderi), eftersom det gøres muligt at skelne afvigelserne fra tilpasninger af kapaciteten, der skyldes væksten eller nedgangen på det ustabile marked.

- 140 I denne sag har Kommissionen anerkendt, at det pågældende marked er kendetegnet ved et vist udsving i efterspørgslen (beslutningens betragtning 92, 95 og 97). Det skal i øvrigt fastslås, at der er flere forhold i sagsakterne, der antyder, at der er betydelige udsving på markedet. Der er således i det uddrag fra undersøgelsen, der er omtalt i beslutningens betragtning 92, redegjort for, at »ikke alene er efterspørgslen på rejser mere svingende end bruttonationalproduktet og end forbrugernes udgiftsniveau på langt sigt, men derudover er den slet ikke sammenfaldende med den økonomiske cyklus (f.eks. steg markedet mere end 10% under recessionen i 1980 og 1981)«, og det anføres endvidere, at »udsvinget i efterspørgslen bevirker, at det er meget vanskeligt at forudsige efterspørgslens omfang«. Markedets stærkt svingende karakter er ligeledes bekræftet i oplysningerne fra British National Travel Survey-rapporten fra 1998. Efter krisen i 1995, hvor antallet af udlandsophold faldt fra 26 mio. i 1995 til 23,25 mio. i 1996 (eller en nedgang på næsten 10,5%), steg antallet af udlandsophold fra 23,25 til 27,25 mio. i 1997 (eller en stigning på mere end 17,2%) og fra 27,25 til 29,25 mio. i 1998 (eller en stigning på mere end 7,3%).
- 141 Kommissionen har imidlertid påstået, at denne omstændighed ikke er relevant i denne sag, da de erhvervsdrivende viser en tendens til at være forsigtige for at beskytte sig mod ethvert eventuelt udsving.
- 142 Kommissionen kan imidlertid ikke påberåbe sig det forhold, at rejsearrangørerne for at beskytte sig mod pludselige nedgange i efterspørgslen planlægger kapaciteten forsigtigt, idet de foretrækker at sætte mere kapacitet ind senere, hvis der viser sig at blive en særlig stor efterspørgsel (beslutningens betragtning 97), til i denne sag at benægte relevansen af en faktor, der er vigtig for at

karakterisere en situation med dominerende oligopol, såsom stabiliteten og forudsigeligheden på det pågældende marked. Selv om den forsigtighed, der er indbygget i markedets normale funktion, utvivlsomt gør det nødvendigt at foregribe udviklingen i efterspørgslen bedst muligt, forbliver planlægningsprocessen vanskelig, idet alle erhvervsdrivende skal forudse (omkring 18 måneder forud på grund af markedets særegenheder) den kommende udvikling i efterspørgslen, der er præget af stærke udsving og dermed indebærer et væddemål vedrørende fremtiden. Kommissionen har endvidere ikke anset de erhvervsdrivendes forsigtighed og udsvingene i efterspørgslen for at hæmme markedets konkurrencepræg inden transaktionens gennemførelse. Forsigtigheden kan derfor ikke i sig selv fortolkes som et forhold, der tyder på en kollektiv dominerende stilling, i stedet for som et forhold, der er karakteristisk for et konkurrencepræget marked af samme art som det, der fandtes på anmeldelsestidspunktet.

143 Det skal endelig anføres, at Kommissionens argumenter (beslutningens betragtning 94-96) vedrørende sagsøgerens kritik ikke kan tages til følge.

144 Hvad angår det udsving, der er forbundet med den økonomiske cyklus, kan Kommissionen ikke blot vurdere, således som den gjorde i beslutningens betragtning 95, at »[a]lle rejsearrangører må derfor antages at have nogenlunde samme syn på, hvordan udviklingen på markedet vil forløbe«, uden at fremkomme med det mindste forhold til støtte for denne påstand, når henses til, at kapaciteten i første omgang fastsættes omkring 18 måneder forud for sæsonstart (jf. beslutningens betragtning 63). På dette tidspunkt kan udviklingen i de væsentligste makroøkonomiske variabler, såsom bruttonationalproduktets vækst, valutakurserne og forbrugernes tillid, ikke forudsiges med sikkerhed.

145 For så vidt angår det udsving, der er forbundet med udefrakommende begivenheder, indebærer Kommissionens fremgangsmåde, hvorefter rejsearrangørerne medtager oplysningerne om udsvingene på markedet i kapacitetsberegningen (beslutningens betragtning 96 og fodnote 73 og 74), netop det, som Kommissionen kritiserer, dvs. at omdanne disse udefrakommende begivenheder

til endogene variabler på grund af, at de medtages i forudsigelserne om efterspørgslen. Udbyderne synes imidlertid ikke at handle på denne måde. Dette ses af de tilbageslag, som Thomson blev ramt af i maj 1999, hvor selskabet led betydelige tab på grund af de virkninger, krigen i Kosovo og terroristtruslerne i Tyrkiet havde på dets salg af pakkerejser til det østlige Middelhav, mens Airtours ikke blev påvirket, således som sagsøgeren har gjort gældende, uden at det er bestridt af Kommissionen.

146 Hvad endelig angår Kommissionens argument om, at det under alle omstændigheder er let at skelne mellem en nedgang i efterspørgslen og en anden udbyders forøgelse af kapaciteten, idet udbyderens handlinger kan ses direkte, må denne påstand forkastes, da en integreret rejsearrangør — af de grunde, der er redegjort for under undersøgelsen af markedets gennemsigtighed (jf. nedenfor) — har svært ved korrekt at fortolke de beslutninger, som andre rejsearrangører træffer vedrørende kapaciteten.

147 Det følger af ovenstående, at Kommissionen ikke har godtgjort, at den økonomiske teori ikke er af relevans i denne sag, og at den med urette fandt, at udsvinget i efterspørgslen lettede de tre sidste store rejsearrangørers skabelse af et dominerende oligopol.

iii) Vurderingen af den eksisterende gennemsigtighed på det relevante marked

148 Kommissionen redegjorde i beslutningens betragtning 102 for, at med hensyn til gennemsigtighed »må der sondres mellem planlægningsperioden og salgssæsonen, hvor katalogerne er sendt på gaden«, og at »[i] begge perioder er markedet imidlertid præget af en høj grad af gennemsigtighed for de fire store integrerede selskaber«.

149 Kommissionen påstod i betragtning 103, 104 og 105, at »[d]et er i planlægningsperioden, at de afgørende beslutninger om kapaciteten i den kommende rejsesæson træffes«, og at »[i] realiteten vil de beslutninger, hver af de fire store integrerede selskaber træffer angående deres kapacitet, være gennemsigtige for de andre, hvilket har følgende årsager« [...]:

- Ingen af de store rejsearrangører udsender et helt nyt program fra den ene sæson til den anden. Planlægningen af den kommende sæson foretages derimod på basis af salget i den foregående sæson, med tillæg eller fradrag af den højere eller lavere efterspørgsel, der ventes at blive på markedet i den kommende sæson. Der er derfor kun ubetydelige ændringer i forhold til den foregående sæson, og udarbejdelsen af et rejseprogram foregår derfor som en fortløbende udvikling. Alene i kraft af deres hidtidige erfaringer ved rejsearrangørerne således, allerede før de planlægger en sæson, i vid udstrækning, hvad de andre fire integrerede selskaber vil udbyde i den nye sæson (beslutningens betragtning 104).
- Hver af de fire store integrerede rejsearrangører har et vist kendskab til de ændringer, de andre tre selskaber planlægger i løbet af denne periode, idet de anvender de samme hoteller, og de henvender sig til de samme flyselskaber som de andre store rejsearrangører for at opnå eller levere kapacitet eller for at forhandle om ombytning af sæder eller slots (beslutningens betragtning 105).
- Beslutningerne om en mærkbar forøgelse af kapaciteten kan ikke holdes hemmelige, eftersom købet eller leasingen af yderligere fly nødvendigvis kommer til offentlighedens kendskab (beslutningens betragtning 105).

150 Kommissionen fandt i beslutningens betragtning 105, at »[a]f alle de ovennævnte grunde ville alle de fire integrerede rejsearrangører hver især få kendskab til det,

hvis en af de andre f.eks. havde planer om at øge sit passagertal og dermed også udbuddet af ferierejser. De er således hver især helt klart i stand til at holde øje med de andres udbud af ferierejser«.

- 151 Kommissionen konkluderede i beslutningens betragtning 113, at på grund af den manglende fleksibilitet, der er forbundet med beslutninger vedrørende kapaciteten, vil »den høje grad af gennemsigtighed [efter fusionen] især på baggrund af de manglende muligheder for at tilpasse udbuddet og den tidligere beskrevne deraf følgende risiko for at stå med mange usolgte rejser gøre det endnu mere sandsynligt, at de store udbydere vil underforsyne markedet, således at den udækkede efterspørgsel bliver større, end den må antages at ville være blevet på et mindre gennemsigtigt marked (hvor der — i perioder — i højere grad ville være tale om et overudbud, der gjorde det nødvendigt at sænke priserne for at få rejserne solgt), således at de bliver i stand til at holde priserne på et niveau, der ligger over det konkurrencedygtige niveau«.
- 152 Sagsøgeren har anført, at det pågældende marked ikke er gennemsigtigt i planlægningsperioden. Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at beslutningerne om den samlede kapacitet reelt udgør en lang række individuelle beslutninger vedrørende hvert planlagt rejsemål og fly, og at de ændringer, der sker i den planlagte kapacitet i forhold til den hidtidige kapacitet, er væsentlige og meget vanskelige at påvise.
- 153 Sagsøgeren er af den opfattelse, at det pågældende marked heller ikke er gennemsigtigt i salgsperioden. Sagsøgeren har i det væsentlige anført, at der ikke kan tales om gennemsigtighed vedrørende kapaciteten, uden at der tages hensyn til, om priserne er gennemsigtige, og at Kommissionen ikke har forstået arten af de oplysninger, der er til rådighed i informationssystemerne for reservation af rejser.
- 154 Kommissionen har indrømmet, at beslutningerne om kapacitet i planlægningsperioden ikke er fuldstændigt gennemsigtige, men den har erindret om de forskellige muligheder for at få oplysninger, der er omtalt i beslutningen (betragtning 104 og 105), for så vidt angår de fire store rejsearrangører.

- 155 For så vidt angår spørgsmålet om prisernes gennemsnitlighed i salgssæsonen har Kommissionen anført, at gennemsnitligheden er uden betydning, idet den afgørende konkurrencefaktor på det relevante marked ikke er prisen, men kapaciteten. Kommissionen har imidlertid tilføjet, at gennemsnitligheden vedrørende den samlede kapacitet i den nævnte sæson næsten er fuldstændig, eftersom hver udbyder kan beregne sine konkurrenters kapacitet på grundlag af de tilbud, de fremkommer med i deres kataloger og i deres hidtidige programmer.
- 156 Det skal indledningsvis bemærkes, at det forhold, at et marked er tilstrækkelig gennemsnitligt til at give hvert medlem af oligopolet mulighed for at kende de andres adfærd, gør det lettere at skabe en kollektiv dominerende stilling.
- 157 Det skal først bemærkes, at Kommissionen konkret har indtaget det standpunkt, at genstanden for den stiltiende koordination, der kendetegner den kollektive dominerende stilling, ikke er priserne, men den kapacitet, der udbydes på markedet, og at — således som det er anført i beslutningens betragtning 103 — det er i planlægningsperioden, at de afgørende beslutninger om kapaciteten i den kommende rejsesæson træffes. Kommissionen anerkendte selv i beslutningens betragtning 63, at »når booking-perioden først er startet, er der meget begrænsede muligheder for ændringer senere end omkring 12 måneder før afrejsedatoen (dvs. fra omkring sommeren 1999 til afrejse i sommeren 2000), på grund af de faste kontrakter med mange leverandører og problemerne med at ændre datoer, flyafgange, hoteller osv. for kunder, der allerede har reserveret deres rejse«. Kommissionen redegjorde for (beslutningens betragtning 62), at Airtours har anerkendt, at det i denne periode maksimalt er muligt at øge kapaciteten med op til 10%.
- 158 Denne opfattelse støttes af Kommissionens påstande, hvormed den afviser, at et samråd vedrørende prisniveauet konkret skulle være nødvendigt for at skabe en kollektiv dominerende stilling, hvilket besvarer (beslutningens betragtning 108) sagsøgerens argument om, at eftersom hver af de store integrerede rejsearrangører

skal forvalte flere millioner forskellige priser på grund af de adskillige udbudte ferieformer, er det umuligt stiltiende at samordne alle disse priser. Kommissionen tilføjede:

»[...] ingen af de integrerede rejseselskaber [har] i løbet af salgssæsonen noget incitament til at underbyde de andres priser for at vinde markedsandele, eftersom markedsandelene afhænger af størrelsen af den udbudte kapacitet. Rejsearrangørerne behøver derfor ikke at foretage nogen stiltiende samordning af flere tusinde priser. Dette blev da også bekræftet af Airtours' økonomiske ekspert, der udtalte, at »selskabernes prisadfærd efter at kapaciteten er lagt fast har ingen direkte relevans for kollektiv dominans, dvs. kollektiv udøvelse af markedsstyrke«.

159 Det følger heraf, at det i denne sag først skal undersøges, om hver af de store rejsearrangører på det tidspunkt, hvor de i planlægningsperioden træffer deres afgørende beslutninger vedrørende kapaciteten, vil kunne få kendskab til — med en tilstrækkelig sikkerhed — de største konkurrenters beslutninger. Det er alene, hvis gennemsigtheden er tilstrækkelig, at den samlede kapacitet, som de andre medlemmer af det påståede oligopol har besluttet sig for, kan vurderes, og at rejsearrangøren dermed er i stand til ved den endelige planlægning af hans kapacitet at følge den samme adfærd som dem, og at rejsearrangøren således har grund til at gøre det. Gennemsigtheden er ligeledes vigtig for efterfølgende at give hvert oligopolmedlem mulighed for at opdage de andres justeringer af kapaciteten, for at skelne afvigelser fra den fælles adfærd fra blotte logiske tilpasninger til den svingende udvikling i efterspørgslen og endelig for at afgøre, om der er grund til at reagere heroverfor ved at sanktionere eventuelle afvigelser.

160 Det fremgår imidlertid af sagsøgerens besvarelser (punkt B.1 og bilag 5-8) af en foranstaltning fra Rettens side med henblik på sagens tilrettelæggelse, at fastlæggelsen af kapaciteten for hver sæson ikke er en automatisk foranstaltning, hvor kapaciteten blot videreføres fra et år til det andet, hvilket ville være let at forudse for de andre rejsearrangører, men at fastlæggelsen for hver stor rejsearrangører tværtimod er en meget kompleks opgave, der alene i et vist omfang tager de historiske oplysninger i betragtning, og som hovedsageligt tager udgangspunkt i en subjektiv bedømmelse fra hver rejsearrangørs side ud fra utallige variabler og faktorer.

161 Navnlig viser undersøgelsen af disse oplysninger, at planlægningscyklusen ikke er rent kontinuerlig fra et år til det næste. F.eks. begyndte planlægningen af kapaciteten for sommersæsonen 1999 (»år N«), der går fra maj til oktober 1999, næsten 18 måneder før, nemlig i oktober eller november 1997 (»år N-2«). Under hovedplanlægningsfasen, der starter ved den første offentliggørelse af kataloget i april eller maj 1998 (»år N-1«), har rejsearrangørerne således oplysninger til rådighed vedrørende resultatet af sommersæsonen 1997 (år N-2) og visse oplysninger vedrørende den kommende sommersæson 1998 (år N-1). Inden for dette tidsskema sker planlægningen af den samlede kapacitet på baggrund af generelle og specifikke betragtninger, der med tiden forfines. De generelle betragtninger (»top-down betragtninger«) tager de hovedfaktorer i betragtning, der påvirker efterspørgslen på rejser, såsom den økonomiske aktivitet, valutakurserne og forbrugernes tillid. De specifikke betragtninger (»bottom-up betragtninger«) hviler på en detaljeret analyse af det produktudbud, der findes, på grundlag af f.eks. en undersøgelse af brutto- og nettomargenerne pr. flyvning eller indlogeringsenhed for det ene eller det andet rejsemål. I denne forbindelse undersøges hver flyvning (i henhold til afgang- og ankomstlufthavn og slots), rejsemålet og det produkt, der er til rådighed, forbrugernes efterspørgsel af særlige ferietyper, med henblik på at udarbejde det samlede udbud af pakkerejser til det nære udland. Dette udbud suppleres ligeledes med udbud af nye produkter, som sagsøgeren har skabt.

162 Sagsøgeren har præciseret, at under hensyn til de pågældende produkters forgængelige art plejer sagsøgeren under planlægningen at foretrække analysen af makroøkonomiske faktorer eller specifikke betragtninger vedrørende udgifterne og margenen i stedet for undersøgelsen af den hidtidige efterspørgsel, idet disse elementer i større omfang påvirker det fremtidige overskud og den fremtidige efterspørgsel end de hidtidige præstationer (realiseret og forudset salg i år N-2 og N-1), som under alle omstændigheder også tages i betragtning ved planlægningen af sommersæsonen i år N, idet de viser de stærke og de svage punkter i det udbud, der findes, samt de punkter, hvor dette udbud kan forbedres.

163 Ud fra en statistisk synsvinkel giver den tabel, som sagsøgeren har fremlagt (bilag 7 i besvarelsen), og som indeholder en sammenligning mellem salgfor-

udsigelserne og det reelle salg for hoveddatterselskabet i Det Forenede Kongerige, Airtours Holidays Ltd., i perioden 1996-2000, mulighed for at fastlægge afvigelserne mellem den forudsagte kapacitet for planlægningsåret (år N), den skønnede kapacitet for år N-1 (hvis salgssæson allerede er begyndt) og den kapacitet, der er solgt i år N-2 (da sæsonen allerede er forbi). Tabellen viser, at den af Airtours Holidays Ltd. planlagte kapacitet for år N afviger meget fra den skønnede kapacitet for år N-1 (fra + 7,5% til + 11,2% alt efter det relevante år N) eller fra den kapacitet, der er solgt i år N-2 (fra + 7,5% til + 18,6% alt efter det relevante år N). Forskellene viser, når de sammenlignes, en forøgelse af kapaciteten, der er to til tre gange højere end den gennemsnitlige årlige vækst i den samlede efterspørgsel på markedet (mellem 3 og 4%), som Kommissionen angav i beslutningens betragtning 92.

- 164 Det fremgår af ovenstående, at det væsentligste i planlægningsprocessen ikke er blot at videreføre den hidtidige skønnede eller solgte kapacitet, men planlægningsprocessen har til formål at prøve at forudsige efterspørgslens udvikling både på det makroøkonomiske og det mikroøkonomiske niveau.
- 165 Der skal til de betragtninger, der netop er redegjort for, lægges de praktiske vanskeligheder, som sagsøgeren har fremhævet, og som bevirker, at det er meget vanskeligt at få kendskab til hver af de andre store rejsearrangørers planlagte kapacitet i planlægningsperioden, idet deres beslutninger vedrørende den samlede kapacitet for en bestemt sæson er det samlede slutresultat adskillige individuelle beslutninger, der er truffet for hvert rejsemål og for hver flyvning, og som er forskellige fra sæson til sæson.
- 166 Sagsøgeren har gjort gældende, uden at det er bestridt af Kommissionen, at selskabet har ca. 50 rejsemål fra 21 lufthavne i Det Forenede Kongerige, hvilket udgør mere end 1 000 kombinationsmuligheder, og at selskabet ændrer rejsemålene i betydelig grad fra sæson til sæson. Airtours øgede således for sommeren 1999 sin kapacitet med 19% til Fuerteventura, samtidig med, at selskabet for dette rejsemål nedsatte kapaciteten med afgang fra Manchester med 13%, mens kapaciteten med afgang fra Cardiff blev øget med 42%. På samme

måde blev Airtours' kapacitet til Menorca nedbragt med 9%, samtidig med at kapaciteten med afgang fra Manchester for dette rejsemål blev nedsat med 33%, og kapaciteten med afgang fra de skotske lufthavne blev øget med 25%. Eksempelvis omfatter kategorien »tre stjerner uden pension«, der ifølge beslutningen (betragtning 90) udgør langt hovedparten af pakkerejser til nære rejsemål, forskelle i henhold til lufthavnen og afrejsedagen, feriens længde eller rejsemålet. Det skal i denne forbindelse anføres, at argumentet om, at flyrejser er et standardiseret produkt med få forskelle (beslutningens betragtning 90), ikke rækker ved det forhold, at beslutningerne om flykapaciteten træffes fra lufthavn til lufthavn og for den enkelte flyvning.

167 I modsætning til det af Kommissionen anførte består beslutningerne vedrørende kapaciteten således ikke blot i at forøge eller nedbringe det samlede kapacitetsudbud uden at tage hensyn til forskellene mellem de forskellige pakkerejsekategorier, der adskiller sig fra hinanden for så vidt angår rejsemålet, afrejsedagen, afrejselufthavnen, flytypen, indkvarteringsart og kvalitet, opholdets varighed og endelig prisen. Rejsearrangørerne skal for at kunne producere disse pakkerejser tage hensyn til en helhed af variabler, såsom om der er indkvartering på de forskellige rejsemål og flysæder til rådighed på forskellige datoer og sæsoner i løbet af året. Som sagsøgeren har gjort gældende, skal beslutningerne om kapaciteten nødvendigvis træffes på »mikro«-niveau.

168 Kommissionens generelle udgangspunkt (beslutningens betragtning 88-91), der består i et anbringende om, at det vigtige er det samlede antal pakkerejser, der udbydes af hver rejsearrangør, støder således på betydelige praktiske vanskeligheder, da det for at kende den samlede kapacitet, for så vidt den udgør en heterogen helhed af specifikke beslutninger, er nødvendigt at kunne identificere disse beslutninger.

169 Det følger umiddelbart heraf, at kompleksiteten af kapacitetsplanlægningsproceduren, produktudviklingen og markedsføringen udgør en væsentlig hindring for ethvert forsøg på stiltiende koordination. Da der er tale om et marked, hvor

efterspørgslen samlet set er stigende, men svingende fra år til år, vil en integreret rejsearrangør have vanskeligt ved korrekt at fortolke de beslutninger, de andre rejsearrangører har truffet vedrørende kapaciteten for rejser, der afvikles halvandet år senere.

- 170 Det skal — uagtet det forhold, at beslutningen vedrørende kapaciteten træffes af hver rejsearrangør på grundlag af en helhed af heterogene betragtninger — endvidere undersøges, om hvert oligopolmedlem i praksis på det tidspunkt, hvor den samlede kapacitet fastlægges, kan få kendskab til »den samlede kapacitet (antal ophold), som hver integreret rejsearrangør udbyder«.
- 171 Kommissionen påstod i beslutningens betragtning 105, at »[de integrerede rejsearrangører] er [...] i stand til at holde øje med de andres udbud af ferierejser«, og at de ændringer, som hver stor rejsearrangører foretager på dette stadium, kan identificeres af de andre store rejsearrangører gennem deres aftaler med hotellerne eller deres drøftelser vedrørende de flysæder, der er behov for, og som står til rådighed, med henblik på at opnå eller at levere kapacitet eller at forhandle om bytte af sæder eller slots.
- 172 Kommissionen har imidlertid ikke godtgjort disse påstande.
- 173 Beslutningen giver for det første ikke mulighed for måle rækkevidden af de oplysninger, som en integreret rejsearrangør kan opnå på grund af det forhold, at flere af dem kan være i forbindelse med de samme hoteller for at forhandle og reservere deres bestand af senge. Selv om det antages, at de store britiske rejsearrangører reelt kan udbyde de samme hoteller i deres pakkerejser, er det fortsat korrekt, at sektoren for ferieindkvartering omfatter et meget betydeligt antal aktører hvad angår både udbuddet og efterspørgslen. Der er derfor en stor sandsynlighed for, at en af de store rejsearrangører er til stede på et hotel, hvor

selskabet ikke risikerer at finde en af dets konkurrenter. Denne sandsynlighed forstærkes af det forhold, at hotelejerne foretrækker at udleje deres værelser til mindst to rejsearrangører, i almindelighed fra forskellige lande. Denne politik, der er omtalt i anmeldelsen, kan forklares med, at hotelejerne ønsker at beskytte sig mod den risiko, der er forbundet med en nedgang i efterspørgslen på de rejser, som en af hotellets kunder udbyder, eller i efterspørgslen i et af disse lande.

174 Det følger heraf, at den mulighed, at flere integrerede rejsearrangører forhandler med det samme hotel, ikke mærkbart bidrager til en større gennemslagskraft på markedet på det tidspunkt, der træffes beslutning om kapaciteten.

175 For det andet indeholder beslutningen ikke nærmere enkeltheder om rækkevidden og betydningen af de oplysninger, der kan opnås ved drøftelser mellem de store rejsearrangører vedrørende de flysæder, der er behov for, og som står til rådighed, med henblik på at opnå eller levere kapacitet eller at forhandle om bytte af flysæder eller slots. I mangel af nærmere angivelser i beslutningen synes det ikke muligt at opnå relevante oplysninger om, hvorvidt kapaciteten forøges eller fastholdes ved hjælp af et bytte af flysæder eller slots, idet dette bytte i princippet må antages at finde sted på grundlag af et sæde mod et andet eller et slot mod et andet.

176 Det skal i denne forbindelse præciseres, at i den situation, som Kommissionen har angivet, dvs. en situation med en mærkbar nedbringelse af kapaciteten, der ligger under den skønnede udvikling i efterspørgslen, indgår de integrerede rejsearrangører aftale om færre flysæder og færre hotelovernatninger. Det er imidlertid uden tvivl generelt vanskeligere at opdage eller fortolke beslutninger om at nedsætte aktiviteten end beslutninger om en forøgelse, og i tilfælde af en stigende efterspørgsel vil sådanne tegn på en tilbageholdende politik være særligt vanskelig at opdage. Endvidere har sagsøgeren understreget, uden at dette er bestridt af Kommissionen, at beslutningerne om en mærkbar forøgelse af kapaciteten med

tilsvarende investeringer ikke offentliggøres før efter, at den oprindelige kapacitet er blevet fastlagt, således at de ikke giver mulighed for præcist at identificere beslutninger, der træffes i planlægningsperioden. Kommissionens argument, der er redegjort for i beslutningens betragtning 105, hvorefter køb eller leasing af yderligere fly ikke kan skjules, da de nævnte beslutninger nødvendigvis kommer til offentlighedens kundskab, kan følgelig ikke tages i betragtning for at godtgøre, at markedet er gennemsigtigt for de fire store rejsearrangører på det tidspunkt, hvor kapaciteten planlægges.

177 Det skal endvidere anføres, at beslutningerne om, hvorledes flyflåderne skal anvendes, træffes sent i planlægningsperioden. Ifølge oplysninger, som Airtours fremkom med i sin besvarelse af klagepunktsmeddelelsen, er det først fra 12 måneder forud for sæsonstart, dvs. på samme tidspunkt som offentliggørelsen af kataloget, at selskabet træffer de første beslutninger vedrørende anvendelsen af sin flysædekapa­citet. Det er først i løbet af de derpå følgende måneder, at der træffes beslutninger vedrørende den kapacitet, der er købt af andre luftfarts-selskaber. De oplysninger, der opnås i forbindelse med de store rejsearrangørers drøftelser, ligger således senere, end hvad der fremgår af beslutningen.

178 Herudover skal det anføres, at Airtours ikke i større omfang end de øvrige store rejsearrangører er afhængig af at erhverve flysæder, når henses til de oplysninger, der er meddelt i forbindelse med anmeldelsen. Det fremgår nemlig, at Airtours gør meget lidt brug af de største konkurrenters charterselskaber. På den ene side var Airtours Holidays' største leverandører af flysæder i sommeren 1998: Spanair (27,2% af salget), Monarch (22%), Air Europa (21%), Air 2000, der er First Choice' luftfartsselskab, (9,4%), Airworld, der er Thomas Cooks luftfartsselskab, (8,7%), Air Malta (3,8%) og 12 andre luftfartsselskaber (7,9%). Airtours Holidays anvender således ikke eller meget lidt Britannia, som er Thomsons luftfartsselskab, og om hvilket der er velkendt, at det fortrinsvis flyver for moderselskabet, og har alene marginal kontakt med First Choice' og Thomas Cooks store luftfartsselskaber (Air 2000 og Airworld udgør 18,1% af totalen) (stævningens bilag 5, punkt 6.94, 6.119 og 6.122, MMC-rapporten, tabel 3.6, s. 66). På den anden side var sagsøgerens største flysædekunder i sommeren 1998: First Choice (Unijet) (ca. 68 000 sæder), Monarch (Cosmos) (ca. 45 000 sæder),

Jet Direct (ca. 11 500 sæder), Air Travel Group (ca. 10 500 sæder) og Manos (ca. 10 500 sæder), idet de resterende sæder blev solgt til 20 andre udbydere. Det kan her atter bemærkes, at Airtours Holidays ikke eller kun i mindre omfang er i kontakt med Thomsons luftfartsselskab (Britannia) og Thomas Cooks luftfartsselskaber (Caledonian, Airworld, Flying Colours, Peach) (stævningens bilag 5, punkt 6.94, og MMC-rapporten, tabel 3.6, s. 66).

179 Den omstændighed, at de store rejsearrangører forhandler med hinanden med henblik på at opnå eller levere kapacitet eller at forhandle om bytte af flysæder eller slots, sikrer derfor ikke — i modsætning til det af Kommissionen påståede — en tilstrækkelig gennemsigtighed på det tidspunkt, hvor der træffes beslutning om kapaciteten.

180 Det følger af det ovenstående, at det var med urette, at Kommissionen i beslutningens betragtning 102 fandt, at markedet er meget gennemsigtigt for hver af de fire store integrerede udbydere i planlægningsperioden. Det var derfor med urette, at Kommissionen konkluderede, at den gennemsigtighed, der var på det relevante marked, var et kendetegn, der kan bidrage til, at der skabes en kollektiv dominerende stilling (beslutningens betragtning 87), uden at berettigelsen af disse vurderinger vedrørende gennemsigtigheden i salgssæsonen blev undersøgt, idet hovedbeslutningerne vedrørende kapaciteten for den følgende sæson bliver truffet i planlægningsperioden, og at udvidelsesmulighederne herefter er meget begrænsede.

iv) Konklusioner vedrørende vurderingen af den hidtidige og forudsigelige udvikling i efterspørgslen, udsvinget heri og gennemsigtigheden på markedet

181 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang undersøgte den konkurrence, der fandtes mellem de største rejsearrangører på anmeldelsestidspunktet, og at den begik fejl i sin vurdering af den hidtidige og

forudsigelige udvikling i efterspørgslen, udsvinget heri og gennemsigtheden på markedet, og at den med urette fandt, at disse kendetegn i denne sag kunne gøre det lettere at skabe en kollektiv dominerende stilling.

c) Konklusion

- 182 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen foretog fejlvurderinger i sin konklusion, hvorefter fusionens gennemførelse vil tilskynde de tre store rejsearrangører, der vil være tilbage efter transaktionen, til ikke længere at konkurrere indbyrdes.

3. Den utilstrækkelige karakter af de afskrækkelsesfaktorer, som Kommissionen har identificeret for at sikre den interne sammenhæng i det påståede dominerende oligopol

- 183 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for at have ignoreret det forhold, at selv om det antages, at de tre sidste store rejsearrangører er tilskyndet til stiltiende at koordinere deres politikker vedrørende kapaciteten efter fusionen på grund af det pågældende markeds kendetegn og transaktionens påvirkning af markedet, er der ikke tilstrækkelige mekanismer med straf eller afskrækkelse til at sikre den interne sammenhæng i det påståede dominerende oligopol. Det forhold, at der ikke er effektive straffemekanismer på det pågældende marked, rejser tvivl om det påståede dominerende oligopols levedygtighed, idet tilskyndelsen til på langt sigt ikke at fravige den fælles adfærd ikke er der. Sagsøgeren har anført, at straffemekanismen skal være troværdig, og bestrider derfor, at den blotte trussel om modangreb kan være et tilstrækkeligt afskrækkelsesmiddel, således som Kommissionen synes at foreslå det i beslutningens betragtning 151.

- 184 Sagsøgeren er af den opfattelse, at de midler, der angiveligt er til rådighed for at udøve modangreb i den samme sæson, ikke er troværdige. Muligheden for at tilføje en vis kapacitet i den periode, der slutter i februar, inden sommersæsonen, ligger kun inden for 10%, og det kan ikke ske efterfølgende. I en sektor, der er kendetegnet ved udsving i efterspørgslen, er en kapacitetsforøgelse på 10% imidlertid ikke tilstrækkelig til at være en mærkbar straf. Herudover vil den meromkostning, der er forbundet med indførelsen af den yderligere kapacitet som straf, ikke blive opvejet af de fordele, som ofrene for snyderiet får ved at pålægge en sådan straf. En kapacitetsforøgelse vil under alle omstændigheder være yderst vanskelig, da den kan være i modstrid med interesserne hos dem, der griber til straffeforanstaltninger, idet den kapacitet, der indsættes i sidste øjeblik, sandsynligvis er af en dårligere kvalitet (upraktiske flytider, indkvartering af dårlig kvalitet) og derfor vil være vanskeligere at sælge. Sagsøgeren har ligeledes bestridt, at der er mulighed for at anvende salg til spotpriser eller »styrede salg« mod en konkurrent som disciplinært våben.
- 185 Endelige er de midler, der hævdes at være til rådighed for at udøve modangreb i den efterfølgende sæson, ifølge sagsøgeren ikke effektive. Ethvert snyderi, der opdages i løbet af en salgssæson, kan kun straffes med yderligere kapacitet to sæsoner senere under hensyn til den 18-månedersperiode, der er nødvendig for at indføre kapacitet i større omfang. Forbindelsen mellem fravigelsen af aftalen og straffen bliver dermed uklar.
- 186 Kommissionen har for det første bemærket, at hvad angår de straffemekanismer, der er forudsat i beslutningen, har Kommissionen aldrig forestillet sig, at en udbyder overgiver sig efter en simpel trussel om modangreb, hvis oligopolet ikke bliver til et kartel.
- 187 Kommissionen har dernæst gjort gældende, at udsigten til gengældelsesforanstaltninger i løbet af den samme sæson kan ses som en reel og effektiv trussel, idet de erhvervsdrivende kan vurdere deres konkurrenters kapacitet på markedet fra det tidspunkt, katalogernes første udgave er offentliggjort, eller 12-15

måneder forud for rejsesæsonen (jf. beslutningens betragtning 105-107). En kapacitetsstigning på 10% vil udøve et stort pres på priserne, således at de falder, og vil ophæve en stor del af den »afvigende« virksomheds forventede udbytte.

- 188 Hvad angår midlerne til modangreb i den efterfølgende sæson er Kommissionen af den opfattelse — i modsætning til sagsøgeren — at det er muligt at øge kapaciteten betydeligt i løbet af denne sæson, og det er Kommissionens opfattelse, at det er forkert at påstå, at en væsentlig stigning først er mulig to sæsoner senere.
- 189 Hvad angår sagsøgerens argument om, at det vil være irrationelt for de andre erhvervsdrivende at løbe risikoen for en generel overkapacitet, og at en virksomhed derfor kan »snyde« uden at blive straffet, har Kommissionen gjort gældende, at et sådant ræsonnement ikke er relevant i denne sag, da det forudsætter, at de andre erhvervsdrivendes eneste reaktionsmulighed er at overlade »snyderen« markedsandele.
- 190 Kommissionen har endelig afvist argumentet om, at taktikken med at lade en »afvigende« konkurrents kataloger gå upåagtet hen og en selektiv salgspolitik, der har til formål at diskriminere mod dennes produkter, vil være uden virkning, da — selv om man henholder sig til de tal for det gensidige salg, som sagsøgeren har fremlagt (16% af sagsøgerens produkter sælges via Thomson og Thomas Cook) — et muligt tab i denne størrelsesorden af salget vil være en alvorlig trussel i en industri, der er kendetegnet ved store mængder og små fortjenstmargener.
- 191 Retten skal bemærke, at Kommissionen havde en noget tvetydig stillingtagen i beslutningen, idet den først understregede, at det forhold, at der er »en egentlig straffemekanisme«, der bygger på tvang, ikke er en forudsætning for kollektiv

dominans i denne sag (beslutningens betragtning 55, jf. ligeledes betragtning 150), samtidig med, at den præciserede, at den »ikke [er] enig i, at der ikke er mulighed for straffeaktioner eller modangreb på dette marked«, og at der »tværtimod [er] betydelige muligheder, hvilket kun vil øge incitamentet til at anlægge en konkurrencebegrænsende parallel adfærd« (beslutningens betragtning 55, jf. ligeledes betragtning 151).

192 Det skal indledningsvis bemærkes, således som det allerede er anført (jf. ovenfor, præmis 61 og 62), at ved den fremtidsanalyse af markedet, der hører til enhver bedømmelse af en påstået kollektiv dominerende stilling, må en sådan stilling ikke alene betragtes statisk på et givet tidspunkt, nemlig tidspunktet for transaktionens gennemførelse og for de indførte ændringer i konkurrencestrukturen, men den skal ligeledes bedømmes dynamisk, navnlig for så vidt angår dens interne sammenhæng og stabilitet, ligesom det skal bedømmes, hvorvidt den konkurrencebegrænsende parallelle adfærd, som transaktionen kan medføre, kan opretholdes på længere sigt.

193 Det skal således afgøres, om hver stor rejsearrangørs egen interesse (at maksimere sit udbytte ved at konkurrere med alle andre udbydere) ikke efter sin art vejer tungere end den fælles interesse hos medlemmerne af det påståede dominerende oligopol (at begrænse kapaciteten for at hæve priserne og opnå større udbytte end i tilfælde af konkurrence), hvilket vil være tilfældet, hvis de manglende afskrækkelsesfaktorer foranlediger rejsearrangøren til at fravige den fælles adfærd, idet han drager fordel af den manglende konkurrence, der er kendetegnende for den fælles adfærd, og tager initiativ til konkurrencemæssig adfærd og udnytter de fordele, den giver (jf. i denne retning Rettens dom i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 227, for så vidt angår markedets gennemsigthed, og præmis 276 og 281 for så vidt angår de strukturelle forbindelser).

194 Muligheden for modangreb sikrer på en måde sammenholdet mellem oligopol-medlemmerne i perioden ved at afskrække hver af dem fra at fravige den fælles adfærd.

195 Kommissionen skal i denne sammenhæng ikke nødvendigvis godtgøre, at der er fastsat en mere eller mindre streng »egentlig straffemekanisme«, men den skal under alle omstændigheder godtgøre, at der er tilstrækkelige afskrækkelsesfaktorer til, at hvert medlem af det dominerende oligopol ikke har interesse i at fravige den fælles adfærd på bekostning af de andre oligopolmedlemmer.

196 De afskrækkelsesfaktorer, der i denne sag er påpeget i beslutningen, er følgende:

- den afskrækkende rolle, som alene truslen om en tilbagevenden til en situation med overudbud spiller, idet erfaringerne fra 1995 viser, hvad der kan ske i en kapacitetskrig (beslutningens betragtning 151, jf. ligeledes betragtning 170)
- muligheden for at forøge kapaciteten i salgssæsonen, i det mindste frem til februar, med højst 10% (beslutningens betragtning 152)
- muligheden for at indsætte yderligere kapacitet mellem to sæsoner, hvorved rejsearrangøren tilkendegiver, at han handler som reaktion på en bestemt anden handling med henblik på at markere forbindelsen mellem fravigelsen og sanktionen (beslutningens betragtning 152)
- muligheden for at undlade henvisninger eller at praktisere selektivt salg på bekostning af den afvigende udbyder i salgssæsonen med henblik på at tvinge denne til at sælge en større del af sine ferierejser til rabatpriser (beslutningens betragtning 152, jf. ligeledes betragtning 170).

- 197 Det skal først bemærkes, at det pågældende markeds kendetegn og funktionsmåde gør det vanskeligt at indføre straffeforanstaltninger med en sådan hurtighed og effektivitet, at de forekommer tilstrækkeligt afskrækkende.
- 198 I tilfælde af fravigelse eller med andre ord snyderi, dvs. en situation, hvor en af de største rejsearrangører i planlægningsperioden forsøger at drage fordel af den samlede kapacitetsbegrænsning, der skyldes den parallelle konkurrencebegrænsende adfærd, har de andre oligopolmedlemmer således vanskeligt ved at opdage denne fravigelse på grund af, at der ikke er en tilstrækkelig gennemsigtighed, hvilket Retten allerede har fastslået. En eventuel fravigelse er nemlig vanskelig at opdage på planlægningsstadiet under hensyn til de problemer, som en stor rejsearrangører har med præcist at forudse de beslutninger, hans konkurrenter træffer vedrørende kapaciteten.
- 199 De af Kommissionen påpegede afskrækkelsesfaktorer synes ikke at kunne anvendes i denne sammenhæng.
- 200 Hvad for det første angår den blotte trussel om en tilbagevenden til en situation med overudbud skal det fastslås, at Kommissionen med urette anså denne for afskrækkende. Kommissionen har henvist til krisen i 1995 for at illustrere konsekvenserne af et overudbud på markedet. Det skal imidlertid præciseres, at omstændighederne i 1995 fandt sted i den modsatte situation af den i denne sag omhandlede, hvor alle udbyderne — uden sondring mellem store og små rejsearrangører — i planlægningsperioden for 1994 forstærkede deres kapacitet i forventning om den efterspørgselsstigning, der kunne formodes på grundlag af indikationerne for sektoren og de to foregående år med stigning. Kommissionen har derimod i denne sag beskæftiget sig med en situation, hvor de tre store rejsearrangører sætter sig mærkbart ud over deres vanlige forsigtighed og nedsætter deres kapacitet til under forudsigelserne for efterspørgslen, og hvor der foregår snyderi. Det er i denne situation, der er helt anderledes end situationen med overudbud i 1995, at den afskrækkende karakter af en eventuel tilbageven-

den til en situation med overudbud skal undersøges. En sådan tilbagevenden kan imidlertid først ske en sæson senere, og kun hvis de andre oligopolmedlemmer beslutter at øge kapaciteten ud over vurderingerne for efterspørgslens udvikling, dvs. på en meget mærkbar måde i forhold til den underkapacitet, der ville være i en situation med den stiltiende koordination, som Kommissionen har forudsat.

- 201 For det andet kan muligheden for at øge kapaciteten i salgssæsonen ikke være en afskrækkelsesfaktor af følgende årsager.
- 202 For det første er markedet særegent på grund af en naturlig tendens til forsigtighed i beslutninger vedrørende kapaciteten, hvilket beslutningen selv fremhæver (jf. beslutningens betragtning 60-66, 97 og 136), under hensyn til det forhold, at fastlæggelsen af kapaciteten udgør et af de afgørende rentabilitetskriterier, da pakkerejser er en forgængelig vare (beslutningens betragtning 60).
- 203 For det andet træffes beslutningen om at fravige den fælles stilling ved at forøge kapaciteten i salgssæsonen på markedet på et stadium, der gør denne beslutning vanskelig at opdage i rette tid. Selv om de andre oligopolmedlemmer opdager den afvigende adfærd, kan deres eventuelle reaktion, der består i at øge kapaciteten som modangreb, i øvrigt ikke ske tilstrækkeligt hurtigt og effektivt, idet den kun kan foretages — som det stiltiende er anerkendt i beslutningen — på meget begrænset vis i den samme sæson med flere og flere begrænsninger, efterhånden som salgssæsonen forløber (i bedste fald kan kapaciteten kun forøges med 10% indtil februar for den kommende sommersæson) (jf. beslutningens betragtning 152 og 162).
- 204 Endelig kan det formodes, at de andre medlemmer af det dominerende oligopol vil tøve med at foretage kapacitetsforøgelser som modangreb, når de ved, at

udbyderne bag et modangreb risikerer at have vanskeligt ved at sælge de yderligere pakkerejser i sidste øjeblik på grund af sådanne produkters dårlige kvalitet (upraktiske flytider, indkvartering af dårlig kvalitet). Den således skabte kapacitet forekommer ikke at konkurrere lige så effektivt som den, der blev tilføjet af den afvigende udbyder i planlægningsperioden, da den både kommer for sent og er af dårligere kvalitet. Den afvigende udbyder får således de fordele, der er forbundet med at have handlet først.

205 Hvad for det tredje angår muligheden for at øge kapaciteten i den følgende sæson og det forhold, at der kan indsættes yderligere kapacitet mellem to sæsoner (beslutningens betragtning 152 in fine), skal det anføres, at dette risikerer at være ineffektivt som modangreb under hensyn til, at efterspørgslens udvikling er uforudsigelig fra år til år, og at det kræver en vis tid at indføre sådan en foranstaltning.

206 For det fjerde vil et modangreb fra de andre oligopolmedlemmer på distributions-niveauet (gennem manglende henvisning eller selektivt salg), såfremt det blev rettet mod Airtours, alene vedrøre omkring 16% af selskabets salg (heraf mindre end 10% solgt gennem Lunn Poly (Thomson) og kun 6% via Thomas Cook). Som sagsøgeren har gjort gældende, udgør sådanne reaktioner fra sekundære udbudskilder ikke en tilstrækkelig betydelig modvægt. Endvidere medfører sådanne modangreb et økonomisk tab for dem, der står bag, og som skal give afkald på provision fra Airtours for de salg, der er foretaget i rejsebureauer tilhørende selskabets største konkurrenter. En sådan modaktions afskrækkende karakter er derfor ikke så betydelig, som beslutningen vil give indtryk af.

207 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen med urette fandt, at de forhold, der er anført i beslutningens betragtning 151 og 152, under denne sags omstændigheder udgjorde afskrækkelsesfaktorer, der var til tilstrækkelige til at formå en deltager i det dominerende oligopol til ikke at fravige den fælles adfærd.

4. Undervurderingen af små rejsearrangørers, potentielle konkurrenters og forbrugernes forudsigelige reaktion som tilstrækkelig modvægt til at forhindre det påståede dominerende oligopols stabilitet

208 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen undervurderede små rejsearrangørers (også kaldet »uafhængige rejsearrangører« eller »sekundære udbydere«), potentielle konkurrenters (navnlig dem, der udbyder pakkerejser til det fjerne udland) og forbrugernes reaktion som modvægt, der kan bremse skabelsen af en kollektiv dominerende stilling, der ikke er sandsynlig, hvis de store rejsearrangører ikke tilsammen har magt til i mærkbart omfang at handle uafhængigt af andre nuværende og potentielle konkurrenter såvel som i forhold til forbrugere.

209 Kommissionen har heroverfor svaret, at for at kunne reagere over for en samordnet begrænsning af kapaciteten, som er besluttet af oligopolmedlemmerne, er det nødvendigt, at et stort antal meget små udbydere forøger deres kapacitet i betydeligt omfang, hvilket ikke er muligt, når henses til deres nuværende størrelse. Kommissionen har ligeledes understreget, at adgangsbarriererne på markedet og hindringerne for en vækst ud over en vis størrelse forhindrer de mindre og de senest tilkomne udbydere i med held at modstå de integrerede rejsearrangørers magt og disses mulighed for at fastlægge kapaciteten til et niveau, der ligger under niveauet for en konkurrencemæssig balance. De sekundære udbydere er således ikke i stand til at levere den kapacitet, der er tilstrækkelig til at tilfredsstille en eventuel yderligere efterspørgsel på grund af de væsentlige hindringer, de møder i et forsøg på at udvikle sig.

210 Det skal indledningsvis bemærkes, at for i tilstrækkeligt omfang at godtgøre, at der er en kollektiv dominerende stilling i denne sag, skal Kommissionen ligeledes godtgøre, at den forudsigelige reaktion fra nuværende og potentielle konkurrenter såvel som fra forbrugerne ikke rejser tvivl om de forventede resultater af de store rejsearrangørers fælles adfærd. Dette betyder i denne sag, at de store

rejsearrangørers nedbringelse af kapaciteten på markedet for at begrænse konkurrencen, dvs. ud over det, der er nødvendigt for at tilpasse sig efterspørgsleens forventede udvikling, ikke må kunne opvejes af reaktionen fra deres nuværende konkurrenter, som er de små rejsearrangører, fra deres potentielle konkurrenter, som er rejsearrangørerne i andre lande eller på markedet for rejser til fjerne rejsemål, og fra deres kunder, som er de britiske forbrugere, således at det dominerende oligopol ikke kan overleve.

a) De nuværende konkurrenters mulige reaktion: de små rejsearrangører

i) Indledende bemærkninger vedrørende spørgsmålet om de små rejsearrangørers størrelse

211 Kommissionen redegjorde i beslutningens betragtning 77 og 78 for, at de små »nicheaktørers« mulighed for at tage konkurrencen op med de fire store rejsearrangører er endnu mindre, da der ikke er nogen vertikal integration, og da de er små, hvilket navnlig medfører, at de ikke kan opnå de samme fordele ved stordrift og produktsortiment som de store rejsearrangører.

212 Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at Kommissionen (svarskriftets betragtning 103) har indrømmet, således som sagsøgerens sagkyndige, professor Neven, har redegjort for under den administrative procedure, at pakkerejsesektoren er en sektor, hvor alternative handelsstrategier kan give overbevisende resultater, og hvor der kun kan være begrænset plads til mellemstore rejsearrangører. Ifølge den nævnte sagkyndige kan virksomhederne på den ene side arbejde som små virksomheder og på de frie markeder købe den kapacitet (flysæder og hotelsenge), som de har brug for for at kunne udbyde pakkerejser. På den anden side kan virksomhederne alternativt beslutte at sælge mange pakkerejser. Det vil

for disse virksomheder altid være risikabelt at købe store mængder kapacitet, navnlig flysæder, på det frie marked, og det er derfor nødvendigt, at de integrerer sig vertikalt, i det mindste vedrørende luftfartsydelse. Denne alternative handelsstrategi fører ikke nødvendigvis til mindre udgifter og til en systematisk konkurrencemæssig fordel i forhold til små virksomheder. Den er også i sig selv mere risikabel end den strategi, der består i at forblive lille og at købe kapaciteten på det frie marked.

- 213 Det skal imidlertid præciseres, at spørgsmålet her ikke er, om en lille rejsearrangør kan opnå den nødvendige størrelse til effektivt at kunne konkurrere med de integrerede rejsearrangører ved at gøre dem deres rang som de større udbydere stridig. Det drejer sig derimod om at afgøre, om de hundredvis af små rejsearrangører, der allerede er på markedet, i den konkurrencebegrænsende sammenhæng, som Kommissionen har forudsat, som helhed betragtet kan reagere effektivt mod de store rejsearrangørers nedbringelse af kapaciteten på markedet til under vurderingerne for efterspørgslens udvikling ved at forøge deres kapacitet for at drage fordel af de muligheder, en sådan situation med et samlet underudbud giver, og om de således kan modvirke skabelsen af en kollektiv dominerende stilling.
- 214 Under disse omstændigheder kan Kommissionen for at godtgøre, at de små rejsearrangører ikke effektivt kan hindre skabelsen af en kollektiv dominerende stilling, ikke blot anføre det forhold, som ikke er omtvistet mellem parterne, at en sekundær rejsearrangør for effektivt at kunne konkurrere med integrerede rejsearrangører i den aktuelle markedssituation skal nå op på en mindstestørrelse, der giver ham mulighed for at drive virksomhed på et vist niveau, og følgelig skal etablere en vis vertikal integration. Kommissionens argumenter, hvorved de små rejsearrangørers vanskeligheder med at opnå mindstestørrelsen for effektivt at kunne konkurrere med de fire store rejsearrangører fremhæves, er således uden betydning for så vidt angår bedømmelsen af de små og de senest tilkomne rejsearrangørers muligheder for at øge deres kapacitet med henblik på at drage fordel af den mangel på produkter, der ifølge Kommissionen vil opstå, hvis transaktionen tillades.
- 215 Som sagsøgeren endvidere har understreget, fortsætter de små rejsearrangører med at være meget talrige (flere hundrede) med en fortsat fornyelse ved, at nye

aktører kommer ind på markedet, og de udgør derfor stedse en betydelig del af markedet, selv om de store rejsearrangører i det sidste tiår har opkøbt adskillige små rejsearrangører.

- 216 Det er således i lyset af disse betragtninger, at det skal afgøres, om de små rejsearrangører konkret kan indføre yderligere kapacitet, der er tilstrækkelig til at hindre de store rejsearrangørers eventuelle begrænsning af kapaciteten på markedet.

ii) De små rejsearrangørers mulighed for at indføre yderligere kapacitet

- 217 Det skal indledningsvis fastslås, at medlemmerne af det påståede dominerende oligopol, som forholdene ligger i denne sag, ikke individuelt eller kollektivt kontrollerer råstofmarkedet eller markedet for de ydelser, der er nødvendige for at fremstille og distribuere det pågældende produkt. Det fremgår herom af beslutningen (betragtning 5-42), at ud over markedet for pakkerejser til det nære udland undersøgte Kommissionen fusionens virkninger opad på markedet for levering af flysæder på charterfly til nære rejsemål og nedad på rejsebureau-markedet uden dog hverken at konkludere, at transaktionens gennemførelse indebærer, at de tre sidste konkurrenter skaber en kollektiv dominerende stilling på disse markeder opad og nedad, eller at den fusionerede virksomhed (Airtours/First Choice) har en individuel dominerende stilling.

- 218 Det skal for det første bemærkes, at sagsøgeren — uden at de er bestridt af Kommissionen — er fremkommet med adskillige eksempler på små rejsearrangører, der har indført yderligere kapacitet som svar på muligheder, der viste sig på

grund af markedets uforudsete udvikling. I 1996 (efter vanskelighederne forbundet med krisen i 1995) nedbragte eller fastfrøs de på dette tidspunkt tre største rejsearrangører således deres kapacitet, mens flere små rejsearrangører foretog en væsentlig udvidelse, såsom Virgin Holidays (+ 28%), Kuoni Travel (+ 20%), Direct Holidays (+ 68%) og Sun Express (+ 109%).

- 219 For det andet har sagsøgeren — uden at det er bestridt af Kommissionen — anført, at de små rejsearrangører viser en tendens til at fastlægge deres kapacitet, efter at de store rejsearrangører har truffet deres hovedbeslutninger herom, og at de fortsat i et vist omfang og som alle rejsearrangører kan øge deres kapacitet efterfølgende.
- 220 For det tredje fremgår det ligeledes af sagsakterne, at flere små rejsearrangører har vist et ønske om at øge deres markedsandel, hvorefter kan udledes, at de under alle omstændigheder er meget tilbøjelige til hurtigt at benytte sig af de muligheder, som de store rejsearrangørers kapacitetsbegrænsninger medfører, og som intet har med den forudsigelige udvikling i efterspørgslen at gøre.
- 221 Kommissionen besvarede i beslutningens betragtning 85 det argument, som sagsøgeren fremkom med under den administrative procedure, om, at sekundære udbydere som Cosmos og Virgin Sun skal anses for sandsynlige store konkurrenter i fremtiden, idet de har ambitioner om at ekspandere. Kommissionen svarede ved at angive, at »ingen af de to [kan] antages at være i stand til at udfordre de store rejsekoncerner i den forudselige fremtid«, fordi dels Cosmos (Monarch) er meget afhængig af de store rejsearrangører som købere af flysæder og ikke er vertikalt integreret med rejsebureauer, og fordi dels Virgin Sun for øjeblikket har ganske få aktiviteter og heller ikke har rejsebureauer. Kommissionen understregede endelig, at Virgin Sun har haft betydelige problemer med at skaffe hoteller på nogle af de vigtigste nære rejsemål.

- 222 Kommissionens betragtninger kan imidlertid ikke støtte dens synspunkt, idet det afgørende er, hvordan de små rejsearrangører kan tænkes at reagere i fremtiden, såfremt de tre sidste store rejsearrangører foretager en nedbringelse af kapaciteten på markedet til et lavere niveau end konkurrencemæssigt begrundet. Betragtningerne viser tværtimod disse to sekundære rejsearrangørers klare vilje til at drage fordel af enhver mulighed, der er på markedet.
- 223 På den ene side giver det forhold, at Cosmos (Monarch) nu viser en tendens til at foretrække de store rejsearrangører frem for de små hvad angår salg af flysæder, således ikke Kommissionen mulighed for at fastslå, at denne udbyder ved en nedbringelse af kapaciteten til et lavere niveau end konkurrencemæssigt begrundet ikke vil tage hensyn til sine egne interesser på bekostning af hensynet til medlemmerne af det påståede oligopol. Endelig har rejsearrangøren Cosmos' nye direktør erklæret, at han har til hensigt i løbet af to år at øge denne virksomheds markedsandel fra 3,5% til 5%. Cosmos råder til dette formål over ATOL-licenser for 1,1 mio. passagerer (ATOL, Air Travel Organisers' License, licens udstedt af Civil Aviation Authority).
- 224 På den anden side kan de vanskeligheder, som Virgin Sun havde med at indgå aftaler om indkvartering på visse rejsemål, af samme årsager let løses, hvis de store rejsearrangører nedbringer deres efterspørgsel efter værelser. Det fremgår af en skrivelse af 16. august 1999 fra Virgin Sun til Kommissionen, der er fremlagt i sagen i forbindelse med foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, at det er let at opnå den tilstrækkelige mængde senge af rette kvalitet på de fleste middelhavsrejsemål, med undtagelse af de allermest efterspurgte, såsom De Baleariske Øer, hvor de store rejsearrangører forhandler flere og flere aftaler af lang varighed med hotelejerne, hvilket gør det vanskeligt for de små at finde de ønskede pladser. Det fremgår imidlertid ligeledes af denne skrivelse, at rejsearrangører som Virgin Sun holder sig rede til at prøve at gribe alle de muligheder, der kan vise sig på de mest efterspurgte markeder. Såfremt de store rejsearrangører ikke skulle anvende de senge, der er indgået aftale om, som led i deres forsøg på at begrænse kapaciteten, vil de små rejsearrangører således være i stand til hurtigt at indgå aftale herom for at øge antallet af pakkerejser på

markedet. Det skal endelig bemærkes, at Virgin Sun er en rejsearrangør, der udbyder rejser til nære rejsemål, og som er den senest lancerede af Virgin Travel Group. Virgin Sun har siden maj 1999 udbudt rejser til de mest efterspurgte rejsemål, nemlig Korfu, Costa Blanca, Costa del Sol, Mallorca, Menorca, Ibiza, Portugal, Rhodos, Grand Canaria, Tenerife og Tyrkiet med flyafgang fra lufthavnene London Gatwick og Manchester, og ifølge Virgin Travel Groups bestyrelsesformand er Virgin Suns formål at nå op på Thomsons markedsandel i løbet af ti år. Det skal bemærkes, at Virgin Travel Group råder over ATOL-licenser for 400 000 passagerer.

- 225 Endelig vil British Airways Holidays (375 000 ATOL-licenser i 1999) og Kuoni (230 000 solgte rejser i Det Forenede Kongerige i 1998) — to konkurrenter, der driver virksomhed på markedet for rejser til nære rejsemål, og som råder over betydelige økonomiske midler — ligeledes hurtigt kunne forøge deres kapacitet, såfremt de store rejsearrangører forsøger at indføre en kollektiv dominerende stilling.
- 226 Det skal for det fjerde bemærkes, at en undersøgelse vedrørende tilstedeværelsen af et udvalg på 59 små rejsearrangører, der arbejder på flere nære rejsemål, herunder 12 af de mest efterspurgte, der beflyves af de store rejsearrangører, som er fremlagt under den administrative procedure, og som ikke er kritiseret af Kommissionen, viser, at alle disse rejsemål beflyves af mindst fire små rejsearrangører, at de mest populære rejsemål, såsom Korfu, Rhodos, Mallorca eller det spanske fastland, beflyves af et stort antal af dem (fra 20 til 30 små rejsearrangører), og at flere små rejsearrangører (såsom Cosmos, Manos eller Virgin Holidays) praktisk talt beflyver alle rejsemål (jf. tabel 1 i bilag 8 til stævningen, rapporten »Konkurrencen på Det Forenede Kongeriges marked for pakkerejser til udlandet, en økonomisk analyse«, juli 1999, af professor D. Neven, der af sagsøgeren er udmeldt som sagkyndig). Denne undersøgelse viser ligeledes, at de små rejsearrangører udbyder tilsvarende produkter (hvad angår overnatninger og ydelser) som de af de store rejsearrangører udbudte til priser, der er sammenlignelige eller endog bedre.
- 227 For det femte — og i modstrid med det af Kommissionen i beslutningens betragtning 83 anførte — fremgår det af denne undersøgelse, der ikke er bestridt

af Kommissionen, at det sædvanligvis lykkes de små rejsearrangører at opnå tilsvarende vilkår som de store rejsearrangører for indkvartering på de nære rejsemål. Denne undersøgelse omhandler tyve hoteller på nære og populære rejsemål og sammenligner de priser, som Airtours har opnået, med de priser, som Panorama og Direct, der er to uafhængige rejsearrangører, der senere er blevet opkøbt af Airtours, har opnået. Undersøgelsen viser, at priserne er tilsvarende, og at de små udbydere i visse tilfælde har opnået bedre betingelser end Airtours, selv om denne sidstnævnte bestilte langt flere nætter end disse små rejsearrangører.

- 228 Det følger heraf, at de små rejsearrangører i den i sagen tænkte situation vil forsøge at levere yderligere kapacitet. Analysen af deres muligheder for at gøre dette kræver imidlertid, at det undersøges nærmere, om de råder over en tilstrækkelig adgang til markedet for flysæder og rejsebureauer.

iii) De små rejsearrangørers adgang til flysæder

- 229 Det anføres i beslutningen, at de små rejsearrangører ikke råder over en tilfredsstillende adgang til flysæder, og at den planlagte transaktions gennemførelse vil forværre denne situation (beslutningens betragtning 78, 79 og 83 in fine). Det forhold, at de er små, betyder, at de ikke kan opnå de samme fordele ved stordrift og produktudvalg, som de store kan opnå. I modsætning til de store rejsearrangører kan de ikke tilbyde et charterflyselskab at belægge et helt fly (undtagen måske i et par dage i højsæsonen). Det øger flyselskabets risiko for at skulle flyve med mindre end optimal last, og det vil derfor nok kræve en højere pris pr. flysæde af de små aktører end af de store på grund af den større risiko (beslutningens betragtning 78). De små rejsearrangører har anført, at de allerede har vanskeligheder med at skaffe sig flysæder på de bedste tidspunkter (især i weekenderne) og i de bedste lufthavne for ferierejser (Gatwick og Manchester).

Rejsearrangørerne (og flyselskaberne) har fremført, at de er nødt til at kunne tilbyde afgang fra begge de to lufthavne for at nå ud til de vigtigste kundegrupper og fremstå som landsdækkende — ellers ville de kun have ringe udsigter til at blive andet end forholdsvis små udbydere (beslutningens betragtning 79).

230 Kommissionen tilføjede i beslutningens betragtning 80 følgende:

»De store rejsearrangører ser ud til at stå stærkt på markedet med hensyn til salg af flysæder til uafhængige selskaber. En rejsearrangør har f.eks. udtalt, at Monarch — som vil være den eneste store leverandør til de uafhængige rejsearrangører efter fusionen — allerede er tilbøjelig til at efterkomme de store rejsearrangørers (som tilsammen tegner sig for over halvdelen af Monarchs salg af flysæder til tredjemand) ønsker, før selskabet overvejer, hvad det vil tilbyde de uafhængige, og at Monarch afviste overhovedet at drøfte det kommende års program med den pågældende rejsearrangør, indtil selskabet havde fået overblik over de store rejsearrangørers behov.«

231 Retten skal for det første bemærke, at det fremgår af beslutningens tabel 2 (betragtning 159), der angiver markedsandele for de største leverandører af flysæder til tredjemand (oplysninger, der omfatter alt salg til tredjemand, herunder salget til og mellem de store rejsearrangører samt salget til de små rejsearrangører), at når transaktionen er gennemført, vil Airtours/First Choice selv kunne kontrollere mindre end en fjerdedel af udbuddet af flysæder til tredjemand, og at de tre store rejsearrangører tilsammen udbyder mindre end halvdelen, idet det er præciseret, at Thomson alene findes på markedet i mindre omfang. Det følger heraf, at tredjemands væsentligste behov for flysæder altid vil kunne tilfredsstilles af aktører, der er uafhængige af de store rejsearrangører. Denne situation giver de små rejsearrangører visse garantier, idet alene to af de tre store rejsearrangører findes på dette marked i betydeligt omfang, og idet de uafhængige tredjemænd udgør en vigtig kilde til flysæder.

- 232 Det er intet forhold, der giver mulighed for at konkludere, at denne situation vil blive væsentligt ændret af fusionens virkninger, i modsætning til hvad Kommissionen hævder. Kommissionen frygter, at en sandsynlig endnu stærkere rationalisering af flysæder fra den fusionerede enheds side, der består af sagsøgeren og First Choice, vil forværre de smås problemer ved at nedbringe det antal sæder, der står til rådighed. Således som sagsøgeren har gjort gældende, har fusionen ikke negative virkninger på antallet af flysæder, der står til rådighed for tredjemand: Hvis Airtours og First Choice optager flere flysæder internt inden for den gruppe, der følger af fusionen (hvilket vil fjerne de tredjemænd, der nu flyver med Airtours International og Air 2000), vil der være en tilsvarende frigivelse af flysæder på de luftfartslinjer uden for gruppen, der tidligere blev booket af Airtours og First Choice. Dette ræsonnement blev i øvrigt fulgt af Kommissionen selv i dens beslutning *Westdeutsche Landesbank, Carlson, Thomas Cook* af 8. marts 1999 (sag IV/M.1341) (EFT C 102, s. 9, betragtning 36), hvori Kommissionen havde anført, at »da den fusionerede enhed Thomas Cook kan styre sin strategi i en anden retning for at anvende kapaciteten i charterlinjerne inden for gruppen (som f.eks. står til rådighed ved Caledonian) snarere end at købe kapacitet hos tredjemand, vil dette frigøre denne kapacitet hos tredjemand og stille den til rådighed for kunder, der indtil nu har købt hos Flying Colours eller Caledonian«. Kommissionen har imidlertid ikke fremført overbevisende argumenter for at godtgøre, at den logik, der ligger bag dette ræsonnement, ikke gælder i den foreliggende sag.
- 233 Hvad ligeledes angår de betragtninger, der er fremsat i beslutningens betragtning 80, skal det blot fastslås, at sagsøgeren har gjort gældende — uden at det er bestridt af Kommissionen under retsforhandlingerne for Retten — at Monarch har bevidnet, at selskabet ikke begunstiger de store rejsearrangører på de mindstes bekostning, og at det faktisk har anerkendt, at fusionen Thomas Cook/Carlson forøgede selskabets afhængighed af udenforstående rejsearrangører, der ikke har deres egne charterlinjer, således som fusionen Airtours/First Choice vil gøre det.
- 234 For det andet skal Retten anføre, således som sagsøgeren har gjort gældende, at vidneudsagnet fra en af de største formidlere af flysæder, Hunt & Palmer, hvis aktivitet består i at få udbuddet og efterspørgslen til at balancere ved at sælge den »rest«-kapacitet, som luftfartsselskaberne ønsker at markedsføre, til rejsearrangører (bilag 39 til stævningen), viser, at de små rejsearrangører kan opnå flysæder

for en sæson (eller for en kortere periode) med weekendafgang fra fire kilder: udenlandske luftfartsselskaber, luftfartsselskaber med rutedrift, lavprisselskaber og uafhængige charterselskaber med hjemsted i Det Forenede Kongerige. Det skal præciseres, at der findes mindst 15 uafhængige formidlere i Det Forenede Kongerige, og at Kommissionen ikke har bestridt dette vidneudsagn.

- 235 Kommissionens argumenter for, at disse indkøbskilder ikke kan anses for brugbare, er ikke overbevisende.
- 236 Den første kilde er udenlandske luftfartsselskaber med base i ankomstlufthavnen (såsom Spanair, Air Europa eller Futura).
- 237 Kommissionen er af den opfattelse, at disse selskaber ikke tilbyder en levedygtig løsning, idet de har vanskeligt ved at opnå tilstrækkelige slots på passende tidspunkter i de største britiske lufthavne, navnlig i Gatwick. Endvidere skal flyene, da selskabernes flåde ikke har base i de britiske lufthavne, flyve mod Det Forenede Kongerige om morgenen og retur om aftenen, hvilket for kunderne indebærer flyafgang meget sent om aftenen og returfly meget tidligt om morgenen. Sådanne fartplaner reducerer imidlertid feriens reelle varighed i betydeligt omfang, hvilket forbrugerne ikke sætter pris på. Dette argument modsiges dog af Hunt & Palmer's vidneudsagn, hvorefter der kan indføres rotationer i Gatwick.
- 238 Det væsentlige er under alle omstændigheder at afgøre, om de små rejsearranger ved en underkapacitet i udbuddet af pakkerejser kan opnå yderligere flysæder på rimelige vilkår, og ikke, om de kan råde over bedre afgangslufthavne og bedre fartplaner. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen ikke fandt det hensigtsmæssigt at foretage mere afgrænsede underopdelinger af de

britiske markeder for rejser til det nære udland og for levering til rejsearrangørerne af sæder på charterfly, f.eks. efter afgangslufthavn eller region. Det skal tværtimod bemærkes, at Kommissionen i beslutningen (betragtning 45) var af den opfattelse, at der er en relativ ensartethed i omkostninger og priser, der tyder på, at der er en tilstrækkelig grad af overlapning mellem de mulige regionale og lokale markeder (»chain of substitution«) til, at de i denne sag kan anses for at udgøre ét samlet nationalt marked på efterspørgselssiden. Kommissionen nåede til denne konklusion (betragtning 45) på grundlag af argumenter om, at forbrugerne foretrækker at flyve fra en lufthavn, der er tættere på deres hjem, at lufthavnsafgifter og dertil knyttede faktorer betyder, at priserne på afgang fra nogle af de mindre regionallufthavne ofte er højere end for afgang fra de store ferielufthavne (London Gatwick og Manchester), og at den merpris, der beregnes (eller den rabat, der ydes), dog ofte er relativt ubetydelig i forhold til rejsens samlede pris, navnlig når der tages hensyn til, hvad det koster at tage til en lufthavn, der er billigere, men ligger længere væk. Det samme gælder udbuddet, idet Kommissionen var af den opfattelse (beslutningens betragtning 45), at rejsearrangørerne markedsfører deres produkter på landsplan uden nogen større differentiering, hverken med hensyn til pris eller andet, mellem kunder i forskellige regioner. Endvidere kan rejsearrangørerne og flyselskaberne generelt let omrokere fly fra den ene lufthavn til den anden (dog med undtagelse af navnlig Gatwick, hvor det begrænsede antal slots til rådighed begrænser muligheden herfor) (beslutningens betragtning 46).

- 239 Hvad angår Kommissionens argument om, at de fly, som de udenlandske luftfartsselskaber anvender, generelt skal flyve til Det Forenede Kongerige om morgenen og retur om aftenen, hvilket er et handikap for forbrugeren, skal det fastslås, at dette argument ikke er i overensstemmelse med virkeligheden, idet den gennemsnitlige flyvetid til et europæisk rejsemål er cirka to timer. De luftfartsselskaber, der har hjemsted i ankomstlufthavnen, kan således have flere rotationer den samme dag og f.eks. om morgenen have et første fly fra Spanien til Det Forenede Kongerige og et andet fly fra Det Forenede Kongerige til Spanien, og om aftenen et første fly fra Spanien til Det Forenede Kongerige og et andet fly fra Det Forenede Kongerige til Spanien.

- 240 Det skal endelig anføres, at sagsøgeren under den administrative procedure gjorde gældende, uden at det blev bestridt af Kommissionen, at luftfartsselskaberne med base i ankomstlufthavnen leverede mere end 1 mio. sæder i 1998 (det sidste år, hvorom der forelå oplysninger på tidspunktet for beslutningen) til rejsende, der havde købt pakkerejser, og til rejsende, der alene havde købt fly, og at antallet af sæder, der leveres af luftfartsselskaber med base på ankomststedet, er steget hurtigt i de senere år.
- 241 Det fremgår heraf — i modsætning til det af Kommissionen anførte — at disse luftfartsselskaber kan spille en væsentlig rolle, når de små rejsearrangører forsøger at øge antallet af pakkerejser, hvis der bliver mulighed herfor.
- 242 Den anden kilde er de luftfartsselskaber, der driver rutedrift (såsom Debonair, Flightline og CityFlyer), hvis belægningsgrad er lille i weekenden, hvor der ikke er forretningsrejsende.
- 243 Kommissionen er af den opfattelse, at de sæder, der leveres af ruteflyselskaber, er en marginalfaktor i Det Forenede Kongerige, hvor British Airways alene anvender en meget lille del af sin kapacitet på denne type flyvninger. Årsagerne er de højere priser, det forhold, at ruteflyselskaberne ikke har fly direkte til feriestederne, manglen på ledige sæder og fartplanens ufleksible karakter.
- 244 Disse forhold er imidlertid ikke væsentlige hindringer for de små rejsearrangører, der ønsker at øge deres kapacitet. Hvad angår prisforskellen skal det anføres, at den del af en pakkerejse, der udgøres af udgifterne til flyrejsen, er marginal. F.eks. var prisen i august for et fly Liverpool-Malaga med EasyJet 108 GBP og for et fly Stansted-Malaga med Go 140 GBP, mens prisen for en 14-dages pakkerejse i august til Marbella i Spanien var 1 598 GBP med Virgin Holidays, 1 698 GBP

med Bath Travel og 1 738 GBP med Airtours (stævningen, bilag 8, tabel 2, og bilag 40). Transportdelen udgør dermed i alle tilfælde mindre end 10% af pakkerejsens pris. Sagsøgeren fremlagde i denne forbindelse under den administrative procedure en tabel (tabel 5 i den sagkyndige økonomiske erklæring, bilag 8 til stævningen), der indeholder en sammenligning mellem priserne på et rutefly og priserne på et charterfly til forskellige rejsemål på forskellige datoer. Denne tabel blev udarbejdet på grundlag af oplysninger fra Panorama, der er en lille rejsearrangør, som for nylig er opkøbt af Airtours. Det må antages, at der kan indhentes tilsvarende oplysninger fra andre små rejsearrangører. Det fremgår af den sagkyndige økonomiske erklæring, at prisforskellen svinger mellem 20 og 30 GBP, hvilket i sidste ende alene har en meget lille betydning for pakkerejsens pris og dermed for de små rejsearrangørers konkurrencedygtighed, når de bruger rutefly. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at prisforskellen i det væsentlige kan forklares med pligten til at betale lufthavnsafgift ved rutefly.

- 245 Hvad angår de betingelser, der kan tilbydes af ruteflyselskaber, navnlig vedrørende datoer og slots, skal det bemærkes, at to af de fem eksempler, som sagsøgeren har nævnt på baggrund af oplysningerne fra Panorama for den periode, der gik forud for opkøbet, viser, at det er muligt at opnå afgang om lørdagen eller om søndagen. Ligeledes godtgør Hunt & Palmers erklæring, at værdien af en flysædeformidlers indsats netop hænger sammen med hans evne til at finde fly med afgang i weekenden. Endvidere er det i beslutningen selv (fodnote 38) anført, at British Airways udbyder visse rene charterflyvninger fra britiske regionallufthavne i weekendene ved at anvende flyvninger, som selskabet på dette tidspunkt ikke har brug for til sine ruteflyvninger. Hvad dernæst angår afgangslufthavne skal der henvises til det, der tidligere er udtalt vedrørende udenlandske luftfartsselskaber. Hvad endelig angår spørgsmålet om, hvorvidt det forhold, at der alene købes en del af sæderne i et fly og ikke alle sæder, udgør et betydeligt handikap, skal det anføres, at eksemplerne på de priser, som formidlerne har meddelt sagsøgeren, viser, at prisforskellen er minimal (mindre end 10%), og at prisen for et sæde, der er erhvervet ved køb af alene en del af sæderne i et fly, kan være lavere end prisen for et sæde, der er erhvervet ved køb af alle sæderne i et fly (jf. professor Nevens rapport i bilag 8 til stævningen).

- 246 For så vidt angår det begrænsede antal rejsemål, der beflyves af ruteflyselskaber, skal det anføres, at de ruteflyselskaber, som sagsøgeren har omtalt, ligeledes beflyver Sydfrankrig og Syditalien, ud over de største turistrejsemål i Spanien. Under alle omstændigheder synes de udenlandske luftfartsselskaber i givet fald at være i stand til at kompensere for, at ruteflyene ikke beflyver andre rejsemål.
- 247 Det følger af ovenstående — i modsætning til det af Kommissionen anførte — at de små rejsearrangører kan anvende ruteflyselskaberne til effektivt at øge deres kapacitet og imødegå de eventuelle begrænsninger, som de største rejsearrangører indfører.
- 248 Den tredje kilde er lavprisselskaberne (såsom Ryanair og Go), hvis kapacitet er øget meget i de senere år, og som udbyder skræddersyede ydelser. Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren har fremlagt et rutekort, der viser de væsentligste rejsemål, som lavprisselskaberne beflyver (bilag 40 til stævningen), og hvoraf fremgår, at de væsentligste rejsemål ved den spanske middelhavskyst beflyves af mindst et selskab eller ofte to, endda tre: Barcelona (fra Luton lufthavn med Debonair, fra Liverpool lufthavn med EasyJet, fra Gatwick lufthavn med AB Airlines), Palma (fra Luton lufthavn med EasyJet, fra Stansted lufthavn med Go), Ibiza (fra Stansted lufthavn med Go), Alicante (fra Stansted lufthavn med Go) og Malaga (fra Liverpool lufthavn med EasyJet, fra Stansted lufthavn med Go).
- 249 Den fjerde kilde er de uafhængige charterselskaber med base i Det Forenede Kongerige (såsom Monarch, men også European Air Charter, British World og Titan), der ligeledes anvender små fly med små driftsomkostninger. Da disse udgør mere end 50% af udbuddet på markedet for leveringer af sæder til tredjemand på charterfly (jf. tabel 2 i beslutningens betragtning 159), skal det

konkluderes — i modsætning til det af Kommissionen påståede — at disse selskaber råder over en tilstrækkelig kapacitet til at udgøre en pålidelig forsyningskilde for de små rejsearrangører.

250 Endelig tog Kommissionen ikke det forhold i betragtning, at det for de integrerede rejsearrangører er afgørende at fylde deres fly mest muligt, hvis de vil sikre en rentabel drift. Da deres flåde er en meget betydelig del af deres faste omkostninger, er de store rejsearrangørers luftfartsselskaber fristede til at tilbyde de små rejsearrangører de sæder, der står tomme i det af Kommissionen foreslåede tilfælde, hvor de store rejsearrangører i mærkbart omfang begrænser kapaciteten.

251 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen med urette fandt, at de små rejsearrangører ikke har adgang til flysæder på tilfredsstillende vilkår for at forsøge at øge deres kapacitet med henblik på at drage fordel af muligheder, der skyldes den produktknaphed, der opstår i den situation med konkurrencebegrænsning, som en godkendelse af transaktionen efter Kommissionens opfattelse vil medføre.

iv) De små rejsearrangørers adgang til distributionen

252 Kommissionen nævnte i beslutningens betragtning 81 og 82 visse vanskeligheder, som de små rejsearrangører står over for, såsom de diskriminerende vilkår, de er underlagt ved de store integrerede rejsearrangørers bureauer for så vidt angår provisionssatser, målrettet salg af de store rejsearrangørers produkter, præsentation af kataloger og tilbud, hvilket forhindrer dem i at udøve en effektiv konkurrence i forhold til de store rejsearrangører.

- 253 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionens synspunkt om, at de største rejsearrangørers vertikale integration har begrænset adgangen til distributionen, da en sådan vertikal integration efter sagsøgerens opfattelse alene har en uacceptabel eliminerende virkning, hvis der på markedet er en horisontal magt på distributionsniveau, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.
- 254 Kommissionen har gjort gældende, at de store rejsearrangører kontrollerer alle de store nationale rejsebureaukæder og hovedparten af salgsstederne. De andre udbydere bliver i disse bureauer udsat for målrettet salg, nemlig positiv særbehandling af moderselskabets produkter, hvilket udgør en stor hindring for de små rejsearrangørers adgang til markedet og deres vækst. Hvad angår de andre distributionskanaler, såsom distribution via telefoncentre og internettet, har Kommissionen anført, at disse kanaler endnu ikke udgør levedygtige erstatninger for rejsebureauer, hvilket de største udbydere, herunder First Choice', bestræbelser for at oprette eller erhverve rejsebureauer vidner om.
- 255 Det skal bemærkes, at dette ikke er et spørgsmål om den nødvendige størrelse for at kunne kappes med de store rejsearrangører om de bedste pladser, men om at afgøre, hvorvidt de små rejsearrangører, der allerede er på markedet, i den situation med konkurrencebegrænsning, som Kommissionen forestiller sig, kan komme ind på distributionsmarkedet på tilfredsstillende vilkår og sælge større mængder af deres pakkerejser til forbrugerne. Det fremgår imidlertid af en simpel analyse af beslutningen, at dette — således som sagsøgeren har anført — er tilfældet.
- 256 Det skal først bemærkes, således som Kommissionen angav i beslutningens betragtning 32, at fusionen ikke kan antages at føre til skabelse eller styrkelse af nogen dominerende stilling inden for rejsebureauvirksomhed som helhed, uanset om man medregner rejsearrangørernes direkte salg af pakkerejser og fjernsalg

(dvs. telefonsalg mv.) via agenter eller ej, idet parterne målt efter antallet af rejsebureauer tilsammen kun tegner sig for en lille del af markedet (ca. 15%).

- 257 Det følger dernæst af beslutningen (betragtning 81), at tæt ved 40% af alle pakkerejser til udlandet, der sælges via rejsebureauer, sælges via uafhængige bureauer. Kommissionen har på den anden side selv anerkendt (betragtning 31), at der findes og i stort omfang er ved at udvikle sig andre distributionsmåder, såsom telefon- eller internetsalg, der allerede udgør 20% af det samlede salg af pakkerejser, hvilket øger de små rejsebureauers chancer for effektivt at distribuere deres produkter i en situation med begrænset udbud. Det er i denne forbindelse af betydning, at Direct Holidays (en uafhængig rejsearrangør, der er blevet opkøbt af Airtours), der sælger alle sine rejser direkte, havde en stor vækst i perioden 1995-1996 (den periode, hvor de store rejsearrangører havde økonomiske vanskeligheder) (stævningens punkt 9.18). Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren har understreget (stævningens punkt 9.19), uden at dette er bestridt af Kommissionen, at Kommissionen under den administrative procedure modtog følgende vidneudsagn fra tredjemænd vedrørende direkte salg og bæredygtig adgang til markedet (nævnt i punkt 3.57 i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter, bilag 7 til stævningen):

— Thomas Cook angav følgende: »Der er i dag en tendens til at fjerne sig fra traditionelle måder at reservere rejser på, nemlig personligt via et bureau. British National Travel Survey Report viser, at de indirekte bestillinger er steget siden slutningen af 1980'erne fra 29% af det samlede antal reservationer i 1992 [...] til 34% i 1998.«

— Thomson udtrykte den opfattelse, at »antallet af forbrugere, der bestiller rejser ved ikke-traditionelle direkte købsmåder, vil stige, ligesom den del af forbrugerne, der anser direkte køb for at være et alternativ til bestilling via et traditionelt rejsebureau i et forretningskvarter«.

- Virgin Holidays erklærede: »Vi har som rejsearrangør ikke nogen distributionskæde. Vi har på grundlag af vores eget salg konstateret en markant stigning i antallet af rejser, der er købt via »call centres«. Vi har ligeledes konstateret en stigning i antallet af rejser, der er købt af teletekstbureauer.«

258 Hvad angår de vanskeligheder, som de små rejsearrangører står over for (nævnt i beslutningens betragtning 81 og 82), begrænser de ikke i mærkbart omfang de små rejsearrangørers mulighed for at drage fordel af de muligheder, som tilbyder sig i den situation med underkapacitet, Kommissionen forestiller sig vil opstå, hvis fusionen finder sted, selv om det anses for godtgjort, at den uomtvistede adfærd udøves, og at den er lovlig. Det kan i en sådan situation formodes, at rejsebureauerne — under hensyn til forbrugernes forventninger og nødvendigheden af at maksimere udbyttet — ikke kan undlade at udbyde de små rejsearrangørers produkter på rimelige vilkår, selv om de vertikalt integrerede rejsearrangørers bureauer hellere vil udbyde gruppens produkter end konkurrerende produkter.

259 De små rejsearrangører skal under alle omstændigheder, idet tæt ved 40% af det samlede antal pakkerejser ikke sælges af de rejsebureauer, der kontrolleres af de store rejsearrangører, have adgang til distributionen på tilfredsstillende vilkår for at sælge den kapacitet, som de tilføjer i det tilfælde, hvor de største rejsearrangører beslutter at begrænse kapaciteten til et lavere niveau end konkurrencemæssigt begrundet.

260 Det følger heraf, at Kommissionen med urette fandt, at de små rejsearrangører ikke har adgang til at distribuere deres produkter til forbrugerne på tilfreds-

stillende vilkår for mærkbart at øge deres kapacitet med henblik på at drage fordel af de muligheder, der skabes af den produktknaphed, som godkendelsen af transaktionen ifølge Kommissionen vil medføre.

- 261 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen undervurderede de små rejsearrangørers muligheder for at øge deres kapacitet for at drage fordel af de muligheder, som en situation med samlet underkapacitet, der er fremprovokeret af de store rejsearrangører, giver, og dermed at hindre, at der skabes en kollektiv dominerende stilling efter den anmeldte fusion.

b) De potentielle konkurrenters mulige reaktion: de andre rejsearrangører

- 262 Det skal ligeledes undersøges, om de rejsearrangører, der findes i de andre lande i Fællesskabet eller på det britiske marked for pakkerejser til det fjerne udland, i tilfælde af de store rejsearrangørers nedbringelse af kapaciteten på markedet til et konkurrencebegrænsende niveau ikke kan komme ind på det britiske marked for pakkerejser til det nære udland.

- 263 Der skal erindres om det af MMC anførte i rapporten af 1997:

»Aktørerne kommer og går. Der er ikke mærkbare adgangsbarrierer på rejsearrangørmarkedet eller rejsebureaumarkedet [punkt 1.6] [...]. Hvis priserne på en rejsetype eller rejser med afgang fra en bestemt lufthavn eller på bestemte datoer i året bliver for høje, vil rejsearrangørerne placere deres forretning på hver af disse områder og tilbyde lavere priser« (punkt 4.15).

- 264 Det skal imidlertid anføres, at Kommissionen i beslutningens betragtning 114 anerkendte, dels at en kollektiv dominerende stilling ikke kan fastholdes på længere sigt, hvis markederne for rejsearrangørvirksomhed, charterflydrift og rejsebureauvirksomhed ikke er præget af mærkbare adgangsbarrierer, dels at MMC-rapporten af 1997 i det hele bekræfter sagsøgerens synspunkt vedrørende de manglende adgangsbarrierer på det pågældende marked.
- 265 Kommissionen anførte imidlertid i beslutningens betragtning 115, at siden MMC færdiggjorde sin brancheundersøgelse i 1997, er der sket en betydelig koncentration i denne sektor, og Kommissionen var af den opfattelse, at adgangsbarriererne alligevel var betydelige (de har »større virkninger«), og at de vil blive endnu større, hvis den planlagte transaktion gennemføres. Kommissionen anførte dernæst:

»Det må naturligvis være mere end blot muligt at få adgang til markedet, hvis det skal være nok til at eliminere risikoen for skabelse af en dominerende stilling. Adgangsmuligheden må bl.a. være vedvarende — hvilket på markeder som det her omhandlede, hvor den målestok, en virksomhed opererer i, har meget stor betydning, indebærer, at den nye aktør opererer i eller er i stand til at nå op på en tilstrækkelig målestok til reelt at kunne tage konkurrencen op med de dominerende udbydere. Efter Kommissionens opfattelse kan dette ikke antages at være tilfældet her.«

- 266 Det skal ikke desto mindre bemærkes, at det afgørende her — ligesom for de nuværende konkurrenter — ikke er at afgøre, om de potentielle konkurrenter har muligheden for at opnå en tilstrækkelig størrelse til at konkurrere på lige fod med de store rejsearrangører, men simpelt hen at afgøre, om disse konkurrenter har mulighed for at drage fordel af muligheder, der byder sig som følge af de store rejsearrangørers nedbringelse af kapaciteten på markedet til et lavere niveau end konkurrencemæssigt begrundet. Kommissionen kan i denne sammenhæng ikke påstå, at blot fordi de rejsearrangører, der udbyder andre produkter (såsom pakkerejser til det fjerne udland), eller som stammer fra andre lande (såsom Tyskland eller Nederlandene), vil have svært ved at udvikle sig ud over en vis størrelse, kan de ikke effektivt og hurtigt komme ind på det britiske marked for

pakkerejser til det nære udland i det tilfælde, hvor de store rejsearrangører beslutter mærkbart at begrænse konkurrencen. Det skal i denne forbindelse anføres, at sagsøgeren har nævnt andre store rejsearrangører i Europa, såsom Neckermann og TUI, som potentielle konkurrenter, der hurtigt kan komme ind i Det Forenede Kongerige i tilfælde af kapacitetsbegrænsning eller prisstigninger.

267 Det skal i øvrigt i denne forbindelse bemærkes, at beslutningen ikke undersøgte konkurrencesituationen vedrørende ferieindkvartering, selv om leveringen af indkvarteringskapacitet er meget vigtig for at forstå det relevante markeds dynamik, navnlig hvad angår dels muligheden for medlemmerne af det påståede dominerende oligopol for at handle uafhængigt af hotelejerne på de nære rejsemål, dels, som følge heraf, de nuværende og potentielle konkurrenters mulighed for at reagere mod en eventuel formindskelse af kapaciteten, der foreslås af de store rejsearrangører. Det forekommer imidlertid lidet sandsynligt, at de hotelsenge, der frigøres efter de store rejsearrangørers begrænsninger af kapaciteten, ikke umiddelbart reserveres af andre rejsearrangører, idet flere dokumenter og vidneudsagn, der fremkom i forbindelse med den administrative procedure, viser deres vilje til at opnå sådan indkvarteringskapacitet (jf. f.eks. Virgin Suns skrivelse, der er nævnt ovenfor i præmis 224).

268 Hver stor rejsearrangør skal således tage hensyn til de risici, der er forbundet med hotelejernes reaktion på en mærkbar formindskelse af sengereservationerne, som ikke svarer til en reel formindskelse af efterspørgslen, men til en nedskæring med det formål at begrænse konkurrencen. Hver stor rejsearrangørs mulighed for de følgende sæsoner at reservere senge på tilfredsstillende vilkår og af tilfredsstillende kvalitet kan blive beskåret.

269 Det fremgår af ovenstående, at selv om Kommissionen undersøgte hindringerne for udviklingen ud over en vis størrelse på markedet, tog den ikke, således som den skulle have gjort, hensyn til, at de manglende adgangsbarrierer på markedet vil give de potentielle konkurrenter mulighed for at komme ind på det relevante

marked for at udbyde deres produkter og dermed handle effektivt og hurtigt i det tilfælde, hvor der opstår en situation med underkapacitet som følge af de store rejsearrangørers gensidige tilpasninger af deres kapacitetspolitik.

c) Forbrugernes mulige reaktion

- 270 For at bevise, at det oligopol, der er resultatet af transaktionen, har mulighed for at handle uafhængigt af forbrugerne, må der nødvendigvis gives et svar på spørgsmålet om, hvad de britiske forbrugeres reaktion vil være, og det må afgøres, om de ikke er parate til at finde andre alternativer, hvis priserne på pakkerejser til nære rejsemål stiger mærkbart, eller hvis der skulle blive knaphed på pakkerejser til disse rejsemål.
- 271 Kommissionen redegjorde i beslutningens betragtning 124 for, at forbrugerne ikke har nogen markedsstyrke, og at de derfor — når dette kombineres med andre markedsforhold — har vanskeligt ved at sammenligne konkurrerende produkter på grundlag af de begrænsede oplysninger, de får i rejsebrochurerne, hvilket begrænser forbrugerens mulighed for at udligne de konkurrencebegrænsende faktorer, der måtte være på udbudssiden.
- 272 Ifølge sagsøgeren viser flere markedsundersøgelser, at hovedparten af de rejsende besøger flere end et rejsebureau, inden de vælger deres rejse, og at for 85% af dem er prisen den vigtigste faktor for deres beslutning om køb. De individuelle forbrugere er således i stand til at »stemme med fødderne« og finde de billigste rejser, hvorved rejsearrangørerne tilskyndes til at fastsætte konkurrencedygtige priser.

- 273 Ifølge Kommissionen er det fejlagtigt at påstå, at forbrugerne på et marked for forbrugsgoder, såsom pakkerejsemarkedet, råder over nogen udlignende køberstyrke af betydning.
- 274 Det skal imidlertid understreges, at det forhold, at forbrugerne ikke har nogen betydelig styrke som købere på grund af deres spredning, ikke må forveksles med spørgsmålet om, hvorvidt de kan reagere på den prisstigning, som kan blive følgen af de store rejsearrangørers begrænsning af kapaciteten til et konkurrencebegrænsende niveau. Det er imidlertid ubestridt, således som sagsøgeren har gjort gældende, at forbrugerne foretager sammenligninger, inden de køber rejser. Kommissionen indrømmede i øvrigt selv i beslutningens betragtning 98, at »forbrugerne er følsomme over for relativt små forskelle i priserne på sammenlignelige ferier«.
- 275 Kommissionen synes i denne sammenhæng at have undervurderet den rolle, som de britiske forbrugere kan have, idet de kan søge at opnå de bedste priser hos de små rejsearrangører.
- 276 Det skal endvidere anføres, at det i forbindelse med det første anbringende er blevet anført, at selv om Kommissionen inden for grænserne for sit skøn konkluderede, at der skal anvendes en snæver definition af det relevante produktmarked, rejste den hverken tvivl om det forhold, at forbrugerne sætter større og større pris på pakkerejser til det fjerne udland, eller om de markedsundersøgelser, sagsøgeren påberåbte sig i sin besvarelse af meddelelsen af klagepunkter (bilag 7 til stævningen, British National Travel Survey-rapporten og Mintel *Holidays: the booking procedure*, 1997), og som fremhævede briternes tendens til at udvide det geografiske område for deres rejsemål, navnlig mod den anden atlantehavskyst. Denne omstændighed styrker sagsøgerens synspunkt om, at det er muligt, at efterspørgslen delvist vil rette sig mod andre rejsetyper, hvis priserne nærmer sig hinanden tilstrækkeligt, idet de pågældende markedsundersøgelser klart viser en tendens til en udvikling i forbrugernes smag, der på ingen måde synes være fastlåst i idéen om, at de eneste rejsemål ligger omkring Middelhavet.

d) Konklusion

- 277 På baggrund af ovenstående betragtninger skal det konkluderes, at Kommissionen ikke på korrekt vis vurderede den forudsigelige reaktion fra små rejsearrangører, potentielle konkurrenter, forbrugere og hotelejere, og at den undervurderede disse reaktioner som en modvægt, der kan hindre skabelsen af en kollektiv dominerende stilling.

5. Vurderingen af transaktionens påvirkning af konkurrencen

- 278 Kommissionen fremførte sine vurderinger af den anmeldte transaktions virkninger i beslutningens betragtning 139-147.

- 279 Kommissionen gjorde for det første (betragtning 139) gældende, at transaktionens resultat er en forøget koncentration, idet de tre største rejsearrangørers markedsandele tilsammen stiger betragteligt: 83% ifølge Kommissionens beregninger (85% ifølge Nielsen) sammenholdt med ca. 70% før fusionen (for Airtours, Thomson og Thomas Cook). Endvidere vil den fjerde (Cosmos) have under 5%, mens den udbyder, der i dag har denne plads (First Choice), har 11%. Det fremgår imidlertid af beslutningens betragtning 139-147, at Kommissionen ikke anså det forhold, at sammenlægningen af markedsandele medførte en høj procentdel (mere end 80%), for tilstrækkeligt til at godtgøre en kollektiv dominerende stilling.

- 280 Kommissionen gjorde således for det andet gældende (beslutningens betragtning 140 og 141), at fusionen medfører, at First Choice forsvinder som leverandør/distributør til de sekundære udbydere, hvilket vil marginalisere de små uafhængige, ikke-integrerede rejsearrangører endnu mere. Det skal imidlertid præciseres, at for så vidt angår undersøgelsen af sandsynligheden for, at der

skabes en kollektiv dominerende stilling, skal det ved vurderingen af transaktionens forudsigelige påvirkning af de andre konkurrenter på markedet afgøres, om disse konkurrenter er i stand til at hæmme det påståede dominerende oligopols stabilitet. Det er imidlertid blevet fastslået, at Kommissionen ikke har godtgjort, at konkurrenterne ikke vil kunne gøre dette.

281 For det tredje anførte Kommissionen (beslutningens betragtning 142-147), at transaktionen medfører en forøgelse af gennemsigtigheden og de store rejsearrangørers gensidige afhængighed. Kommissionen fandt i beslutningens betragtning 143, at det forhold, at fusionen medfører en halvering af antallet af mulige konkurrencerelationer mellem de store udbydere fra seks til tre, betydeligt forstærker den gensidige afhængighed mellem oligopolmedlemmerne, hvilket vil øge incitamentet til at begrænse kapaciteten, fordi det vil være langt mere klart for de tre oligopolselskaber, at hvis de konkurrerer med hinanden om markedsandele, vil det kun resultere i faldende profit for dem alle. Den yderligere marginalisering af nicheaktørerne gør det endnu mere sandsynligt, at det vil blive tilfældet. Kommissionen angav i betragtning 144, at halveringen af antallet af bilaterale konkurrence- og samarbejdsrelationer også vil øge gennemsigtigheden på markedet, idet det bliver lettere for en af de store udbydere at afsløre ethvert forsøg på at forrykke balancen på markedet, f.eks. ved at søge at erobre markedsandele. Den øgede gennemsigtighed øger derfor risikoen for, at forsøg på at tage markedsandele fra de andre vil resultere i et overudbud på markedet, hvilket vil resultere i lavere profit og derfor virke stik mod hensigten.

282 Kommissionen nåede derfor til den konklusion (beslutningens betragtning 147), at fusionen vil resultere i en markedsstruktur, der vil give oligopolmedlemmerne et incitament til og gøre det hensigtsmæssigt for dem at indskrænke udbuddet.

283 Det skal imidlertid bemærkes, at for så vidt angår den forudsigelige gennemsigtighed på markedet efter transaktionen er det blevet fastslået, at Kommissionen med urette fandt, at den eksisterende gennemsigtighed på dette marked var tilstrækkelig til give de store rejsearrangører mulighed for at få kendskab til

andres adfærd, at opdage eventuelle afvigelser fra den fælles adfærd og at fortolke modangrebene som sådanne. Kommissionen har imidlertid ikke godtgjort, at overgangen fra fire store rejsearrangører til tre medfører en anden situation. Selv om det er sikkert, at en vis forøget gennemsigtighed på markedet på grund af reduktionen fra seks til tre medfører en formindskelse af de bilaterale konkurrencerelationer mellem de store rejsearrangører, vil hver af de resterende tre store rejsearrangører fortsat have uændrede vanskeligheder med i rette tid at forudsige hver af de to andres intentioner og at fortolke deres afvigende adfærd som sådan.

- 284 Hvad angår vurderingen af, at transaktionen betydeligt forstærker de store rejsearrangørers gensidige afhængighed, skal det fastslås, at Kommissionen er inkonsekvent, når den samtidigt har gjort gældende, dels at det på dette marked er nødvendigt at integrere sig vertikalt for reelt at kunne være konkurrencedygtig, dels at det forhold, at alle integrerede rejsearrangører sælger chartersæder opad til de andre på markedet og sælger pakkerejser nedad til andre på markedet, har konkurrencebegrænsende virkninger, idet det forstærker deres gensidige afhængighed. Det skal imidlertid, når der ikke er bevis for det modsatte, formodes ud fra logikken i markedets funktion, at den vertikale integration forstærker hver stor rejsearrangørs uafhængighed af de andre store og dermed formindsker deres gensidige afhængighed.

- 285 På samme vis har Kommissionen ikke forklaret, hvorfor det, den opfatter som forretningsmæssige forbindelser (køb af flysæder hos de andre og salg af egne produkter også i de andre rejsebureauer), skal forklares udelukkende som stærke økonomiske bånd mellem de store udbydere (beslutningens betragtning 142) og ikke kan forklares blot med, at det er rentabelt at have disse forbindelser i den konkurrencemæssige sammenhæng, under hensyn til, at de store rejsearrangører udgør grupper, der i stort omfang er etableret på flere markeder inden for denne sektor, hvori de har interesse i at være rentable på samtlige markeder og få den størst mulige fortjeneste.

286 Beslutningen er nemlig ikke klar hvad angår de stærke økonomiske bånd mellem de store udbydere og den måde, hvorpå de forstærker de integrerede rejsearrangørers gensidige afhængighed. Kommissionen påstod i beslutningens betragtning 57, at »graden og arten af de førende udbyderes vertikale integration [og] de omfattende forretningsmæssige forbindelser og andre forbindelser mellem dem indbyrdes« er blandt de træk, der har særlig betydning for konkurrenceforholdene på det pågældende produktmarked. Beslutningen præciserede dernæst i betragtning 71 arten af de pågældende forbindelser lidt nærmere. Det er understreget, at der findes en række forretningsmæssige forbindelser mellem de integrerede selskaber, der delvist beror på deres vertikale integration nedad i form af anvendelsen af deres respektive rejsebureauer og opad på grund af, at de integrerede selskaber i et vist omfang deler flysædekapaaciteten, dels ved direkte køb fra hinanden, dels ved udveksling og omgrupperingsaftaler, hvilket giver dem mulighed for at anvende deres respektive flåder i størst muligt omfang. Kommissionen redegjorde derefter i betragtning 102-113 for en række betragtninger under overskriften »Gennemsigtighed, indbyrdes afhængighed og forretningsmæssige forbindelser«. Disse betragtninger indeholder en redegørelse for den gennemsigtighed, der er på markedet ifølge Kommissionen, som i denne forbindelse påstod, at den vertikale integration og de forretningsmæssige forbindelser mellem de største udbydere hjælper dem med at opnå præcise og opdaterede vurderinger om deres og deres konkurrenters markedsandele. Disse betragtninger giver imidlertid ikke nogen begrundelse for, at de integrerede rejsearrangører er gensidigt afhængige, og hvilken virkning de forretningsmæssige forbindelser, der skyldes den vertikale integration og markedets funktionsmåde i denne henseende, har, når der ses bort fra den øgede gennemsigtighed.

287 Kommissionen hævdede derefter i betragtning 142 i forbindelse med vurderingen af transaktionens virkning, at der allerede i dag er en vis grad af gensidig afhængighed mellem aktørerne, der skyldes de virkninger, som den samlede kapacitet, der udbydes på markedet i en sæson, har på markedsvilkårene. Kommissionen tilføjede her, at dette »skaber stærke økonomiske bånd mellem de store udbydere«. Det forklares imidlertid ikke nærmere, hvilken type økonomiske bånd der er omhandlet i dette afsnit, og beslutningen præciserer ikke, hvad der er stærke økonomiske bånd. Beslutningen synes under alle omstændigheder ikke i dette afsnit at henvise til de forretningsmæssige forbindelser, der skyldes den

vertikale integration (nemlig det forhold, at der købes flysæder af de andre og sælges rejser for de andre).

- 288 Det fremgår af ovenstående, at Kommissionen ikke vedrørende situationen forud for fusionen undersøgte, i hvilket omfang de forretningsmæssige forbindelser, der skyldes den vertikale integration og markedets funktionsmåde, forstærker de integrerede rejsearrangørers gensidige afhængighed, undtagen for at angive, at de øger den eksisterende gennemsligt på dette marked.
- 289 Når Kommissionen ikke har foretaget en analyse, der godtgør det modsatte, skal det imidlertid formodes, at det forhold, at hver integreret rejsearrangør køber flysæder og sælger sine produkter i en konkurrents selskaber, ikke under de omstændigheder, der var på det relevante marked forud for fusionen, snarere udgør et tegn på gensidighed afhængighed end på uafhængighed. Denne omstændighed forekommer blot at skyldes den normale funktion af den økonomi, hvorunder handelen foregår, og hvorunder de integrerede rejsearrangører skal forsøge bedst at drage fordel af kapaciteten og handelsmulighederne, i en sektor med meget høje faste omkostninger og små fortjenstmargener. Således som det er angivet i beslutningen, findes de integrerede rejsearrangører på tre markeder og dermed i tre forskellige forretningssektorer: sektoren for charterfly til nære rejsemål, sektoren for organisering af pakkerejser til nære rejsemål og sektoren for salg af rejser i rejsebureauer. First Choice arbejder endog inden for en fjerde sektor, nemlig sektoren for formidling af flysæder (jf. beslutningens betragtning 1). Gruppens økonomiske struktur kræver, at hver af de virksomheder, som indgår i en integreret rejsearrangør, forsøger at yde så meget som muligt.
- 290 Det skal i denne forbindelse anføres, at Kommissionen i sin vurdering af transaktionens virkning ikke synes at have taget hensyn til, hvad der er virkningen af gruppens økonomiske struktur, nemlig at maksimere indtægterne ved at maksimere det samlede udbytte i hele gruppen. Det er dog i beslutningen

anerkendt (betragtning 59), at rejsearrangørernes avancer er ret lave, omkring 7% for de senere år, og at de vertikalt integrerede rejsearrangører til gengæld normalt også tjener på deres flydrift og rejsebureauaktiviteter, og at avancerne på disse områder, især flydriften, kan være større. Det er ligeledes i beslutningen anerkendt, at »de integrerede rejsearrangørers bruttoavance på samtlige aktiviteter [således] kan være større end den, de har alene på deres rejsearrangørvirksomhed«.

- 291 Da det følger af rationel virksomhedsdrift, at der normalt tilstræbes den størst mulige synergieffekt, vil rentabiliteten inden for gruppens forskellige forretningssektorer (charter, organisering af pakkerejser og rejsebureauer) blive så meget større, som fordelene ved en vertikal integration bliver helt optimeret.

- 292 Selv om den synergieffekt, som fusionen vil medføre, ikke overstiger 1% af de samlede omkostninger i den fusionerede enhed (beslutningens betragtning 146), er der intet tegn på, at Airtours har besluttet at betale prisen (normalt højere ved en fjendtlig selskabsovertagelse) for First Choice' aktier i håb om, at denne store investering skulle tjene sig ind takket være fordelene ved en varig situation med kollektiv dominerende stilling.

- 293 På baggrund af ovenstående, og da der ikke er en mere præcis vurdering af rækkevidden af den øgede gennemsigtighed på markedet og af de store rejsearrangørers gensidige afhængighed, som transaktionen vil medføre, skal det konkluderes, at Kommissionen ikke har fastslået, at transaktionen vil medføre, at strukturen på det relevante marked ændres, således at de største udbydere ikke længere handler som tidligere, og at der skabes en situation med kollektiv dominerende stilling.

D — *Generel konklusion*

- 294 På baggrund af ovenstående skal det konkluderes, at beslutningen, hvis analyse langt fra bygger på vægtige beviser, er behæftet med en række fejlvurderinger vedrørende forhold, der er af betydning for vurderingen af en eventuel skabelse af en kollektiv dominerende stilling. Det følger heraf, at Kommissionen har forbudt transaktionen uden i tilstrækkeligt omfang at have godtgjort, at fusionen medfører en kollektiv dominerende stilling for de tre store rejsearrangører, som herefter findes, der kan udgøre en mærkbar hindring for den effektive konkurrence på det pågældende marked.
- 295 Under disse omstændigheder skal det tredje anbringende tages til følge, og beslutningen skal derfor annulleres, uden at der er behov for at behandle sagsøgerens øvrige klagepunkter og anbringender.

Sagens omkostninger

- 296 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgeren har nedlagt påstand om, at denne pålægges omkostningerne, tilpligtes Kommissionen at bære sine egne omkostninger og betale sagsøgerens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Udvidede Afdeling)

- 1) Kommissionens beslutning K(1999)3022 endelig udg. af 22. september 1999 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og med EØS-aftalen (sag IV/M.1524 — Airtours/First Choice) annulleres.
- 2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer sine egne omkostninger og betaler de af Airtours plc afholdte omkostninger.

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Vilaras

Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. juni 2002.

H. Jung
Justitssekretær

P. Lindh
Afdelingsformand

Indhold

Faktiske omstændigheder og proceduren	II-2593
Retsforhandlingerne og parternes påstande	II-2595
Realiteten	II-2597
Det første anbringende, fejlagtig definition af det relevante produktmarked og tilsidesættelse af artikel 253 EF	II-2597
A — Beslutningen	II-2597
B — Definitionen af det relevante produktmarked	II-2600
Det andet anbringende, tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og tilsidesættelse af artikel 253 EF, idet Kommissionen undersøgte denne sag i henhold til et fejlagtigt begreb for kollektiv dominerende stilling	II-2609
Det tredje anbringende, dels tilsidesættelse af artikel 2 i forordning nr. 4064/89, idet Kommissionen fastslog, at den anmeldte fusion ville skabe en kollektiv dominerende stilling, dels tilsidesættelse af artikel 253 EF	II-2611
A — Generelle betragtninger	II-2611
B — Beslutningen	II-2615
C — De fejlvurderinger, som Kommissionen påstås at have foretaget	II-2618
1. Indledende bemærkninger	II-2619
2. Konklusionen om, at fusionens gennemførelse vil tilskynde de tre sidste store rejsearrangører til ikke længere at konkurrere med hinanden	II-2620
a) Vurderingen af den konkurrence, der var mellem de største rejsearrangører	II-2620
i) Den påståede tendens til kollektiv dominans, der fandtes før gennemførelsen af den planlagte transaktion	II-2622
— Det forhold, at de store rejsearrangører går forsigtigt til værks i deres kapacitetsplanlægning og navnlig tager hensyn til de største konkurrenters vurderinger	II-2622
	II - 2695

— Vurderingen af den horisontale og vertikale integration, der har kendetegnet markedet siden offentliggørelsen af Monopolies and Mergers Commissions rapport	II-2625
ii) Vurderingen af de historiske markedsandenes ustabilitet	II-2631
iii) Konklusion vedrørende vurderingen af den konkurrence, der er mellem de største rejsearrangører	II-2634
b) Vurderingen af den hidtidige og forudsigelige udvikling af efterspørgslen, dennes svingende karakter og graden af gennemsigthed på markedet	II-2634
i) Vurderingerne af den lave vækst i efterspørgslen	II-2635
ii) Vurderingerne vedrørende udsvinget i efterspørgslen	II-2639
iii) Vurderingen af den eksisterende gennemsigthed på det relevante marked	II-2643
iv) Konklusioner vedrørende vurderingen af den hidtidige og forudsigelige udvikling i efterspørgslen, udsvinget heri og gennemsigtheden på markedet	II-2654
c) Konklusion	II-2655
3. Den utilstrækkelige karakter af de afskrækkelsesfaktorer, som Kommissionen har identificeret for at sikre den interne sammenhæng i det påståede dominerende oligopol	II-2655
4. Undervurderingen af små rejsearrangørers, potentielle konkurrenters og forbrugernes forudsigelige reaktion som tilstrækkelig modvægt til at forhindre det påståede dominerende oligopols stabilitet	II-2663
a) De nuværende konkurrenters mulige reaktion: de små rejsearrangører	II-2664
i) Indledende bemærkninger vedrørende spørgsmålet om de små rejsearrangørers størrelse	II-2664
ii) De små rejsearrangørers mulighed for at indføre yderligere kapacitet	II-2666
iii) De små rejsearrangørers adgang til flysæder	II-2670
iv) De små rejsearrangørers adgang til distributionen	II-2678
b) De potentielle konkurrenters mulige reaktion: de andre rejsearrangører	II-2682
c) Forbrugernes mulige reaktion	II-2685
d) Konklusion	II-2687
5. Vurderingen af transaktionens påvirkning af konkurrencen	II-2687
D — Generel konklusion	II-2693
Sagens omkostninger	II-2693