

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)
6 juni 2002 *

In zaak T-342/99,

Airtours plc, vertegenwoordigd door J. Swift, QC, en R. Anderson, barrister, M. Nicholson, J. Holland en A. Gomes da Silva, solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(1999)3022 def. van de Commissie van 22 september 1999 waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst onverenigbaar wordt verklaard (zaak IV/M.1524 — Airtours/First Choice), bekendgemaakt onder nummer 2000/276/EG (PB 2000, L 93, blz. 1),

* Procestaal: Engels.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas, J. D. Cooke, M. Vilaras, N. J. Forwood, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 oktober 2001,

het navolgende

Arrest

Feiten en procedure

Op 29 april 1999 heeft Airtours plc, een Britse vennootschap die voornamelijk werkzaam is als touroperator en aanbieder van pakketreizen, haar voornemen bekend gemaakt om het volledige kapitaal van een van haar concurrenten, de Britse touroperator First Choice plc, te verwerven.

- 2 Op dezelfde dag heeft Airtours deze voorgenomen concentratie overeenkomstig artikel 4 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1, gerectificeerd in PB 1990, L 257, blz. 13), laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 4064/89”), bij de Commissie aangemeld.

- 3 Bij beschikking van 3 juni 1999 heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie, wat de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt betreft, aanleiding gaf tot ernstige twijfel en heeft zij beslist om overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 een grondig onderzoek in te stellen.

- 4 Op 9 juli 1999 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 18 van verordening nr. 4064/89 verzoekster een mededeling van punten van bezwaar gezonden, waarin zij uiteenzette om welke redenen zij op het eerste gezicht van mening was dat de voorgenomen operatie zou leiden tot een collectieve machtspositie op de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen. Verzoekster heeft deze mededeling van punten van bezwaar op 25 juli 1999 beantwoord.

- 5 Op 28 en 29 juli 1999 heeft een hoorzitting voor de raadadviseur-auditeur van de Commissie plaatsgevonden overeenkomstig de artikelen 14, 15 en 16 van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1).

- 6 Op 7 september 1999 heeft verzoekster overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 een aantal verbintenissen voorgesteld om de onderkende mededingingsproblemen te verhelpen.

- 7 Op 9 september 1999 heeft het Raadgevend comité voor concentraties vergaderd en zijn advies over de concentratie en de door verzoekster voorgestelde verbintenissen uitgebracht.
- 8 Op 15 september 1999 hebben verzoeksters vertegenwoordigers en de Commissie een vergadering gehouden na afloop waarvan verzoekster een definitief voorstel voor herziene verbintenissen heeft ingediend.
- 9 Bij beschikking van 22 september 1999 (zaak IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (beschikking C(1999)3022 def., bekendgemaakt onder nummer 2000/276/EG (PB 2000, L 93, blz. 1; hierna: „beschikking”) heeft de Commissie de concentratie krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst verklaard, op grond dat zij zou leiden tot een collectieve machtspositie op de Britse markt voor buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen waardoor de mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze zou worden belemmerd. De Commissie heeft in de beschikking gepreciseerd dat de door Airtours op 7 september 1999 voorgestelde verbintenissen niet voldoende waren om te beletten dat een collectieve machtspositie zou ontstaan, en dat de op 15 september 1999 voorgestelde verbintenissen te laat waren ingediend om in dat stadium van de procedure in aanmerking te kunnen worden genomen.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 10 Op 2 december 1999 heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

- 11 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang zijn verzoekster en de Commissie uitgenodigd om een aantal documenten over te leggen en een aantal vragen schriftelijk te beantwoorden.
 - 12 Bij brieven van de Commissie van 27 juli 2001 en 3 augustus 2001 en bij brief van verzoekster van 31 augustus 2001 hebben partijen aan de door het Gerecht genomen maatregelen tot organisatie van de procesgang voldaan.
 - 13 Partijen zijn ter terechtzitting van 11 oktober 2001 gehoord in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.
 - 14 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
 - de beschikking nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
 - 15 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:
 - het beroep te verwerpen;
- II - 2596

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

Ten gronde

- 16 Tot staving van haar beroep voert verzoekster vier middelen aan. Het eerste middel betreft kennelijke beoordelingsfouten bij de afbakening van de relevante productmarkt en schending van artikel 253 EG. Het tweede middel betreft schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 en van het rechtszekerheidsbeginsel doordat de Commissie de onderhavige zaak heeft onderzocht met toepassing van een nieuw en onjuist begrip collectieve machtspositie, alsmede schending van artikel 253 EG. Het derde middel betreft schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 doordat de Commissie heeft vastgesteld dat de aangemelde concentratie tot een collectieve machtspositie zou leiden alsmede schending van artikel 253 EG. Het vierde middel betreft schending van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 en schending van het evenredigheidsbeginsel doordat de Commissie de door verzoekster voorgestelde verbintenissen niet heeft aanvaard.

Het eerste middel, betreffende een onjuiste afbakening van de relevante productmarkt en schending van artikel 253 EG

A — Beschikking

- 17 Wat de afbakening van de relevante productmarkt op het gebied van de organisatie van buitenlandse pakketreizen voor Britse consumenten betreft, die alleen door verzoekster wordt betwist, maakt de beschikking onderscheid tussen

twee afzonderlijke markten, die van pakketreizen naar verre bestemmingen (hierna: „vakantiereizen naar verre bestemmingen”) en die van pakketreizen naar nabije bestemmingen (hierna: „vakantiereizen naar nabije bestemmingen”) Dienaangaande wordt in de beschikking gepreciseerd dat de reissector als verre bestemmingen beschouwt alle bestemmingen waarvan de vluchtduur vanuit het Verenigd Koninkrijk aanzienlijk meer dan drie uur bedraagt, met uitzondering van vluchten naar de eilanden in het oosten van de Middellandse Zee of naar de Canarische Eilanden, die vier uur kunnen duren. Derhalve vallen alle vakantiebestemmingen in Europa (op het vasteland en op de eilanden) en in Noord-Afrika onder de categorie „nabije bestemmingen”, in tegenstelling tot bestemmingen in bijvoorbeeld het Caribisch gebied, Amerika of Zuidoost-Azië, waarvoor de vluchtduur aanzienlijk langer is (in het algemeen tweemaal zo lang of meer) (punten 10-13 van de beschikking).

- 18 In de punten 16 tot en met 28 van de beschikking wordt uiteengezet om welke redenen de Commissie van mening is dat de verschillen tussen de vakantiereizen naar verre bestemmingen en die naar nabije bestemmingen op het gebied van de mededinging opvallender zijn dan hun gelijkenissen, waardoor het gerechtvaardigd is om voor de beoordeling van de aangemelde concentratie uit te gaan van het bestaan van afzonderlijke markten. Die redenen zijn de volgende:

- a) in de eerste plaats de beperkte substitueerbaarheid voor de luchtvaartmaatschappijen (en dus voor de verticaal geïntegreerde touroperators) tussen lange- en kortereafstandsvluchten, gelet op de geringe mogelijkheid om dezelfde vliegtuigen voor de nabije bestemmingen en voor de verre bestemmingen te gebruiken, op de exploitatiekosten van grotere vliegtuigen ten opzichte van kleinere en op de moeilijkheden die de chartermaatschappijen (waaronder die van partijen) moeten overwinnen wanneer zij trachten om „(hun) vloot opnieuw samen te stellen volgens de capaciteit die nodig is voor de lange afstand en de korte afstand”, te weten: de noodzaak om investeringen te doen, de daarvoor benodigde tijd en de moeilijkheid om op korte termijn vliegtuigen te huren, omdat de chartermaatschappijen (waaronder die van partijen) het merendeel van hun vliegtuigen bezitten of op relatief lange termijn huren (een huurperiode van vijf jaar is gebruikelijk) teneinde de kosten te drukken, de kwaliteit op peil te houden en de continuïteit van het aanbod te garanderen (punten 16-18 van de beschikking);

- b) in de tweede plaats het feit dat er in de ogen van de eindverbruiker een aantal aanzienlijke verschillen tussen de buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen en die naar verre bestemmingen bestaan:
- ten eerste, de uitstraling of idee van vakantie: vakantiereizen naar verre bestemmingen lijken exotischer en worden dus meer op prijs gesteld door vrijgezellen en echtparen zonder kinderen; vakantiereizen naar nabije bestemmingen, zoals de mediterrane vakantieoordn, wekken meer de belangstelling van gezinnen (punt 20 van de beschikking);
 - ten tweede, de periode van het jaar om met vakantie te gaan: vakantiereizen naar verre bestemmingen zijn minder afgestemd op de behoeften van de in gezinsverband reizende Britse consumenten, de voornaamste kopers van buitenlandse pakketreizen tijdens het zomerseizoen (ongeveer van midden juli tot eind augustus), dus samenvallend met de schoolvakanties (en in bepaalde gebieden met de sluitingsdata van de ondernemingen) (punt 20 van de beschikking);
 - ten derde, de vluchtduur: een aanzienlijk langere vluchtduur kan bepaalde consumenten ervan weerhouden te kiezen voor vakantiereizen naar een verre bestemming, zelfs wanneer deze in andere opzichten vergelijkbaar zijn met vakantiereizen naar een nabije bestemming, bijvoorbeeld uit het oogpunt van weer, plaats, prijs, visum, medische vereisten enzovoort (punt 21 van de beschikking);
 - ten vierde, het ontbreken van substitueerbaarheid van prijzen tussen nabije bestemmingen en verre bestemmingen: de prijzen voor vakantie-reizen naar verre bestemmingen zijn aanzienlijk hoger en er bestaat slechts een beperkte convergentie tussen de prijzen van die vakantiereizen

en die van vakantiereizen naar nabije bestemmingen van een vergelijkbare soort. Weliswaar kunnen de prijzen van beide soorten vakantiereizen, met name tijdens bepaalde perioden van het jaar (bijvoorbeeld bij slecht weer), soms gelijk zijn of elkaar benaderen, maar deze zeer beperkte overlapping is niet voldoende om op de prijzen op de gehele markt van nabije bestemmingen te drukken, omdat de betrokken langeafstandsreizen slechts door een zeer klein deel van de consumenten als een daadwerkelijk substituuut worden beschouwd (punten 22-26 van de beschikking).

B — *De afbakening van de relevante productmarkt*

- 19 Vooraf moet erop worden gewezen dat voor de toepassing van verordening nr. 4064/89 in deze zaak de juiste afbakening van de betrokken markt een noodzakelijke voorwaarde is die voorafgaat aan de beoordeling van de mededingingsgevolgen van de aangemelde concentratie van ondernemingen (zie, in die zin, arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, zogenoemd „Kali & Salz”, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 143).
- 20 De productmarkt waarop de operatie betrekking heeft, moet worden omschreven met inachtneming van de gehele economische context, zodat de werkelijke economische macht van de betrokken onderneming of ondernemingen kan worden beoordeeld, en daartoe is het van belang om vooraf niet alleen aan de hand van de specifieke kenmerken van die producten, doch eveneens aan de hand van de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt te bepalen welke producten zonder door andere producten te kunnen worden vervangen, voldoende uitwisselbaar zijn met de door hen aangeboden producten (zie, in die zin, arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punten 10 en 13, en arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 63).

- 21 Verzoekster betwist de in de beschikking verrichte afbakening van de betrokken productmarkt. In plaats van de relevante markt te beperken tot die van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen had de Commissie de markt moeten omschrijven als die welke wordt gevormd door alle buitenlandse pakketreizen, daaronder begrepen pakketreizen naar verre bestemmingen. Verzoekster verwijt de Commissie, te zijn afgeweken van haar eerdere praktijk betreffende de afbakening van de markt van buitenlandse pakketreizen, en betoogt dat zij de substitueerbaarheid van de vraag en de substitueerbaarheid van het aanbod niet correct heeft beoordeeld. Dit gebrek in de redenering heeft tot gevolg dat de beschikking kennelijke beoordelingsfouten bevat die tot een onjuiste rechtsopvatting leiden.
- 22 Met betrekking tot de stelling van de Commissie dat er geen substitueerbaarheid van de vraag naar vakantie-reizen naar verre bestemmingen en die naar nabije bestemmingen is, betoogt verzoekster dat de argumenten van de Commissie betreffende enerzijds de uiteenlopende kenmerken van het product en anderzijds de verschillen tussen de gemiddelde prijzen van vakantie-reizen naar verre bestemmingen en naar nabije bestemmingen, onjuist zijn.
- 23 Zij verwijst in de eerste plaats naar de kenmerken van het product en betwist het standpunt van de Commissie dat vakantie-reizen naar verre bestemmingen exotischer zijn, minder geschikt zijn voor gezinnen met kinderen en een langere vluchtduur meebrengen. Zo zijn nabije bestemmingen als Turkije of Noord-Afrika „exotischer” dan verre bestemmingen als Florida en de Dominicaanse Republiek, die eerder „gezinsbestemmingen” zijn. De duur van de reis tot de plaats van verblijf kan even lang zijn voor vakantie-reizen naar nabije bestemmingen als voor vakantie-reizen naar verre bestemmingen, omdat de totale reistijd, die de check-in en de transfers omvat, en niet de vluchtduur stricto sensu beslissend is. Ten slotte voert verzoekster aan dat zowel in de sector vakantie-reizen naar verre bestemmingen als in de sector vakantie-reizen naar nabije bestemmingen door de touroperators verschillende soorten accommodatie wordt aangeboden om rekening te houden met uiteenlopende levensstijlen (bijvoorbeeld al dan niet met het gezin) en met de diversiteit van de voorkeuren (met name wat betreft het soort logies, maaltijden, activiteiten en belangstelling enz.).

- 24 In de tweede plaats voert verzoekster, met betrekking tot de prijsverschillen van vakantie-reizen, aan dat de opmerking dat de gemiddelde prijzen van vakantie-reizen naar verre bestemmingen hoger zijn dan die van vakantie-reizen naar nabije bestemmingen, niet relevant is wanneer het, zoals in casu, om zeer gedifferentieerde producten gaat. Verzoekster wijst eveneens op het bestaan van prijsconvergentie tussen de twee soorten vakantie-reizen; sommige vluchten naar nabije bestemmingen kosten immers bijna evenveel als bepaalde vluchten naar verre bestemmingen.
- 25 Het Gerecht stelt vast dat uit de stukken blijkt dat de Commissie op grond van de voorkeuren van de consumenten, de gemiddelde duur van de vluchten, de gemiddelde prijsniveaus en de beperkte onderlinge verwisselbaarheid van de voor elk soort bestemming gebruikte vliegtuigen tot de slotsom is gekomen dat vakantie-reizen naar nabije bestemmingen tot een andere markt behoren dan vakantie-reizen naar verre bestemmingen. Zij is tot die slotsom gekomen zonder te betwisten dat buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen bij de consumenten steeds meer in trek zijn, en dat er blijkens de door verzoekster in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar genoemde marktonderzoeken (zie British National Travel Survey, 1998, volume 4, en *The 1998 Holiday Market*, en Mintel, „*Holidays: The booking procedure*, 1997”) bij de Britten een tendens bestaat om de geografische horizon van hun vakantie-reizen te verleggen met name naar de overkant van de Atlantische oceaan. Zij heeft evenmin betwist dat enerzijds een aanzienlijk deel (36 %) van de vakantiegangers die tijdens de afgelopen vijf jaar vakantie-reizen naar nabije bestemmingen hebben gemaakt, tijdens die periode eveneens vakantie-reizen naar verre bestemmingen hebben gemaakt, en anderzijds een veel groter aantal vakantiegangers (62 %) „zeer” of „tamelijk” geneigd is om dat in de komende vijf jaar te doen, zoals verzoekster in tabel 2.4 van haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft vermeld.
- 26 Derhalve moet worden onderzocht of de Commissie een kennelijke beoordelings-fout heeft begaan door te oordelen dat die elementen een rechtvaardiging vormden voor een nauwe omschrijving van de relevante productmarkt, waarvan vakantie-reizen naar verre bestemmingen, die haars inziens niet voldoende uitwisselbaar zijn met vakantie-reizen naar nabije bestemmingen, worden uitgesloten.

- 27 In de eerste plaats heeft de Commissie met betrekking tot de gemiddelde vluchtduur beklemtoond, zonder door verzoekster op dit punt te zijn weersproken, dat tussen de gemiddelde vluchtduur naar verre bestemmingen, die meer dan acht uur bedraagt, en de vluchtduur naar nabije bestemmingen, die meestal minder dan drie uur bedraagt (vluchten vanuit het Verenigd Koninkrijk naar de eilanden in het oosten van de Middellandse zee of naar de Canarische eilanden kunnen ongeveer vier uur duren), aanzienlijk verschillen. Verzoekster stelt dat het in de praktijk in de ogen van de consumenten niet van belang is, hoe lang de vlucht duurt, maar wel hoe lang de reis vanuit de stad van herkomst naar het hotel van bestemming in totaal duurt. Zij kan dit argument evenwel niet aanvoeren om het onbetwistbare verschil tussen de gemiddelde vluchtduur, gemiddeld drie uur voor vluchten naar nabije bestemmingen en gemiddeld acht uur voor vluchten naar verre bestemmingen, te relativiseren, omdat de duur van de transfer van het vliegveld naar het hotel in feite ook kan variëren ongeacht de bestemming.
- 28 In de tweede plaats heeft de Commissie met betrekking tot het belang dat moet worden gehecht aan de verkoopprijzen van de twee soorten vakantie-reizen en aan de invloed daarvan op de consumenten, geoordeeld dat er tussen de gemiddelde prijs van vakantie-reizen naar verre bestemmingen en die van vakantie-reizen naar nabije bestemmingen zodanige verschillen bestaan dat de afbakening van afzonderlijke markten gerechtvaardigd is. In dit verband moet erop worden gewezen dat de Commissie erkent dat er sprake is van een zekere mate van convergentie tussen de prijzen van de twee soorten vakantie-reizen. Volgens haar is die convergentie evenwel onvoldoende om aan te nemen dat de twee producten substitueerbaar zijn of dat de prijzen van het ene product de prijzen van het andere product kunnen beïnvloeden.
- 29 In punt 23 van de beschikking zet de Commissie uiteen, om welke redenen zij heeft gemeend dat er, wat de prijzen tussen de twee soorten vakantie-reizen betreft, geen substitueerbaarheid is. Volgens de informatie die verzoekster in bijlage 1 a bij het antwoord van 29 juni 1999 op het inlichtingenverzoek van de Commissie heeft verstrekt, zijn de prijzen die de consument voor vakanties naar verre bestemmingen in rekening worden gebracht, namelijk aanzienlijk hoger.

- 30 De Commissie heeft namelijk vastgesteld dat er tussen de gemiddelde „catalogusprijs” van vakanties naar verre bestemmingen voor de zomer van 1998 en die van vakantie-reizen naar nabije bestemmingen een verschil van meer dan 100 % bestond. Verder heeft zij het probleem ook bekeken door vergelijking van gelijksoortige pakketreizen (veertien nachten, drie sterren, maaltijden niet inbegrepen) naar Florida en naar Spanje en daarbij vastgesteld dat laatstgenoemde reizen gemiddeld ongeveer de helft van de prijs van de eerstgenoemde kosten. Een analoge vergelijking tussen Florida en Griekenland of de Canarische Eilanden leverde ongeveer dezelfde resultaten op (namelijk een verschil van ongeveer 30 tot 40 % voor logies met maaltijden). De beschikking geeft gedetailleerde voorbeelden van prijsvergelijkingen betreffende een aantal in de brochures van Airtours aangeboden nabije en verre toeristische bestemmingen, die belangrijke prijsverschillen tussen de twee soorten bestemmingen aan het licht brengen.
- 31 Verzoekster betwist de relevantie van gemiddelde prijzen als vergelijkings-elementen voor de invloed van de prijs op de beslissingen van consumenten over duidelijk uiteenlopende producten. Haars inziens is het voor het afbakenen van de betrokken productmarkt van belang, hoe „klanten in de marge” zich gedragen, en of zij bereid zijn om vakantie-reizen naar verre bestemmingen te vervangen door vakantie-reizen naar nabije bestemmingen wanneer de prijs van laatstgenoemde reizen zou stijgen. De Commissie erkent dat de gemiddelde prijzen niet noodzakelijkerwijze de prijzen in de marge laten zien, maar is van mening dat wanneer, zoals in casu, de verschillen op dit punt groot zijn, het weinig waarschijnlijk is dat er een voldoende aanbod van daadwerkelijk vergelijkbare vakantie-reizen naar verre bestemmingen tegen ongeveer dezelfde prijzen is, opdat de prijzen ervan zouden drukken op de prijzen van vakantie-reizen naar nabije bestemmingen, aangezien de betrokken vakantie-reizen naar verre bestemmingen slechts door een zeer klein gedeelte van de klanten als een daadwerkelijk substituut zullen worden beschouwd.
- 32 Derhalve moet worden onderzocht of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan met betrekking tot het belang van de marge, dat wil zeggen het aantal klanten dat bereid is bij een stijging van de prijzen van vakantie-reizen naar nabije bestemmingen te reageren door vakantie-reizen naar verre bestemmingen te kopen, in verhouding tot het totale aantal klanten van de touroperators dat gewoonlijk vakantie-reizen naar nabije bestemmingen koopt.

- 33 Dienaangaande moet er vooraf op worden gewezen dat tussen partijen vaststaat dat de Britse consumenten van buitenlandse pakketreizen in het algemeen zeer gevoelig zijn voor de prijzen van deze producten.
- 34 Het standpunt van de Commissie is uiteengezet in punt 24 van de beschikking. Daarin heeft zij verklaard: „De prijzen van bepaalde vakantiereizen naar een aantal verre bestemmingen komen, vooral tijdens bepaalde perioden van het jaar (bijvoorbeeld wanneer slecht weer wordt verwacht), overeen met of benaderen de prijzen van de dichtbijgelegen bestemmingen die zich aan de top van de prijs/kwaliteitsschaal bevinden (zomerhoogseizoen, logies van betere kwaliteit).” Zij voegt daaraan evenwel toe: „Deze zeer beperkte overlapping zal echter niet voldoende zijn om de prijzen op de gehele markt van de korte afstand in te perken, aangezien de betrokken langeafstandsreizen slechts door een zeer klein deel van de consumenten — op basis van de prijs of wegens andere redenen — als een daadwerkelijk substituut zullen worden beschouwd.”
- 35 Ter ondersteuning van deze beoordeling heeft de Commissie in punt 25 van de beschikking beklamtoond dat geen van de langeafstandsreizen die verzoekster in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft genoemd (tabel 2.6) tot staving van haar standpunt over de convergentie van de prijzen, zich in dezelfde prijsklasse bevond als die welke zij eerder had verstrekt.
- 36 Uit het onderzoek van de bijlagen 1 a en 2 bij de brief van 29 juni 1999 waarbij verzoekster heeft geantwoord op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie van 15 en 21 juni 1999 (documenten door de Commissie overgelegd in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang, zie bijlage 6 b/7 b bij de eerste overlegging van documenten van de Commissie), blijkt immers dat de Commissie terecht heeft verklaard dat de verschillen tussen de gemiddelde prijzen aanmerkelijk zijn, vooral wanneer zij binnen eenzelfde seizoen (zomer of winter) met elkaar worden vergeleken. Bijlage 1 a toont daadwerkelijk aan dat voor de zomerseizoenen 1996, 1997 en 1998 de gemiddelde prijzen in pond sterling

(GBP) per week voor vakantiereizen naar nabije bestemmingen respectievelijk 354, 378 en 369 GBP bedroegen, terwijl de dienovereenkomstige cijfers voor vakantiereizen naar verre bestemmingen 676, 757, en 781 GBP waren.

- 37 Bovendien blijkt uit het onderzoek van deze documenten dat het oordeel van de Commissie in punt 25 van de beschikking gegrond is. In bijlage 2 bij de brief van 29 juni 1999 had verzoekster immers, wat de nabije bestemmingen betreft, verklaard dat typische vakanties, bijvoorbeeld een week in een driesterrenhotel met halfpension op Mallorca in juli of augustus 2000, 485 GBP kostten. Deze bedragen zijn aanmerkelijk lager dan die in tabel 2.6 op blz. 21 van het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar waarvan melding wordt gemaakt in punt 25 van de beschikking. Alleen de prijzen van vakantiereizen die werden aangeboden voor de maand december 1999 naar Jamaica (699 GBP), Mexico (649 GBP) en Sri Lanka (699 GBP) benaderen de voor de zomerperiode 2000 geldende gemiddelde bedragen voor nabije bestemmingen.
- 38 Ook de door verzoekster overgelegde documenten gaan in de richting van het standpunt van de Commissie. Immers, zoals in punt 26 van de beschikking staat te lezen, blijkt uit de door verzoekster op de hoorzitting gepresenteerde poster van door BA Holidays aangeboden pakketreizen naar verre bestemmingen (zie punt 26 van de beschikking, voetnoot 23) dat vier bestemmingen tegen zeer concurrerende prijzen worden aangeboden: Barbados (399 GBP), Tobago (499 GBP), Grenada (529 GBP) en Santa Lucia (799 GBP). Zoals de Commissie beklemtoont, waren evenwel alleen in de pakketreis naar Santa Lucia de maaltijden inbegrepen, en omvatten de overige pakketreizen slechts het logies en de vlucht. Bovendien gaat het om laagseizoenprijzen die gelden voor de maanden september en oktober 1999.
- 39 Daaraan moet worden toegevoegd dat verzoekster in haar antwoord van 29 juni 1999 op de verzoeken van de Commissie van 15 en 21 juni 1999 als voorbeeld van een door haar aangeboden typisch product heeft genoemd een zomervakantie op Mallorca in een driesterrenhotel, waarvan van de kosten ongeveer 485 GBP zonder de toeslag voor de vlucht bedragen.

- 40 Bovendien heeft verzoekster ter terechtzitting toegegeven dat zij voor vakantie-
reizen naar nabije bestemmingen een andere catalogus publiceert dan voor
vakantiereizen naar verre bestemmingen.
- 41 In die omstandigheden kan de stelling van de Commissie dat slechts een klein
gedeelte van de klanten van de voornaamste Britse touroperators meent dat
vakantiereizen naar verre bestemmingen in termen van kwaliteit/prijs („value for
money”) een substituut kunnen vormen voor vakantiereizen naar nabije
bestemmingen, niet als kennelijk onjuist worden beschouwd.
- 42 Deze gevolgtrekking wordt niet ontkracht door de andere door verzoekster
aangevoerde argumenten.
- 43 Verzoekster stelt dat volgens onderzoeken die binnen de betrokken sector zijn
verricht, de vakantiereizen naar verre bestemmingen tot de hoofdtrend behoren.
Zij citeert in het bijzonder de publicatie *Holidays: The Booking procedure* van
Mintel, waarin wordt verklaard: „De langeafstandsreizen zijn tot de markt van de
hoofdvakanties gaan behoren. Er bestaat een verlangen om verder te reizen en de
wereld buiten Europa te zien, en daarom is de factor prijs noodzakelijkerwijze
een sleutelelement geworden in de keuze van de consument”. Bovendien had de
Commissie rekening moeten houden met de tijdens haar onderzoek afgelegde
verklaringen van derden-touroperators, die eveneens beklemtonen dat vakantie-
reizen naar verre bestemmingen steeds vaker een substituut vormen voor die naar
nabije bestemmingen.
- 44 Toch is, in de omstandigheden van het onderhavige geval, wat de afbakening van
de markt betreft, het feit dat de Commissie geen beslissend belang heeft gehecht
aan de evolutie van de smaak van de consumenten, aan het groeiende gewicht van
de substitutie van vakantiereizen naar nabije bestemmingen door vakantiereizen
naar verre bestemmingen, zoals Florida en de Dominicaanse Republiek, en ten

slotte aan de groei van de markt van vakantiereizen naar verre bestemmingen in de afgelopen jaren, niet voldoende om tot de slotsom te komen dat de Commissie de grenzen van haar beoordelingsvrijheid heeft overschreden door te oordelen dat pakketreizen naar nabije bestemmingen niet tot dezelfde productmarkt behoren als pakketreizen naar verre bestemmingen.

- 45 Wat in de derde plaats verzoeksters betoog betreffende de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de onderlinge uitwisselbaarheid van vliegtuigen voor de lange afstand en vliegtuigen voor de korte afstand betreft, kan aan de Commissie niet worden verweten dat zij van oordeel was dat de vaststelling van het feit dat bepaalde polyvalente vliegtuigen, zoals de Boeiing 757, in zekere mate zowel voor verre als voor nabije bestemmingen kunnen worden gebruikt, gelet op de andere geconstateerde elementen betreffende de substitueerbaarheid van het product vanuit het oogpunt van de vraag, niet voldoende doorslaggevend is om haar ertoe te brengen voor een ruimere afbakening van de markt te kiezen. In dat verband moet, zoals verzoekster zelf heeft gedaan, worden verwezen naar punt 13 van de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5). Dit punt luidt:

„Vanuit economisch standpunt is voor de bepaling van de relevante markt substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en daadwerkelijke disciplinerende factor voor de aanbieders van een bepaald product, inzonderheid met betrekking tot hun prijsbeleid.”

- 46 Ten slotte, kan verzoekster zich niet met succes beroepen op een gebrekkige motivering met betrekking tot de afbakening van de relevante markt.
- 47 De Commissie heeft een aanzienlijk gedeelte van de beschikking (punten 5-28) gewijd aan de uiteenzetting van de redenen waarom zij van mening was dat de relevante markt beperkt is tot die van vakantiereizen naar nabije bestemmingen.

Uit de beschikking blijkt aldus duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van de Commissie met betrekking tot de afbakening van de relevante markt, zodat de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen en de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen (arrest Hof van 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 15).

48 Hieruit volgt dat het eerste middel moet worden afgewezen.

Het tweede middel, betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89, schending van het rechtszekerheidsbeginsel en schending van artikel 253 EG doordat de Commissie bij het onderzoek van het onderhavige geval een onjuist begrip collectieve machtspositie heeft toegepast

49 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij voor de beschikking is uitgegaan van een nieuw en onjuist begrip „collectieve machtspositie”, dat in grote lijnen is beschreven in de punten 51 tot en met 56 van de beschikking, en daarbij is afgeweken van haar eerdere beslissingspraktijk, van de communautaire rechtspraak en van economische beginselen van gezond verstand, en tevens artikel 2 van verordening nr. 4064/89 heeft geschonden. Door aldus te handelen heeft de Commissie bovendien inbreuk gemaakt op het rechtszekerheidsbeginsel en op artikel 253 EG, doordat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd.

50 De Commissie ontkent dat zij een nieuwe benadering heeft gekozen, en betoogt dat zij het criterium van de collectieve machtspositie heeft toegepast, dat zij reeds in eerdere zaken heeft gebruikt en dat het Gerecht in zijn arrest van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, Jurispr. blz. II-753), heeft goedgekeurd.

- 51 Opgemerkt zij dat de genoemde punten van de beschikking (51-56) deel uitmaken van punt V A van de beschikking, waarin de Commissie alleen bij wijze van inleiding en synthetisch uiteenzet om welke redenen zij tot de slotsom is gekomen dat de aangemelde concentratie tot een machtspositie zou leiden, en waarin zij een algemeen antwoord geeft op de opmerkingen die verzoekster tijdens de administratieve procedure over bepaalde kenmerkende elementen van een situatie van collectieve machtspositie heeft gemaakt.
- 52 In dit inleidende hoofdstuk van de juridische analyse van de aangemelde concentratie schetst de Commissie slechts in grote lijnen haar beoordeling van de gevolgen van de operatie, die vervolgens in detail worden uiteengezet en uitgewerkt in de punten 57 tot en met 180 van de beschikking.
- 53 Aangezien de beschikking een toepassing van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 op een bepaalde concentratie vormt, moet het Gerecht zich bij de toetsing van de wettigheid van een dergelijke beschikking houden aan het standpunt van de Commissie over de aangemelde concentratie, dat wil zeggen het moet onderzoeken op welke manier het recht op de feiten is toegepast, en zich uitspreken over de gegrondheid van het oordeel van de Commissie over de gevolgen van de aangemelde concentratie voor de mededinging. In casu zijn de bijzondere beoordelingen betreffende de invloed van de operatie op de mededinging, op grond waarvan de Commissie tot de bevinding is gekomen dat de concentratie diende te worden verboden, uiteengezet en ontwikkeld in de punten 57 tot en met 180 van de beschikking en door verzoekster in het kader van haar derde middel betwist.
- 54 Allereerst moet dus worden onderzocht of de door verzoekster in het kader van het derde middel aangevoerde argumenten gegrond zijn en daarbij moet rekening worden gehouden met haar argumenten betreffende de algemene beoordelingen van de Commissie in de punten 51 tot en met 56 van de beschikking.

Het derde middel, betreffende enerzijds schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 doordat de Commissie heeft vastgesteld dat de aangemelde concentratie tot een collectieve machtspositie zal leiden, en anderzijds schending van artikel 253 EG

55 Met dit middel wil verzoekster aantonen dat de Commissie een beoordelingsfout heeft begaan door te beslissen dat de voorgenomen operatie moet worden verboden. Volgens haar blijkt uit de beschikking niet rechtens voldoende dat de operatie zal leiden tot een collectieve machtspositie op de betrokken markt waardoor de mededinging op significante wijze wordt belemmerd. Door de operatie te verbieden heeft de Commissie dus artikel 2 van verordening nr. 4064/89 geschonden.

A — Algemene overwegingen

56 Volgens artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89 moeten concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, verenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

57 Volgens artikel 2, lid 3, van de verordening moeten concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, onverenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

58 Wanneer de Commissie in het kader van de toepassing van verordening nr. 4064/89 een eventuele collectieve machtspositie onderzoekt, moet zij

uitmaken of het in het leven roepen of de versterking van een dergelijke positie waardoor de daadwerkelijke mededinging op de markt op significante en duurzame wijze wordt belemmerd, het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de concentratie (zie, in die zin, arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 94). Wanneer er geen sprake is van een aanzienlijke wijziging van de bestaande mededinging moet de operatie worden goedgekeurd (zie, in die zin, arresten Gerecht van 19 mei 1994, *Air France/Commissie*, T-2/93, *Jurispr.* blz. II-323, punten 78 en 79, en *Gencor/Commissie*, reeds aangehaald, punten 170, 180 en 193).

- 59 Uit de rechtspraak volgt dat „wanneer een collectieve machtspositie aan de orde is, de Commissie [...] op basis van een prospectief onderzoek van de referentiemarkt dient te oordelen, of de aangemelde concentratie leidt tot een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande banden, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de verbruikers kunnen handelen” (arresten *Kali & Salz*, reeds aangehaald, punt 221, en *Gencor/Commissie*, reeds aangehaald, punt 163).
- 60 Het Gerecht heeft geoordeeld dat er „[...] juridisch noch economisch enige reden (is) om de relatie van onderlinge afhankelijkheid van de leden van een hecht oligopolie — waarbinnen zij op een markt met de desbetreffende kenmerken, waaronder concentratie van de markt, transparantie en producthomogeniteit, hun wederzijdse gedragingen kunnen voorzien en er dus sterk toe worden aangezet hun gedragingen op de markt onderling af te stemmen om aldus, via beperking van de productie in de hoop daarmee de prijs op te drijven, met name hun gezamenlijke winst te vergroten — van het begrip economische band uit te sluiten. In een dergelijke situatie van een hecht monopolie beseft elke marktdeelnemer dat indien hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten (bijvoorbeeld door de prijs te verlagen), anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren. Alle marktdeelnemers zouden dan van de prijsdaling te lijden hebben” (arrest *Gencor/Commissie*, reeds aangehaald, punt 276).

- 61 Een collectieve machtspositie die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan aanzienlijk belemmert, kan dus het gevolg zijn van een concentratie wanneer deze, rekening houdend met de kenmerken van de betrokken markt en met de wijziging die de totstandkoming van de operatie in de structuur ervan aanbrengt, ertoe leidt dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich bewust wordt van de gemeenschappelijke belangen, en het mogelijk, economisch rationeel en dus verkieselijk vindt om duurzaam één front te vormen op de markt met het doel om boven concurrerende prijzen te verkopen zonder een overeenkomst te moeten sluiten of zijn toevlucht te moeten nemen tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 EG (zie, in die zin, arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 277), en zonder dat de daadwerkelijke of potentiële concurrenten dan wel de cliënten en de consumenten hierop doeltreffend kunnen reageren.
- 62 Zoals verzoekster heeft gesteld en de Commissie in haar memories heeft erkend, moet aan drie voorwaarden worden voldaan voor het ontstaan van een aldus beschreven situatie van collectieve machtspositie:
- in de eerste plaats moet elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kunnen kennen teneinde na te gaan of zij één front vormen. Zoals de Commissie uitdrukkelijk erkent, volstaat het niet dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich ervan bewust is dat allen voordeel kunnen halen uit onderling afhankelijk marktgedrag, maar moet hij ook over een middel beschikken om te weten of de andere marktdeelnemers dezelfde strategie volgen en handhaven. De markt moet dus voldoende doorzichtig zijn om elk lid van de oligopolide machtspositie in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen;
 - in de tweede plaats is het noodzakelijk dat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd, dat wil zeggen er moet een

stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken. Zoals de Commissie opmerkt, kunnen de leden van de oligopolide machtspositie daarvan slechts profiteren wanneer zij zich parallel blijven gedragen. Deze voorwaarde omvat dus het begrip vergeldingsmaatregelen in geval van een gedraging die van de gemeenschappelijke lijn afwijkt. Partijen zijn het erover eens dat een situatie van collectieve machtspositie slechts levensvatbaar is wanneer er sprake is van voldoende factoren met afschrikkende werking om duurzaam een stimulans te vormen om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, wat betekent dat elk lid van de oligopolide machtspositie moet beseffen dat, wanneer hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten, anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren (zie, in die zin, arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 276).

- in de derde plaats moet de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie rechtens voldoende aan te tonen, ook bewijzen dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten die van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt.

63 De prospectieve analyse die de Commissie met betrekking tot een collectieve machtspositie in het kader van de controle van concentraties moet maken, vereist een nauwgezet onderzoek van met name de omstandigheden die in het concrete geval relevant blijken te zijn voor de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de referentiemarkt (arrest Kali & Salz, reeds aangehaald, punt 222). Immers, zoals de Commissie zelf in punt 104 van haar beschikking van 20 mei 1998, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (zaak IV/M.1016) (PB 1999, L 50, blz. 27), heeft beklemtoond, blijkt uit het arrest Kali & Salz ook dat, wanneer de Commissie van mening is dat een operatie moet worden verboden omdat zij tot een collectieve machtspositie zal leiden, op haar een zware bewijslast rust. Die bewijslast betreft met name de elementen die een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de eventuele totstandkoming van een collectieve machtspositie, zoals het ontbreken van daadwerkelijke mededinging tussen de marktdeelnemers die als leden van de oligopolide machtspositie worden beschouwd, en de geringe concurrentiedruk die eventueel door de andere marktdeelnemers kan worden uitgeoefend.

- 64 Bovendien moet erop worden gewezen dat de basisregels van verordening nr. 4064/89, en in het bijzonder artikel 2 ervan, de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid verlenen, met name wat de economische beoordelingen betreft, en dat bijgevolg de gemeenschapsrechter bij de toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening moet houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge (arresten Kali & Salz, reeds aangehaald, punten 223 en 224, en Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punten 164 en 165).
- 65 In het licht van het voorgaande moet dus de gegrondheid worden onderzocht van de grieven waarmee verzoekster poogt aan te tonen dat de Commissie een beoordelingsfout heeft begaan door te oordelen dat de voorwaarden of de kenmerkende elementen van een collectieve machtspositie vervuld of aanwezig zullen zijn wanneer de aangemelde operatie wordt toegestaan.

B — Beschikking

- 66 De beschikking (zie punten 72 en 75) maakt onderscheid tussen twee soorten aanbieders op de betrokken markt, de grote touroperators enerzijds en de secundaire of kleine touroperators anderzijds:
- de grote touroperators worden gekenmerkt door hun betrekkelijk grote omvang, hun marktaandeel van meer dan 10 % (volgens de gegevens van de Commissie heeft Thomson een marktaandeel van 27 %, Airtours 21 %, Thomas Cook 20 % en First Choice 11 %, dus samen 79 %; volgens de gegevens van Airtours heeft Thomson een marktaandeel van 30,7 %, Thomas Cook 20,4 %, Airtours 19,4 % en First Choice 15 %, dus samen 85,5 %), en door het feit dat zij allen opwaarts (exploitatie van chartermaatschappijen) en neerwaarts (reisbureaus) zijn geïntegreerd;

- de secundaire touroperators hebben een veel kleinere omvang; geen van hen bezit een marktaandeel van meer dan 5 % en zij beschikken in het algemeen niet over hun eigen chartermaatschappijen en hun eigen reisbureaus. Behalve Cosmos (dat een uitzondering vormt op het ontbreken van verticale integratie bij secundaire touroperators, omdat het een band heeft met Monarch, een van de voornaamste chartermaatschappijen van het Verenigd Koninkrijk), Manos en Kosmar, die de vijfde, zesde en zevende touroperator zijn en respectievelijk een marktaandeel van 2,9 %, 1,7 % en 1,7 % bezitten, bestaan er enkele honderden concurrerende kleine touroperators, maar geen van hen heeft een marktaandeel van meer dan 1 %.

67 Uit de beschikking blijkt (zie de samenvatting van de beoordeling van de Commissie in de punten 168-172 van de beschikking) dat de Commissie van mening is dat de totstandkoming van de voorgenomen operatie tot een machtspositie op de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen zou leiden, die tot gevolg zou hebben dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze wordt belemmerd in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89, en wel om de volgende redenen:

- de totstandkoming van de voorgenomen operatie zou de mededinging tussen de na de concentratie overblijvende drie grote touroperators (de combinatie Airtours/First Choice, Thomson en Thomas Cook) uitschakelen; zij zouden niet meer worden aangezet tot onderlinge concurrentie wegens de structurele kenmerken en de werking van de markt, die afhangt van capaciteitsbeslissingen, en wegens de sterke mate van concentratie (80 % voor de laatste drie grote touroperators wanneer de concentratie plaatsvindt) (beschikking, punt 169);
- de operatie zal de mate van doorzichtigheid en de reeds bestaande onderlinge afhankelijkheid vergroten, zodat de drie laatste grote touroperators er alle belang zullen hebben zich parallel te gaan gedragen met betrekking tot de

vaststelling van het aantal op de markt aangeboden pakketreizen, door de capaciteit meer te beperken dan de marktontwikkeling vereist (beschikking, punt 170);

- het onderzoek van de mededinging in het verleden versterkt deze conclusie, omdat daaruit blijkt dat de betrokken markt reeds een zekere tendens naar collectieve overheersing vertoonde (beschikking, punten 129-138);

- er zouden factoren met een afschrikkende werking of vergeldingsmogelijkheden bestaan omdat, wanneer een van de overblijvende drie grote touroperators zou besluiten om zijn capaciteit niet te beperken, de twee andere zouden dreigen om hetzelfde te doen, hetgeen een situatie van „overaanbod” met ernstige financiële consequenties voor elk van deze marktdeelnemers zou doen ontstaan (beschikking, punt 170);

- de kleine touroperators en de nieuwe marktdeelnemers, dat wil zeggen de bestaande en de potentiële concurrenten, zouden door de totstandkoming van de operatie nog meer worden gemarginaliseerd, want zij zouden First Choice als leverancier van zitplaatscapaciteit op vliegtuigen en als potentieel distributiekanaal verliezen; in elk geval zouden deze marktdeelnemers niet over de mogelijkheid beschikken om eventuele capaciteitsbeperkingen van de laatste drie grote touroperators te compenseren (beschikking, punt 171).

⁶⁸ Met betrekking tot de gevolgen van de operatie voor de daadwerkelijke concurrentie heeft de Commissie gemeend dat door de beperking van de totale op de markt aangeboden capaciteit die markt krap blijft, waardoor de prijzen en de winsten van de leden van de oligopolide machtspositie zullen stijgen (zie, met name, punten 56 en 168 in fine van de beschikking).

C — De vermeende beoordelingsfouten van de Commissie

- ⁶⁹ Anders dan de Commissie stelt verzoekster dat de in de beschikking genoemde elementen ter kenmerking van de situatie van collectieve machtspositie op het tijdstip van de aanmelding niet bestonden en in geval van totstandkoming van de operatie geen rol zullen spelen.
- ⁷⁰ Meer in het bijzonder betoogt verzoekster in de eerste plaats dat de Commissie rehtens niet voldoende heeft aangetoond dat, gelet op de kenmerken van de betrokken markt, de totstandkoming van de operatie de laatste drie grote touroperators ertoe zal aanzetten om onderling niet meer te concurreren.
- ⁷¹ In de tweede plaats voert zij aan dat, gesteld dat een dergelijke stimulans reëel is, het ontbreken van factoren met een afschrikkende werking of van mogelijkheden tot passende vergeldingsmaatregelen de totstandkoming van de vermeende oligopolide machtspositie zou verhinderen.
- ⁷² In de derde plaats en in elk geval zouden de kleine touroperators en de nieuwkomers, dat wil zeggen de huidige en de potentiële concurrenten, de eventuele capaciteitsbeperkingen betwisten en zouden de consumenten daarop reageren, zodat de concentratie de laatste drie grote touroperators niet de macht zou verlenen om gezamenlijk in sterke mate onafhankelijk van de andere concurrenten en de consumenten te handelen.
- ⁷³ Ten slotte betoogt verzoekster dat de Commissie een fout heeft begaan bij de beoordeling van de invloed van de operatie op de mededinging binnen de betrokken markt.

1. Voorafgaande opmerkingen

- 74 Verzoekster stelt om te beginnen dat de natuurlijke tendens van de betrokken marktdeelnemers om hun capaciteit behoedzaam vast te stellen, hen geenszins heeft verhinderd om in het verleden onderling te concurreren, en dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de voorgenomen concentratie tot verdwijning van deze mededinging zou leiden wegens de totstandkoming van een collectieve machtspositie van de laatste drie grote touroperators.
- 75 De beschikking is bijzonder elliptisch met betrekking tot de kwalificatie van de op het moment van de aanmelding bestaande mededingingssituatie. Vaststaat evenwel dat de Commissie tot de slotsom is gekomen dat de voorgenomen operatie zou leiden tot het ontstaan van een machtspositie en niet tot versterking ervan. (beschikking, punt 194). In haar memories heeft de Commissie bevestigd dat zij niet beweert dat er op het moment van de aanmelding een oligopolide machtspositie bestond en dat het gaat om het ontstaan en niet om een versterking van een collectieve machtspositie. Zij betwist dus niet dat de voornaamste touroperators het niet mogelijk en niet rendabel hebben gevonden om vóór de voorgenomen operatie hun capaciteit te beperken teneinde hun prijzen en inkomsten te verhogen.
- 76 Hieruit volgt dat het Gerecht in casu bij zijn onderzoek moet uitgaan van een situatie waarin, volgens de Commissie zelf, de vier grote touroperators niet de macht hebben om één front te vormen op de markt en zich tegenover hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten dus niet als een enkele eenheid voordoen, en waarin zij derhalve niet de aan een collectieve machtspositie verbonden macht bezitten.
- 77 In die omstandigheden dient de Commissie te bewijzen dat, gelet op de kenmerken van de markt voor de organisatie van pakketreizen naar nabije bestemmingen voor de Britten en rekening houdend met de aangemelde operatie,

de goedkeuring ervan zou hebben geleid tot het ontstaan van een collectieve, de mededinging beperkende machtspositie, omdat Airtours/First Choice, Thomson en Thomas Cook de tevoren door hen niet bezeten macht zouden krijgen om één front te vormen op de markt door hun capaciteit vast te stellen op een lager niveau dan normaal is op een concurrerende markt, die reeds door een zekere behoedzaamheid inzake capaciteit wordt gekenmerkt.

- 78 In het licht van die overwegingen moeten de door verzoekster in casu aangevoerde grieven en argumenten dus worden onderzocht.

2. De gevolgtrekking dat de totstandkoming van de concentratie de laatste drie grote touroperators ertoe zou aanzetten om onderling niet meer te concurreren

- 79 Volgens verzoekster is de gevolgtrekking dat de totstandkoming van de concentratie de laatste drie grote touroperators ertoe zou aanzetten om onderling niet meer te concurreren onjuist, omdat de Commissie enerzijds niet naar behoren rekening heeft gehouden met de tussen de voornaamste touroperators op het moment van de aanmelding bestaande mededinging, en anderzijds fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de marktkenmerken op grond waarvan is aangenomen dat er een collectieve machtspositie op de markt zou ontstaan, te weten met name de voorbije en te verwachten ontwikkeling van de vraag, de veranderlijkheid ervan en de mate van doorzichtigheid van de markt.

a) De beoordeling van de tussen de voornaamste touroperators bestaande mededinging

- 80 Verzoekster stelt dat de analyse van de vóór de aanmelding bestaande mededinging (zogenoemd: „concurrentie in het verleden”) in de onderhavige zaak een fundamentele rol speelt, omdat de voornaamste door de Commissie

genoemde stimulansen, namelijk vermeende capaciteitsproblemen die bij de normale werking van de markt behoren, de gehele bedrijfstak betreffen en niet door de voorgenomen operatie worden beïnvloed. Zij betoogt dat de betrokken markt in de afgelopen jaren concurrerend heeft gewerkt, en betwist de verklaring van de Commissie dat de markt reeds naar een collectieve machtspositie neigde. In het bijzonder maakt zij bezwaar tegen de wijze waarop de Commissie zelfs voordat de voorgenomen operatie en de veranderlijkheid van de historische marktaandelen waren onderzocht, heeft aangenomen dat er een tendens naar een collectieve machtspositie bestaat.

81

De Commissie stelt dat de wijze waarop de markt tevoren werkte, en de concurrentie in het verleden geen belangrijke elementen zijn, omdat de beschikking berust op de vaststelling dat de voorgenomen operatie een collectieve machtspositie zal doen ontstaan, dat wil zeggen de marktvoorwaarden zodanig zal wijzigen dat de in het verleden onderzochte stimulansen en gedragingen geen relevante aanknopingspunten meer vormen om te bepalen hoe de marktdeelnemers in de nieuwe marktsituatie zullen reageren. De essentiële vraag is dus volgens haar, of de voorgenomen operatie de huidige marktvoorwaarden zodanig zal wijzigen dat de voornaamste marktdeelnemers niet meer zullen handelen zoals in het verleden. Dat de markt concurrerend was met vier grote touroperators wil nog niet zeggen dat dit ook het geval zal zijn indien er nog slechts drie over zijn. De Commissie betwist niettemin de argumenten waarmee verzoekster wil aantonen dat er tussen de voornaamste marktdeelnemers felle concurrentie heeft bestaan en zal blijven bestaan.

82

Het Gerecht wijst er echter op dat met betrekking tot een vermeende collectieve machtspositie een van de vragen die de Commissie moet onderzoeken is, of de bij haar aangemelde concentratie de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt op significante wijze zal belemmeren (arresten Kali & Salz, reeds aangehaald, punt 221, en Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 163). Wanneer er geen sprake is van een belangrijke wijziging in het bestaande mededingingsniveau, moet de operatie worden goedgekeurd, omdat zij geen beperkende gevolgen voor de mededinging heeft (zie punt 58 hierboven). Hieruit volgt dat de mate van mededinging die bij de aanmelding van de concentratie op de betrokken markt bestaat, in het kader van de toepassing van verordening nr. 4064/89 van doorslaggevend belang is om ervan te kunnen uitgaan dat er eventueel een collectieve machtspositie zal ontstaan.

- 83 Zoals verzoekster heeft gesteld, is de analyse van de vóór de aanmelding bestaande mededinging in de onderhavige zaak des te belangrijker omdat de stilzwijgende coördinatie die na de concentratie zou plaatsvinden, volgens de Commissie een beperking van de door de overblijvende drie geïntegreerde touroperators op de markt gebrachte capaciteit zal opleveren die uitstijgt boven de natuurlijke behoedzaamheid bij de planning van hun capaciteit, die zijzelf als typisch voor de normale marktwerking beschouwt.

i) De vermeende tendens naar een collectieve machtspositie vóór de totstandkoming van de voorgenomen operatie

- 84 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de Commissie weliswaar een gedeelte van de beschikking aan het onderzoek van de „concurrentie in het verleden” heeft gewijd (punten 128-138), doch dat uit nauwkeurige bestudering van dit gedeelte blijkt, dat de Commissie daarin in feite niet spreekt over de omvang van de op deze markt bestaande mededinging. Zij beperkt zich tot een uiteenzetting (punten 128-138) van een aantal omstandigheden of elementen die zich in de jaren vóór de aanmelding op deze markt hebben voorgedaan, om tot de slotsom te komen (beschikking, punt 138) dat „is bewezen dat er thans reeds sprake is van een tendens naar een collectieve machtspositie op de markt, in het bijzonder met betrekking tot de vaststelling van de capaciteit”. In deze passages van de beschikking wordt echter geen melding gemaakt van een eventuele mate van beperkte mededinging op de markt vóór de aanmelding.

— Het feit dat de grote touroperators bij de capaciteitsplanning behoedzaam te werk gaan en in het bijzonder rekening houden met de ramingen van hun voornaamste concurrenten

- 85 In de punten 135 en 136 van de beschikking zet de Commissie uiteen dat de grote touroperators bij de capaciteitsplanning behoedzaam te werk gaan en in het bijzonder rekening houden met de ramingen van hun belangrijkste consumenten.

In punt 136 van de beschikking worden enkele verklaringen van bestuursleden van de grote geïntegreerde touroperators in het Verenigd Koninkrijk aangehaald, waaruit deze behoedzaamheid op het gebied van de planning blijkt. In punt 135 van de beschikking wordt melding gemaakt van een episode in de zomer van 1995, die volgens de Commissie illustratief is voor de gevolgen van een aanbodoverschot op de markt: gedurende de planingsperiode van 1994 hebben de touroperators de vraag voor het zomerseizoen 1995 overschat en bleven zij met onverkochte capaciteit zitten die zij tegen grote prijskortingen van de hand moesten doen, waardoor zij aanzienlijke verliezen leden.

- 86 Verzoekster betoogt dat aan de grote touroperators niet kan worden verweten dat zij bij de capaciteitsplanning behoedzaam te werk gaan en in het bijzonder aandacht besteden aan de ramingen van de plannen van de andere grote touroperators, want de gemeenschapsrechter heeft erkend dat „de eis van zelfstandigheid niet uitsluit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen” (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 173 en 174). Haars inziens is die behoedzaamheid niet onverenigbaar met een agressieve mededinging om de marktaandelen te handhaven of te vergroten ten nadele van de voornaamste concurrenten. In dat verband citeert verzoekster de verklaringen van de voornaamste touroperators over hun groeiambities.
- 87 De Commissie stelt dat de door verzoekster aan de grote touroperators toegeschreven bedoelingen de vóór de voorgenomen operatie bestaande situatie weergeven, en dus betrekking hebben op andere omstandigheden. Zij beweert niet dat er tevoren een situatie van oligopolide machtspositie bestond. Bovendien was de „agressieve groei” waarvan in sommige verklaringen sprake is, in het verleden door middel van overnames gerealiseerd en zou dat ook in de toekomst moeten gebeuren. Ten slotte heeft Thomas Cook de Commissie meegedeeld dat zijn voornaamste zorg niet langer de omvang, maar de winstgevendheid was (beschikking, punt 131).
- 88 Er moet aan worden herinnerd dat in de beschikking meermaals wordt erkend dat deze natuurlijke tendens naar behoedzaamheid bij de capaciteitsplanning een van

de kenmerken is van de betrokken markt in zijn huidige toestand, waarin geen sprake is van een de mededinging beperkende collectieve machtspositie, en dat die tendens voor alle marktdeelnemers geldt en niet alleen voor de grote touroperators, ook al zijn zij meer in het bijzonder betroffen (zie punten 60-66, 97 en 136 van de beschikking). Zo verklaart de Commissie in punt 97 van de beschikking: „De veranderlijkheid van de vraag maakt het met name rationeel om de geplande capaciteit te beperken en later capaciteit toe te voegen indien de vraag bijzonder groot blijkt. Aldus dekken de aanbieders zich in tegen neerwaartse veranderlijkheid van de vraag,” en in punt 136: „De grote touroperators gaan voorzichtig te werk bij de capaciteitsplanning, waarbij zij in het bijzonder rekening houden met de ramingen van de plannen van de andere grote touroperators.”

- ⁸⁹ In die omstandigheden, en aangezien de Commissie niet heeft betwist dat de betrokken markt vóór de aanmelding, met name tijdens de crisis van 1995, door mededinging werd gekenmerkt, kan de gebeurtenis in dat jaar, waaraan de beschikking een groot belang hecht, als zodanig niet erop duiden dat in deze sector reeds een tendens naar een collectieve machtspositie bestond. Het feit dat de touroperators zich tijdens de planningsperiode van 1994 in hun berekeningen hebben vergist en aanzienlijke verliezen hebben geleden nadat zij de vraag voor het zomerseizoen 1995 hadden overschat, kan slechts worden beschouwd als een voorbeeld van de normale risico's op deze markt, waarvan de zeer bijzondere werking in de punten 59 tot en met 66 van de beschikking is uiteengezet.
- ⁹⁰ Weliswaar blijkt uit de in punt 136 van de beschikking geciteerde verklaringen dat de bestuurders van de grote touroperators zich bewust zijn van de risico's van expansiestrategieën op de betrokken markt, met name door de lessen die uit de episode van 1995 zijn getrokken en door het feit dat de sleutel voor winstgevendheid ligt in aanpassing van de capaciteit aan de vraag (zie punt 60 van de beschikking), maar die verklaringen bevatten niet de minste aanwijzing voor het ontbreken van mededinging tussen de grote touroperators.
- ⁹¹ Ten slotte kan, anders dan de Commissie stelt (zie punten 137 en 138 van de beschikking), het feit dat Airtours, First Choice en Thomson in zekere mate (30 tot 40 % van het kapitaal) in handen zijn van dezelfde institutionele beleggers,

niet worden beschouwd als een element waaruit blijkt dat in die sector reeds een tendens naar een collectieve machtspositie bestaat. Dienaangaande volstaat de vaststelling dat, zoals de Commissie zelf in haar verweerschrift heeft erkend (punt 73), in de beschikking niet wordt beweerd dat de institutionele beleggers een homogeen geheel vormen dat in staat is deze aan de beurs genoteerde ondernemingen te controleren of een methode van informatie-uitwisseling tussen de drie ondernemingen te bieden. Bovendien kan de Commissie niet volhouden dat deze aandeelhouders een extra element voor een behoedzaam capaciteits-beheer zijn, zonder te hebben onderzocht in hoeverre zij een rol spelen bij het bestuur van de betrokken ondernemingen. Ten slotte, zelfs al zou een mogelijke beïnvloeding van het bestuur van de ondernemingen vaststaan, de Commissie heeft nog niet aangetoond dat de deelname van dergelijke institutionele beleggers in het kapitaal van drie van de vier grote touroperators een element vormt waaruit blijkt dat er reeds een tendens naar een collectieve machtspositie bestaat, daar het streven van de gemeenschappelijke institutionele aandeelhouders inzake groei en dus capaciteitsuitbreiding een normaal kenmerk van de betrokken markt is.

- 92 Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie, die niet heeft betwist dat er mededinging heerst op deze markt, de behoedzaamheid bij de capaciteitsplanning die de markt onder normale omstandigheden kenmerkt, niet kon beschouwen als een aanwijzing voor de juistheid van haar standpunt dat er in deze sector reeds een tendens naar een collectieve machtspositie bestond.

— De beoordeling van de tendens naar horizontale en verticale integratie die de markt sinds de publicatie van het rapport van de Monopolies and Mergers Commission kenmerkt

- 93 Verzoekster wijst erop dat de Monopolies and Mergers Commission van het Verenigd Koninkrijk, een van de mededingingsautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk (hierna: „MMC”), de in 1997 op de betrokken markt bestaande

mededinging heeft onderzocht en een verslag heeft opgesteld met als titel *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* (hierna: „MMC-verslag”). Zij stelt dat de MMC in dit verslag tot de slotsom is gekomen dat op deze markt voldoende concurrentie heerste.

- 94 De Commissie betoogt dat de marktsituatie sinds de opstelling van het MMC-verslag in 1997 aanzienlijk is gewijzigd, niet alleen door de grotere verticale integratie van de voornaamste touroperators, zoals verzoekster stelt, maar ook door de sterke horizontale concentratie die zich heeft voorgedaan.
- 95 In de punten 128 tot en met 134 van de beschikking beschouwt de Commissie als aanwijzing voor een tendens naar een collectieve machtspositie de horizontale en verticale integratie die de Britse sector van buitenlandse pakketreizen in de afgelopen jaren heeft gekenmerkt, en die zich sinds de publicatie van het MMC-verslag in december 1997 heeft versneld, met name doordat een aantal middelgrote marktdeelnemers door de vier grote touroperators is overgenomen.
- 96 Het Gerecht wijst er echter op dat een nauwkeurig onderzoek van deze ontwikkelingen aantoont dat de in punt 34 van de beschikking genoemde overnames van touroperators, luchtvaartmaatschappijen en reisbureaus door de voornaamste touroperators niet hebben geleid tot grote veranderingen op de markt die van dien aard zijn dat de door de MMC eind 1997 getrokken conclusies betreffende de mededinging op deze markt in 1999 niet meer gelden en dat die overnames dus niet als een aanwijzing voor het bestaan van een tendens naar een collectieve machtspositie kunnen worden beschouwd.
- 97 Immers, om te beginnen moet worden vastgesteld dat, zoals verzoekster heeft opgemerkt, de sector buitenlandse pakketreizen volgens het MMC-verslag van

1997 een dynamische sector was met felle concurrentie en zonder hoge toegangsmuren. De MMC is tot die slotsom gekomen na een bijzonder gedetailleerde studie (meer dan 300 blz.) van de situatie en de werking van de reissector, die is verricht tijdens twaalf maanden onderzoek op basis van een groot aantal gegevens en meningen van alle partijen in de sector van de in het Verenigd Koninkrijk verkochte buitenlandse vakantiereizen. Ter voorbereiding van zijn verslag heeft de MMC bij externe adviseurs om vier marktonderzoeken verzocht. Het verslag is in november 1997 opgesteld, dat wil zeggen slechts anderhalf jaar vóór de Commissie deze markt in het kader van de aangemelde operatie onderzocht.

98

Met name in punt 1.6 van zijn verslag heeft de MMC zich uitgesproken in de volgende bewoordingen:

„Tijdens de afgelopen tien jaar is de reissector verre van statisch geweest en het beeld verandert nog steeds met een tendens naar verdere verticale integratie. Van alle grote deelnemers die in ons onderzoek van 1986 betreffende de buitenlandse pakketreizen zijn beschreven, heeft alleen Thomson een vooraanstaande plaats behouden. We hebben een groot aantal gegevens verzameld waaruit blijkt dat de mededinging in de sector fel is en wij zijn het in het algemeen eens met dit standpunt. Hoewel de concentratie in de afgelopen vijf jaar is toegenomen, staat zij niet op een bijzonder hoog niveau. De winsten op jaarbasis zijn niet buitensporig. De marktdeelnemers komen en gaan. Er zijn geen hoge toegangsmuren voor de markt van touroperators of voor de markt van reisbureaus.”

99

De Commissie heeft deze analyse in haar beschikking niet ter discussie gesteld, terwijl zij de in dit MMC-verslag verrichte beoordelingen meermaals citeert met betrekking tot andere problemen (punten 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 en 134 van de beschikking). Hieruit volgt dat zij de conclusie van de MMC, dat in 1997 op deze markt felle concurrentie heerste, niet betwist.

- 100 De Commissie stelt echter (beschikking, punt 123) dat de mededingingsvoorwaarden op deze markt sinds 1997 sterk zijn gewijzigd, met name door de toegenomen concentratie en de verticale integratie op die markt, zoals in punt 134 van de beschikking is uiteengezet. In dat verband betoogt de Commissie dat de uitschakeling van middelgrote touroperators een essentiële wijziging in de structuur van de mededinging vormt en de mogelijkheden voor parallelle gedragingen van de grote touroperators vergroot.
- 101 Vaststaat echter dat de horizontale en verticale integratie in de Britse sector buitenlandse pakketreizen sinds de publicatie van het MMC-verslag minder belangrijk is dan de Commissie stelt.
- 102 Wat de horizontale integratie betreft, blijkt immers uit de stukken (blz. 33 bis van de aanmelding van de concentratie bij de Commissie, bijlage 5 bij het verzoekschrift, punt 4.18 van het MMC-verslag van 1997 en punt 72 van de beschikking) dat de ontwikkeling van de marktaandelen van Thomson, Airtours en First Choice tussen 1996 en 1999 niet als een belangrijke versterking van hun marktaandelen voor kortereafstandsreizen kan worden aangemerkt. Volgens de grafiek met een beschrijving van de ontwikkeling van de marktaandelen van de touroperators (bijlage 5 bij het verzoekschrift, blz. 33 bis), alle bestemmingen inbegrepen, vertegenwoordigde de verkoop van buitenlandse pakketreizen door Thomson in 1996 nog 25 % van de verkoop van buitenlandse pakketreizen, doch in 1998 niet meer dan 22 %, terwijl de verkoop van Airtours in 1996 en in 1998 16 % vertegenwoordigde en die van First Choice van 10 % in 1996 daalde naar 9 % in 1998. De eerste drie, in 1997 actieve touroperators verkochten in 1996 dus 51 % van de buitenlandse pakketreizen en in 1998 47 %. Deze beoordeling wordt ondersteund door het onderzoek van de gegevens betreffende de nabije bestemmingen. Uit punt 4.18 van het MMC-verslag blijkt immers, dat de MMC in 1997 de marktaandelen van de geïntegreerde touroperators ook had onderzocht aan de hand van de in de beschikking gekozen restrictieve omschrijving van de productmarkt, omdat Thomas Cook destijds had gewezen op het belang om de markt ook aan de hand van die omschrijving te onderzoeken. Uit een vergelijkend onderzoek van de marktaandelen in 1996 (opgenomen in punt 4.18 van het MMC-verslag) en in 1998 (opgenomen in punt 72 van de beschikking) blijkt, dat

het aandeel van Thomson is gedaald van 33 % naar 30 % of, volgens andere bronnen, naar 27 %, dat het aandeel van Airtours is gedaald van 20 % naar 19 % of, volgens andere bronnen, naar 21 %, en dat het aandeel van First Choice is gestegen van 12 % naar 15 % of, volgens andere bronnen, naar 11 % is gedaald. Alleen het marktaandeel van Thomas Cook is sterk gestegen, namelijk van 6 % naar 20 %.

103 Hieruit blijkt dat de belangrijkste concentratie in de sector buitenlandse pakketreizen na 1997 hierin bestaat dat Thomas Cook in enkele jaren van een kleine touroperator een grote touroperator is geworden door een aantal externe groeioperaties (overname van Sunworld in juni 1996, overnames van Flying Colors, met een marktaandeel van 3 % in sector buitenlandse pakketreizen, en van Carlson/Inspirations, met een marktaandeel van 1 % tot 3 % in deze sector, in 1998) (MMC-verslag, tabel 4.1, blz. 76; beschikking, punten 131 en 134). Dankzij deze groei is Thomas Cook in 1998 als vierde grote touroperator op de markt verschenen; hij was verticaal geïntegreerd en verkeerde dus in een betere positie om de andere geïntegreerde touroperators te beconcurreren. Deze omstandigheid kan niet worden uitgelegd als een factor die het ontbreken van concurrentie op de markt aantoonst.

104 Los van het geval van Thomas Cook betreffen de overnames van touroperators waarnaar in punt 134 van de beschikking wordt verwezen, voornamelijk de aankoop van kleine marktdeelnemers en hebben die overnames niet geleid tot een significante stijging van het marktaandeel van de grote touroperators in de sector buitenlandse pakketreizen. De uitschakeling van middelgrote touroperators, die volgens de Commissie de mededingingsstructuur wezenlijk heeft veranderd door een vergroting van de mogelijkheid van parallelle gedragingen van de grote touroperators, is dus terug te brengen tot het feit dat er een nieuwe grote touroperator op de markt is verschenen, namelijk Thomas Cook wiens marktaandeel van 6 % naar 20 % is gestegen.

105 Met betrekking tot de versterking van de mate van verticale integratie van de grote touroperators, die zich eveneens sinds 1997 heeft voorgedaan en die volgens de Commissie ook een aanwijzing voor de tendens naar een collectieve

machtspositie in de sector vormt (beschikking, punt 138), moet worden vastgesteld dat de beschikking in dat opzicht niet coherent is; zij berust immers tegelijkertijd op de gedachte dat het beleid van verticale integratie noodzakelijk is om de grote touroperators te beconcurreren. Zo wijst de Commissie in punt 132 van de beschikking erop dat First Choice in 1998 een beleid van verticale integratie in de distributiesector is beginnen te volgen met het doel, zich te beschermen tegen de commerciële praktijken van de andere grote touroperators, hun geen commissies meer te moeten betalen en betere inlichtingen over de markttendensen te verkrijgen. In feite vormt deze behoefte van de touroperators om verticaal te integreren een van de sleutelementen voor de conclusie van de Commissie dat er in casu een collectieve machtspositie zou ontstaan, met name omdat de concentratie First Choice als concurrent zou uitschakelen op de drie niveaus van de distributieketen (punt 168 van de beschikking).

- ¹⁰⁶ Hieruit volgt dat de Commissie zelf in de beschikking erkent dat de versterking van de mate van verticale integratie een de mededinging bevorderend element is, omdat daardoor de efficiëntie van de grote touroperators, die de voorkeur geven aan hun eigen distributiemiddelen boven die van de andere grote marktdeelnemers, toeneemt en hun onderlinge afhankelijkheid vermindert. De vaststelling van dit verschijnsel van verticale integratie na de publicatie van het MMC-verslag in 1997 kan dus niet tegelijkertijd een aanwijzing voor de tendens naar een collectieve machtspositie vormen. Bovendien moet erop worden gewezen dat ook de MMC in zijn verslag de groeiende tendens naar verticale integratie heeft onderzocht en heeft gemeend dat het gaat om een verschijnsel dat de mededinging evengoed kan stimuleren als remmen (zie punt 2.193 van het MMC-verslag). In het bijzonder is de MMC tot de slotsom gekomen dat de voor de mededinging negatieve gevolgen van de verticale integratie, gelet op het concentratieniveau in de sector, in 1997 zwak waren.

- ¹⁰⁷ Hieruit volgt dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de horizontale en verticale integratie na de publicatie van het MMC-verslag in 1997 het noodzakelijk maakten de daarin vervatte beoordelingen over de mate van mededinging die de betrokken markt kenmerkt, buiten beschouwing te laten.

108 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in punt 138 van de beschikking ten onrechte tot de slotsom is gekomen dat de in de punten 128 tot en met 137 van de beschikking uiteengezette elementen (erop wijzen) „dat er thans reeds sprake is van een tendens naar een collectieve machtspositie op de markt, in het bijzonder met betrekking tot de vaststelling van de capaciteit”.

ii) De beoordeling van de veranderlijkheid van de marktaandelen in het verleden

109 Vervolgens voert verzoekster ten bewijze van het bestaan van een concurrerende markt aan dat de marktaandelen van de grote touroperators in het verleden veranderlijk, dynamisch en variabel zijn geweest.

110 Volgens de Commissie is dit soort veranderlijkheid in de afgelopen tijd op de betrokken markt niet waargenomen. Zij beklemtoont dat de door verzoekster genoemde wijzigingen van de marktaandelen van de grote touroperators het gevolg zijn van de door hen verrichtte overnames en niet van hun markt-activiteiten. Indien deze overnames buiten beschouwing worden gelaten, zijn de marktaandelen van de grote touroperators in de afgelopen jaren nauwelijks veranderd, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de interne groei moeilijk is (beschikking, punt 128 en voetnoot 86).

111 Opgemerkt zij dat in het kader van de karakterisering van een collectieve machtspositie de stabiliteit van de marktaandelen in het verleden gunstig is voor het maken van stilzwijgende afspraken, aangezien daardoor een verdeling van de markt in de plaats van een felle concurrentie wordt vergemakkelijkt, in die zin dat elke marktdeelnemer zijn productie afstemt op zijn marktaandeel uit het verleden.

112 In casu berust de vaststelling van de Commissie dat de marktaandelen van Thomson, Airtours, Thomas Cook en First Choice in de afgelopen vijf jaar stabiel

zijn gebleven, op het postulaat dat de externe groei niet in aanmerking dient te worden genomen. Zij is van mening dat, wanneer de wijzigingen in de verdeling van de marktaandelen voornamelijk voortvloeien uit de overname van concurrenten, de toe te rekenen „quota” kunnen worden bepaald door optelling van de marktaandelen van de koper met die van het overgenomen bedrijf en dat het probleem van marktdeelnemers die hun marktaandeel trachten aan te passen aan de in het verleden bereikte maxima, zich niet voordoet.

- 113 Uitsluiting van externe groei bij het bepalen van de veranderlijkheid van de marktaandelen is in de onderhavige omstandigheden echter niet gerechtvaardigd, omdat de omvang en de mate van verticale integratie van de ondernemingen op de betrokken markt belangrijke mededingingsfactoren vormen (zie, met name, punten 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 en 115 van de beschikking). Immers, in die omstandigheden kunnen de talrijke overnames door de grote touroperators in het verleden, hetzij vóór hetzij na de publicatie van het MMC-verslag, worden uitgelegd als teken van aanzienlijke mededinging tussen deze marktdeelnemers, die uit zijn op meer overnames om te voorkomen dat zij door hun voornaamste concurrenten worden voorbijgestreefd op punten die van wezenlijk belang zijn om volledig van de schaalvoordelen te kunnen profiteren.
- 114 Verder is het besluit om de externe groei niet in aanmerking te nemen in casu in tegenspraak met diverse opmerkingen van de Commissie zelf in de beschikking; anders dan de Commissie in haar memories betoogt, brengen die opmerkingen tot uiting dat een overname door een van de grote touroperators in de ogen van de andere grote touroperators niet de rekenkundige optelling van de marktaandelen van de koper met die van het overgenomen bedrijf meebrengt, maar concurrentie van hun kant uitlokt.
- 115 Zo wordt in punt 137 van de beschikking overwogen: „Toen het bod van Airtours op First Choice in april van dit jaar bekend werd, leidde een aankondiging van Thomson dat het zijn marktaandeel zou verdedigen nog diezelfde dag tot een daling van de prijs van het aandeel Thomson met 9 % wegens ‚de angst dat het bedrijf een prijzenoorlog zou ontketenen’, en was het

management van Thomson verplicht grote inspanningen te doen om de institutionele beleggers ervan te overtuigen dat de aankondiging verkeerd was geïnterpreteerd en dat het geenszins voornemens was meer capaciteit op de markt te brengen, maar alleen capaciteit die zou overblijven na de fusie van Airtours/First Choice zou absorberen.”

116 Tevens wordt in punt 145 van de beschikking vermeld: „Alom luidt de overtuiging in de bedrijfstak dat alle fusies leiden tot tijdelijke verliezen van marktaandeel van de betrokkenen ten gevolge van het verlies van sommige klanten en leveranciers door overlapping van hun programma's.” Deze verwachtingen worden bevestigd door het onderzoek van de door verzoekster overgelegde documenten met betrekking tot de ontwikkeling van de marktaandelen in het verleden (bijlage 6 bij de repliek, blz. 2; zie ook de tabel betreffende de ontwikkeling van het marktaandeel van de touroperators, blz. 8 van het verzoekschrift). Zo had na de overname van Horizon door Thomson in 1989 het marktaandeel van de nieuwe eenheid 32 % moeten bedragen (25 % voor Thomson en 7 % voor Horizon), terwijl het snel is gedaald tot ongeveer 25 %.

117 Derhalve moet worden vastgesteld dat uit het onderzoek van de gegevens in het dossier blijkt dat, zoals verzoekster zonder tegenspraak van de Commissie heeft gesteld, de marktaandelen van de grote touroperators met betrekking tot de buitenlandse pakketreizen, externe groei meegerekend, aanzienlijk variëren. Dit kan worden vastgesteld aan de hand van de door verzoekster in het aanmeldingsformulier (overgenomen op blz. 8 van het verzoekschrift) gegeven tabel van de marktaandelen van de touroperators. Zo was het marktaandeel van Thomson in 1990 21,81 %, dat van First Choice 5,82 %, dat van Airtours van 4,27 %, en dat van Thomas Cook 2,13 %. In 1994 was het marktaandeel van Thomson 23,13 %, dat van Airtours 15,52 %, dat van First Choice 5,88 %, en dat van Thomas Cook 2,41 %. Vervolgens was het marktaandeel van Thomson in 1998 19,28 %, dat van Airtours 14,26 %, dat van First Choice 7,47 %, en dat van Thomas Cook 11,38 %.

118 Hieruit volgt dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de uit de overnames voortvloeiende marktaandelen buiten beschouwing moesten worden gelaten en, daaruit voortvloeiend, dat de ontwikkeling van de marktaandelen van de grote touroperators in de afgelopen jaren stabiel was gebleven.

- 119 Wat ten slotte de op de betrokken markt bestaande mededinging betreft, moet daaraan worden toegevoegd dat verzoekster, zonder tegenspraak van de Commissie, heeft gesteld dat de mededingingsprestaties van de grote touroperators in eenzelfde seizoen kunnen verschillen (met verliezers en met winnaars) en bovendien per seizoen kunnen variëren. Die omstandigheid moet worden uitgelegd als een teken dat de markt concurrerend is, en pleit dus tegen het bestaan van een eventuele collectieve machtspositie.

iii) Conclusie betreffende de beoordeling van de bestaande concurrentie tussen de grote touroperators

- 120 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie beoordelingsfouten heeft gemaakt bij haar analyse van de vóór de aanmelding op de betrokken markt bestaande mededinging. In de eerste plaats heeft zij haar oordeel dat in deze bedrijfstak reeds een tendens naar een collectieve machtspositie, en dus naar beperking van de mededinging, vooral met betrekking tot de vaststelling van de capaciteit, bestond, rechtens niet voldoende onderbouwd. In de tweede plaats heeft zij niet naar behoren rekening gehouden met het feit dat de marktaandelen van de grote touroperators in het verleden veranderlijk zijn geweest en dat deze veranderlijkheid een teken van het bestaan van een concurrerende markt is.

b) De beoordeling van de ontwikkeling van de vraag in het verleden en in de toekomst, en van de veranderlijkheid van de vraag en van de mate van doorzichtigheid van de markt

- 121 Onder het kopje „Aard van de markt (oligopolide machtspositie)” (punten 87-127) worden in de beschikking een aantal kenmerken beschreven die volgens de Commissie het ontstaan van een oligopolide machtspositie op de markt bevorderen. Het gaat met name om de producthomogeniteit, de trage groei van de vraag, de lage prijsgevoeligheid van de vraag, de vergelijkbare kostenstructuren van de voornaamste aanbieders, de grote marktdoorzichtigheid, de

onderlinge afhankelijkheid en de commerciële banden tussen de voornaamste aanbieders, de belangrijke belemmeringen voor toetreding tot de markt en de geringe koopkracht van de consumenten. Volgens de beschikking (punt 87) bestaan deze kenmerken reeds en zullen zij blijven bestaan wanneer de voorgenomen operatie tot stand komt.

122 Verzoekster betwist de beoordelingen op grond waarvan de Commissie van mening is dat deze kenmerken reeds op de betrokken markt bestaan en dat zij het ontstaan van een oligopolide machtspositie bij de totstandkoming van de voorgenomen operatie bevorderen. Zij stelt met name dat de groei van de vraag en de veranderlijkheid ervan op de betrokken markt, alsmede de mate van doorzichtigheid van deze markt, in casu elementen vormen die, anders dan de Commissie stelt, het ontstaan van een collectieve machtspositie moeilijker maken.

i) De beoordeling van de trage groei van de vraag

123 Verzoekster voert in wezen aan dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door te menen dat de groei van de vraag over het geheel genomen gering is, terwijl het tegendeel blijkt uit de in het kader van de administratieve procedure verstrekte gegevens en uit het feit dat de vraag sneller groeit dan het bruto binnenlands product.

124 In de punten 92 en 93 van de beschikking beoordeelt de Commissie het groeipercentage van de vraag op de betrokken markt.

125 In punt 92 verklaart de Commissie: „Uit een recent onderzoek dat werd uitgevoerd voor een grote touroperator en dat werd genoemd in antwoord op de

verzoeken om informatie van de Commissie [...] bleek dat het totale jaarlijkse groeipercentage (3 à 4 % voor het voorbije decennium) betrekkelijk laag was.” Verder wordt gezegd: „De groei van de vraag zal, volgens verscheidene ramingen van de bedrijfstak, de komende twee jaar naar verwachting nagenoeg nihil zijn, maar zich daarna enigszins herstellen.”

- 126 Vervolgens verklaart de Commissie in punt 93 dat zij „op grond van haar onderzoek in deze zaak” tot de conclusie is gekomen dat „de algemene toename van de vraag op de markt voor pakketreizen naar nabije bestemmingen net als in de jaren negentig gematigd zal blijven”. Concluderend is de Commissie ten slotte van mening „dat het onwaarschijnlijk is dat de marktgroei binnen afzienbare tijd een impuls zal geven aan de concurrentie”.
- 127 Het Gerecht stelt vast dat de beoordelingen van de Commissie op een onvolledige en onjuiste beoordeling van de haar in het kader van de administratieve procedure verstrekte gegevens berusten.
- 128 In de eerste plaats zij erop gewezen dat de Commissie in antwoord op een maatregel tot organisatie van de procesgang waarbij het Gerecht haar om overlegging van het in punt 92 van de beschikking genoemde onderzoek heeft verzocht, heeft gepreciseerd dat zij tijdens de administratieve procedure nooit over het gehele onderzoek heeft beschikt en dat zij het Gerecht slechts een uittreksel kan overleggen dat door een touroperator bij zijn antwoord op een verzoek om inlichtingen was gevoegd. Dat uittreksel bestaat slechts uit één bladzijde van een door Ogilvy & Mather op een onbekende datum opgesteld document met de titel „Forecasting Holiday Demand”.
- 129 Volgens dit uittreksel is „de Britse markt van buitenlandse vakantiereizen de afgelopen twintig jaar zeer sterk gegroeid. Volgens de British National Travel Survey hebben de Britten ongeveer 30 miljoen buitenlandse vakantiereizen (van

meer dan vier nachten) gemaakt, dus meer dan het drievoudige van de cijfers in 1978. In het laatste decennium is de markt met gemiddeld 3,7 % per jaar gegroeid". Het uittreksel preciseert ook met betrekking tot de veranderlijkheid van de vraag dat „de markt weliswaar voortdurend is gegroeid, maar dat het jaarlijkse groeipercentage verre van constant is. Jaarlijkse groeipercentages van 10 % of meer zijn snel gevolgd door belangrijke dalingen"; dat „de vraag naar vakantiereizen niet alleen veranderlijker is dan het bruto nationaal product en het uitgavenniveau van de consumenten op lange termijn, maar dat het ook niet geheel samenvalt met de economische cyclus (bijvoorbeeld, tijdens de recessie van 1980 en 1981 is de markt met meer dan 10 % gegroeid)"; en verder dat „de veranderlijkheid van de vraag de voorspelling van het vraagvolume zeer problematisch maakt".

130 Uit een eenvoudig onderzoek van dit document blijkt dat de Commissie het verkeerd heeft gelezen. Zo vermeldt zij in punt 92 van de beschikking dat uit het onderzoek „tevens bleek [it also noted] dat het totale jaarlijkse groeipercentage [...] betrekkelijk laag was", terwijl het aan het Gerecht gezonden uittreksel geen enkele aanwijzing in die richting bevat. Omgekeerd is de Commissie voorbijgegaan aan het accent dat de auteur van het uittreksel op de enorme stijging van de verkopen van buitenlandse pakketreizen in de afgelopen twintig jaar heeft gelegd. Hieruit volgt dat de Commissie dit document heeft uitgelegd zonder zich te houden aan de letterlijke inhoud en de teleologische strekking ervan, terwijl zij het wel als een essentieel document heeft betrokken bij haar beoordeling dat het groeipercentage van deze markt in de jaren negentig gematigd is geweest en zal blijven (beschikking, punt 93).

131 In de tweede plaats blijkt uit deze passages van de beschikking (punten 92 en 93) dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de groeipercentages van de vraag gedurende de twee aan de aanmelding voorafgaande jaren, 1997 en 1998, die toch belangrijke aanknopingspunten bleken te zijn, omdat de gevolgen van de episode in 1995 reeds door de markt waren verwerkt. Uit de gegevens van deel vier van het rapport van 1998 van de British National Travel Survey (gedateerd februari 1999), dat als bijlage 9 bij verzoeksters aanmeldingsformulier is overgelegd, volgt dat de sector buitenlandse vakantiereizen gedurende het gehele decennium sterk is gegroeid en dus ook tijdens de laatste jaren. Uit de tekst op bladzijde 113 (en uit de tabel op bladzijde 112) volgt namelijk dat het aantal

buitenlandse vakantiereizen is gestegen van 21 miljoen in 1989 naar 29,25 miljoen in 1998 (een stijging van meer dan 39,2 % gedurende het afgelopen decennium). Na de crisis van 1995, waardoor het aantal buitenlandse vakantiereizen daalde van 26 miljoen in 1995 naar 23,25 miljoen in 1996 (een daling van bijna 10,5 %), is het aantal buitenlandse vakantiereizen in 1997 gestegen van 23,25 naar 27,25 miljoen (een stijging van meer dan 17,2 %) en in 1998 van 27,25 naar 29,25 miljoen (een stijging van meer dan 7,3 %). Wat dit laatstgenoemde jaar betreft, wordt uitdrukkelijk gezegd dat het om een reële groei gaat en niet om een verschil als gevolg van de gebruikelijke praktijk om de cijfers af te ronden wanneer de wijzigingen van het ene op het andere jaar minimaal zijn. De omstandigheid dat deze gegevens ook de buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen betreffen, doet niet af aan hun bewijskracht voor de tendens naar een voortdurende stijging, omdat dit soort vakantiereizen in de afgelopen jaren slechts een vijfde van het totaal vormde (zie bladzijde 116 van het rapport van de British National Travel Survey).

- 132 De Commissie heeft deze gegevens bij haar ramingen van de groei van de betrokken markt genegeerd; zij heeft daarentegen verwezen naar de tendens voor de komende twee jaar, en in punt 92 van de beschikking beklemtoonde dat „de groei van de vraag [...] volgens verscheidene ramingen van de bedrijfstak (de komende twee jaar) naar verwachting nagenoeg nihil (zal) zijn, maar zich daarna enigszins (zal) herstellen”. Op een vraag over dit punt ter terechtzitting heeft de Commissie geantwoord dat deze beoordeling berustte op een econometrische studie die tijdens de administratieve procedure in antwoord op een verzoek om inlichtingen is overgelegd. Opgemerkt zij dat de auteurs van deze econometrische studie, de aard van deze studie noch de context waarin de studie is verricht, in de beschikking zijn vermeld. Ten slotte dient hieraan te worden toegevoegd dat deze raming van een groeipercentage van nagenoeg nihil wordt tegengesproken in het volgende punt van de beschikking (punt 93) waarin de Commissie zelf „erkent dat de markt voor buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen waarschijnlijk zal blijven groeien” en dat het ook mogelijk is „dat de markt wat sneller zal groeien dan de algemene toename van het BBP onder invloed van toegenomen vrije tijd en algemene welvaart”.
- 133 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de haar ter beschikking staande gegevens over de groei van de vraag onjuist heeft uitgelegd door eraan voorbij te gaan dat deze markt werd gekenmerkt door een duidelijke tendens naar een sterke groei tijdens het afgelopen decennium in het algemeen, ondanks de van jaar

tot jaar veranderende vraag, en dat de vraag in het bijzonder de laatste jaren in hoog tempo is gestegen. In een dergelijke context van groei, en aangezien zij geen nauwkeurigere gegevens heeft overgelegd die aannemelijk maken dat de tendens naar groei in de komende jaren zal verdwijnen, kon de Commissie niet oordelen dat de marktontwikkeling werd gekenmerkt door een zwakke groei, een element dat in casu het ontstaan van een collectieve machtspositie van de laatste drie grote touroperators vergemakkelijkt.

ii) De beoordelingen betreffende de veranderlijkheid van de vraag

134 Verzoekster betoogt dat de veranderlijkheid van de vraag het moeilijker maakt om het bestaan van een collectieve machtspositie te bewijzen, omdat daardoor „ruis” ontstaat op de markt waardoor het moeilijker wordt om te differentiëren tussen variaties in de vraag als gevolg van de veranderlijkheid van de markt en capaciteitsstijgingen die worden veroorzaakt door afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn. Een dergelijke onmogelijkheid om onderscheid te maken tussen twee soorten factoren brengt duidelijk mee dat elke poging tot heimelijke afspraken onstabiel zal zijn.

135 De Commissie erkent in de beschikking dat er op deze markt een zekere veranderlijkheid bestaat (beschikking, punten 92 en 95). Zij stelt evenwel (beschikking, punt 97), dat deze veranderlijkheid in casu de totstandkoming van een collectieve machtspositie niet zal verhinderen, maar „de mogelijkheden voor een dergelijke dominantie daarentegen (zal) vergroten. De reden hiervoor is dat de veranderlijkheid van vraag in combinatie met het feit dat het gemakkelijker is de capaciteit te vergroten dan in te krimpen, betekent dat het voor de grote touroperators rationeel is om zich behoudend op te stellen [...] ten aanzien van beslissingen omtrent de capaciteit”. Zij voegt eraan toe: „De veranderlijkheid van de vraag maakt het met name rationeel om de geplande capaciteit te beperken en later capaciteit toe te voegen indien de vraag bijzonder groot blijkt. Aldus dekken de aanbieders zich in tegen neerwaartse veranderlijkheid van de vraag.”

- 136 In elk geval betwist de Commissie in de punten 94 tot en met 96 van de beschikking de door verzoekster tijdens de administratieve procedure aangevoerde argumenten betreffende de veranderlijkheid van de vraag en de oorzaken ervan, die verband houden met het bruto binnenlands product, de veranderende voorkeuren van de klanten en de variabele kosten (effect van goedkope luchtvaartmaatschappijen). Verder betoogt de Commissie (punt 95) dat „alle touroperators geconfronteerd worden met dezelfde conjunctuurschommelingen en bij hun voorspellingen rekening moeten houden met de macro-economische situatie”. Het is dus waarschijnlijk dat alle touroperators tot dezelfde analyse over de marktontwikkeling zullen komen.
- 137 De Commissie erkent (beschikking, punt 96 en voetnoten 73 en 74) dat bepaalde exogene schokken, zoals aanvallen op toeristen in Egypte of Turkije, de planning van de touroperators kunnen verstoren, maar zij weigert deze in aanmerking te nemen als een element dat het ontstaan van een collectieve machtspositie moeilijker kan maken, omdat dergelijke naar hun aard uitzonderlijke gebeurtenissen niet typisch zijn voor de markt van pakketreizen naar nabije bestemmingen, maar zich op alle markten kunnen voordoen.
- 138 Ten slotte erkent de Commissie dat verzoeksters opmerkingen over het probleem dat deze veranderlijkheid voor de totstandkoming voor een collectieve machtspositie meebrengt, in overeenstemming zijn met de economische theorie, maar zij zijn volgens haar in casu niet relevant. Aangezien het gemakkelijker is om capaciteit uit te breiden dan in te krimpen, zullen de marktdeelnemers haars inziens de neiging hebben om behoedzaam te zijn teneinde zich tegen elke eventuele veranderlijkheid te beschermen. Bovendien is het gemakkelijk om een daling van de vraag te onderscheiden van een vergroting van de capaciteit van een andere marktdeelnemer, aangezien de acties van laatstgenoemde onmiddellijk zullen opvallen.
- 139 Er moet om te beginnen op worden gewezen dat, zoals de Commissie erkent, veranderlijkheid van de vraag volgens de economische theorie de totstandkoming van een collectieve machtspositie moeilijker maakt. Een stabiele en dus weinig veranderende vraag is daarentegen een relevant element bij de kenschetsing van

een collectieve machtspositie, omdat afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn (dat wil zeggen valsspelen) daardoor eerder opvallen, zodat zij kunnen worden onderscheiden van capaciteitsaanpassingen om op de groei of de daling van de veranderlijke markt te reageren.

140 In casu erkent de Commissie dat de betrokken markt wordt gekenmerkt door een zekere mate van veranderlijkheid van de vraag (beschikking, punten 92, 95 en 97). Uit verschillende elementen van het dossier blijkt overigens dat de mate van veranderlijkheid van deze markt aanzienlijk is. Zo wordt in het uittreksel van het in punt 92 van de beschikking genoemde onderzoek uiteengezet dat „de vraag naar vakantie-reizen niet alleen veranderlijker is dan het bruto binnenlands product en de consumentenbestedingen op lange termijn, maar ook helemaal niet samenvalt met de economische cyclus (gedurende de recessie in 1980 en 1981 is de markt bijvoorbeeld meer dan 10 % gestegen)” en verder dat „de veranderlijkheid van de vraag de voorspelling van de vraagvolumes zeer problematisch maakt”. De sterke veranderlijkheid van de markt wordt ook bevestigd door de gegevens uit het rapport van de British National Travel Survey van 1998. Zo is na de crisis van 1995, waardoor het aantal buitenlandse vakantie-reizen van 26 miljoen in 1995 daalde naar 23,25 miljoen in 1996 (een daling van bijna 10,5 %), het aantal buitenlandse vakantie-reizen in 1997 gestegen van 23,25 naar 27,25 miljoen (een stijging van meer dan 17,2 %) en van 27,25 naar 29,25 miljoen in 1998 (een stijging van meer dan 7,3 %).

141 De Commissie stelt evenwel dat die omstandigheid in casu niet relevant is omdat de marktdeelnemers de neiging hebben zich behoedzaam op te stellen teneinde zich tegen elke eventuele veranderlijkheid van de markt beschermen.

142 Om de relevantie te ontkennen van een in casu belangrijke factor om van een oligopolide machtspositie te kunnen spreken, zoals de mate van stabiliteit en van voorspelbaarheid van de betrokken markt, kan de Commissie zich niet beroepen op het feit dat de touroperators, om zich tegen een instorting van de vraag te beschermen, bij hun capaciteitsplanning behoedzaam te werk gaan en er de

voorkeur aan geven, later capaciteit toe te voegen indien de vraag bijzonder groot blijkt (beschikking, punt 97). De bij de normale marktwerking passende behoedzaamheid leidt er weliswaar noodzakelijkerwijze toe de ontwikkeling van de vraag zo goed mogelijk in te schatten, maar het planningsproces blijft moeilijk, want elke marktdeelnemer moet (wegens de bijzonderheden van de markt) ongeveer achttien maanden vooruit lopen op de toekomstige ontwikkeling van de vraag, die wordt gekenmerkt door de grote veranderlijkheid ervan, en het houdt dus een gok op de toekomst in. De behoedzaamheid van de marktdeelnemers en de veranderlijkheid van de vraag zijn door de Commissie ook niet beschouwd als factoren die de mededinging op de markt belemmerden vóór de totstandkoming van de operatie. De behoedzaamheid kan als zodanig dus niet worden uitgelegd als een element om van een collectieve machtspositie te kunnen spreken, maar moet eerder worden gezien als een kenmerk van een concurrerende markt als die welke op het moment van de aanmelding bestond.

143 Ten slotte moet erop worden gewezen dat de argumenten die de Commissie tegen verzoeksters bezwaren heeft aangevoerd (beschikking, punten 94-96), niet kunnen worden aanvaard.

144 Wat de met de economische cyclus verband houdende veranderlijkheid betreft, kan de Commissie zich niet beperken tot de stelling, in punt 95 van de beschikking, dat „het waarschijnlijk (is) dat alle touroperators tot hetzelfde oordeel over de marktontwikkeling zullen komen”, zonder deze stelling op enigerlei wijze te staven, terwijl de capaciteit ongeveer achttien maanden voor het begin van het seizoen wordt vastgelegd (zie punt 63 van de beschikking). Op dat tijdstip kan de ontwikkeling van de voornaamste macro-economische variabelen, zoals de groei van het bruto binnenlands product, de wisselkoers of het vertrouwen van de consumenten, niet met nauwkeurigheid worden voorzien.

145 Wat de veranderlijkheid als gevolg van exogene schokken betreft, komt de benadering van de Commissie, volgens welke de touroperators de gegevens betreffende de veranderlijkheid van de markt bij de capaciteitsberekening zullen betrekken (beschikking, punt 96 en voetnoten 73 en 74) erop neer dat zij precies doet waartegen zij bezwaar maakt, namelijk exogene schokken behandelen als

endogene variabelen, omdat zij bij het voorspellen van de vraag in aanmerking worden genomen. Zo lijken de marktdeelnemers evenwel niet te handelen. Daarvan getuigen de moeilijkheden van Thomson in mei 1999, die op zijn verkoop van pakketreizen naar het oostelijke Middellandse zeegebied zware verliezen heeft geleden ten gevolge van de oorlog in Kosovo en de terroristische bedreigingen in Turkije, terwijl Airtours niet werd getroffen, zoals verzoekster heeft aangevoerd zonder door de Commissie te zijn weersproken.

146 Ten slotte moet het argument van de Commissie dat het in elk geval gemakkelijk is om onderscheid te maken tussen een daling van de vraag en een verhoging van de capaciteit van een andere marktdeelnemer, omdat diens acties meteen opvallen, worden afgewezen, omdat, zoals hierna bij het onderzoek van de doorzichtigheid van de markt zal worden uiteengezet, het voor een geïntegreerde touroperator moeilijk is om de capaciteitsbeslissingen van de andere touroperators juist te interpreteren.

147 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de economische theorie in casu geen rol speelt, en dat zij ten onrechte heeft geoordeeld dat de veranderlijkheid van de vraag het ontstaan van een oligopolide machtspositie van de laatste drie grote touroperators zou vergemakkelijken.

iii) De beoordeling van de mate van doorzichtigheid van de betrokken markt

148 In punt 102 van de beschikking zet de Commissie uiteen dat met betrekking tot de doorzichtigheid „moet worden onderscheiden tussen de periode waarin de planning wordt opgesteld en het verkoopseizoen, wanneer de reisgidsen zijn verschenen” en dat „in beide periodes [...] echter voor elk van de vier geïntegreerde touroperators sprake (is) van grote doorzichtigheid van de markt”.

149 In de punten 103, 104 en 105 verklaart zij dat: „in de periode waarin de planning wordt opgesteld, [...] de wezenlijke beslissingen omtrent de capaciteit voor het komende seizoen (worden) genomen” en dat „in werkelijkheid [...] de capaciteitsbeslissingen van de vier grote geïntegreerde touroperators voor elk van de aanbieders doorzichtig (zijn); om de volgende redenen”:

- geen van de grote touroperators komt van het ene op het andere seizoen met een geheel nieuw programma. In plaats daarvan is planning van een toekomstig seizoen gebaseerd op de verkopen van het voorbije seizoen, waarop een verhoging of een verlaging wordt toegepast afhankelijk van een voorspelling van de vraag op de markt voor het komende seizoen. De veranderingen ten opzichte van het voorgaande seizoen zijn derhalve marginaal en de programma's van touroperators vormen een op bepaalde punten gewijzigde versie van het voorgaande programma. Louter op grond van ervaring zijn touroperators derhalve al voordat zij hun seizoen plannen, in grote mate op de hoogte van het aanbod van de andere vier geïntegreerde aanbieders voor het nieuwe seizoen (beschikking, punt 104);
- elk van de vier grote geïntegreerde touroperators heeft tot op zekere hoogte kennis van de door de drie andere tijdens deze periode geplande veranderingen. Dit komt doordat zij dezelfde hotels gebruiken en een beroep doen op de luchtvaartmaatschappijen van de andere grote touroperators om zitplaatscapaciteit te betrekken of af te zetten of om zitplaatsen of slots te ruilen (beschikking, punt 105);
- de beslissingen over een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding kunnen niet verborgen worden gehouden, omdat de aankoop of de leasing van extra vliegtuigen het publiek noodzakelijkerwijs ter ore komt (beschikking, punt 105).

150 In punt 105 van de beschikking is de Commissie van mening: „Om al deze redenen zou elk van de vier geïntegreerde touroperators ervan op de hoogte zijn,

indien, bijvoorbeeld, één van de andere geïntegreerde aanbieders een toename van het aantal vervoerde passagiers zou plannen en aldus van het aantal vakantie-reizen dat hij kan aanbieden. Elk van de geïntegreerde touroperators heeft derhalve zicht op het totale aantal vakanties dat de anderen aanbieden.”

- 151 In punt 113 van de beschikking komt de Commissie tot de slotsom dat, gezien de rigiditeit met betrekking tot capaciteitsbeslissingen, de hoge mate van doorzichtigheid, het „na de fusie [...] nog waarschijnlijker (zal) maken dat de grote aanbieders het aanbod op de markt krap zullen houden en aldus meer onbevredigde vraag laten bestaan dan waarschijnlijk zou zijn in een minder doorzichtig systeem (waarin er een groter — tijdelijk — aanbodoverschot zou optreden, waardoor prijsverlagingen noodzakelijk worden om de producten af te zetten) om hen in staat te stellen de gemiddelde prijzen op te drijven tot boven het concurrerende niveau”.
- 152 Verzoekster betoogt dat de betrokken markt tijdens de planningsperiode niet doorzichtig is. In wezen stelt zij dat de beslissingen over de totale capaciteit in feite bestaan uit een breed gamma van individuele beslissingen over elke geplande bestemming en vlucht en dat de in de geplande capaciteit aangebrachte wijzigingen ten opzichte van de aanvankelijke capaciteit significant zijn en zeer moeilijk te onderkennen.
- 153 Zij is van mening dat de betrokken markt tijdens de verkoopperiode evenmin doorzichtig is. In wezen betoogt zij dat de doorzichtigheid van de capaciteit niet los van de doorzichtigheid van de prijzen kan worden gezien, en dat de Commissie de aard van de gegevens in de geïnformatiseerde systemen voor de boeking van vakantie-reizen niet heeft begrepen.
- 154 De Commissie erkent dat de capaciteitsbeslissingen tijdens de planningsperiode niet volledig doorzichtig zijn, maar herinnert aan de verschillende mogelijkheden om de in de beschikking (punten 104 en 105) genoemde informatie met betrekking tot de vier grote touroperators te verkrijgen.

- 155 Volgens de Commissie is de doorzichtigheid van de prijzen tijdens het verkoopseizoen van geen enkel belang omdat de beslissende mededingingsfactor op de betrokken markt niet de prijs, maar de capaciteit is. Zij voegt er evenwel aan toe dat tijdens dat seizoen de doorzichtigheid op het gebied van de totale capaciteit vrijwel totaal is, omdat elke marktdeelnemer de capaciteit van zijn concurrenten kan berekenen op basis van het aanbod in hun catalogi en op basis van hun eerdere programma's.
- 156 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat het feit dat een markt voldoende doorzichtig is om elk lid van de oligopolie in staat te stellen de gedragingen van de anderen te kennen, het ontstaan van een collectieve machtspositie vergemakkelijkt.
- 157 Allereerst moet worden opgemerkt dat de Commissie zich in casu op het standpunt stelt dat de stilzwijgende coördinatie die de collectieve machtspositie kenmerkt, niet betrekking heeft op de prijs, maar op het capaciteitsaanbod op de markt en dat, zoals zij in punt 103 van de beschikking opmerkt, de wezenlijke beslissingen op het gebied van de capaciteit voor het komende seizoen tijdens de planningsperiode worden genomen. In punt 63 van de beschikking erkent de Commissie zelf dat „als het reserveringsseizoen is geopend (dat wil zeggen vanaf ongeveer de zomer van 1999 voor vertrek in de zomer van 2000) [...] er nog nauwelijks ruimte (is) voor aanpassingen wegens het gebrek aan flexibiliteit van tal van overeenkomsten met leveranciers en de problemen in verband met wijzigingen van data, vluchten, hotels, enzovoort, van klanten die reeds geboekt hebben”. Zij verklaart (punt 62 van de beschikking) dat volgens Airtours een capaciteitsuitbreiding gedurende die periode tot maximaal 10 % kan gaan.
- 158 Deze benadering vindt steun in de verklaringen van de Commissie. In haar antwoord (punt 108 van de beschikking) op verzoeksters argument dat, aangezien elk van de grote geïntegreerde touroperators wegens de talloze aangeboden formules met duizenden verschillende prijzen moet werken, een

stilzwijgende afspraak over al deze prijzen onmogelijk is, wijst zij erop dat haars inziens in casu een afspraak over het prijsniveau niet noodzakelijk is om een collectieve machtspositie te doen ontstaan. Zij voegt eraan toe:

„Gedurende het verkoopseizoen zijn er weinig stimulansen voor welke geïntegreerde touroperator dan ook om de prijzen te verlagen teneinde marktaandeel te verwerven, dat bepaald wordt door de hoeveelheid aangeboden capaciteit. Derhalve hoeft er geen sprake te zijn van de stilzwijgende onderlinge overeenstemming van duizenden prijzen. Dit standpunt werd dan ook bevestigd door de economische deskundigen van Airtours: ‚het prijsstellingsgedrag van de ondernemingen nadat de capaciteit is vastgesteld is niet rechtstreeks relevant voor collectieve dominantie, dat wil zeggen de collectieve uitoefening van marktmacht’.”

159 Hieruit volgt dat in casu eerst moet worden nagegaan of elk van de grote touroperators tijdens de planningsperiode bij het nemen van zijn wezenlijke beslissingen op capaciteitsgebied al dan niet met een voldoende mate van zekerheid op de hoogte zal zijn van die van zijn voornaamste concurrenten. Slechts wanneer de doorzichtigheid voldoende is, zal hij de door de andere leden van het vermeende oligopolie vastgestelde totale capaciteit kunnen ramen, kunnen uitmaken of hij, door zijn capaciteit op een bepaalde wijze te plannen één front met hen vormt, en zal hij aldus geneigd zijn zich daaraan te houden. De mate van transparantie is ook belangrijk om nadien elk lid van het oligopolie in staat te stellen de door de anderen in de capaciteit aangebrachte veranderingen te ontdekken, de afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn te onderscheiden van eenvoudige logische aanpassingen aan de veranderlijke ontwikkeling van de vraag, en ten slotte te bepalen of er aanleiding is om daarop te reageren door maatregelen te nemen tegen de eventuele afwijkingen.

160 Uit verzoeksters antwoorden (punt B.1 en bijlagen 5-8) op een door het Gerecht genomen maatregel tot organisatie van de procesgang blijkt dat de vaststelling van de capaciteit voor elk seizoen geen voor de andere touroperators gemakkelijk voorspelbare automatische handeling is waarbij de capaciteit gewoon jaar na jaar wordt overgenomen, maar voor elke grote touroperator juist een zeer ingewikkelde taak is, waarbij slechts in bepaalde mate rekening wordt gehouden met eerdere gegevens, en die voornamelijk wordt verricht aan de hand van een subjectief oordeel van elke marktdeelnemer op basis van tal van variabelen en factoren.

- 161 Uit het onderzoek van deze gegevens blijkt in het bijzonder dat de planningscyclus niet eenvoudig van het ene op het andere jaar overgaat. Zo begint de capaciteitsplanning voor het zomerseizoen 1999 („jaar N”), dat loopt van mei tot oktober 1999, bijna achttien maanden eerder, in oktober/november 1997 („jaar N-2”). Gedurende de belangrijkste planningsfase, die uitmondt in de publicatie van de eerste catalogus in april/mei 1998 („jaar N-1”), beschikken de touroperators dus over de gegevens betreffende de resultaten van het zomerseizoen 1997 (jaar N-2) en over bepaalde gegevens betreffende het komende zomerseizoen 1998 (jaar N-1). Binnen dat tijds kader is de planning van de totale capaciteit afhankelijk van algemene en specifieke overwegingen die in de loop der tijd worden verfijnd. De algemene overwegingen („top-down considerations”) betreffen de voornaamste factoren die de vraag naar vakantie reizen beïnvloeden, zoals de economische activiteit, de wisselkoers en het vertrouwen van de consumenten. De specifieke overwegingen („bottom-up considerations”) berusten op een gedetailleerde analyse van het aanbod van bestaande producten aan de hand van bijvoorbeeld het onderzoek van de bruto en netto marges per vlucht of per logiese eenheid voor deze of gene bestemming. In dat verband worden de vluchten (naar gelang van de luchthaven van vertrek en van bestemming en de slots), de bestemming en het beschikbare product, en de vraag van de consumenten naar bijzondere soorten vakantie reizen onderzocht teneinde het totale aanbod van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen voor te bereiden. Dit aanbod wordt ook aangevuld door het aanbod van door verzoekster ontwikkelde nieuwe producten.
- 162 Verzoekster heeft gepreciseerd dat zij, gelet op de vergankelijke aard van de betrokken producten, geneigd is om bij de planning de voorrang te geven aan een analyse van de macro-economische factoren of aan specifieke overwegingen betreffende de kosten en de marge boven het onderzoek van de omvang van de vraag in het verleden, want die elementen [kunnen] de beschikbare inkomsten en de toekomstige vraag meer beïnvloeden dan vroegere prestaties (de werkelijke en de geplande verkoop in de jaren N-2 en N-1), die bij de planning voor het zomerseizoen van het jaar N niettemin ook in aanmerking zullen worden genomen, omdat zij de sterke en de zwakke punten alsmede de voor verbetering vatbare aspecten van het bestaande aanbod aantonen.
- 163 In termen van statistiek geeft de door verzoekster meegedeelde tabel (bijlage 7 bij haar antwoord) betreffende de vergelijking tussen de verkoopramingen en de

werkelijke verkopen van haar voornaamste dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk, Airtours Holidays Ltd, in de periode 1996-2000, de verschillen aan tussen de beoogde capaciteit voor het jaar waarvoor de planning loopt (jaar N), de geraamde capaciteit voor het jaar N-1 (waarvan het verkoopseizoen reeds is begonnen) en de verkochte capaciteit tijdens het jaar N-2 (waarvan het seizoen reeds is beëindigd). Uit deze tabel blijkt dat de door Airtours Holidays Ltd geplande capaciteit voor het jaar N aanzienlijke verschillen vertoont ten opzichte van de geraamde capaciteit voor het jaar N-1 (van + 7,5 % tot 11,2 % naar gelang van het jaar N) of de verkochte capaciteit tijdens het jaar N-2 (van + 7,5 % tot + 18,6 % naar gelang van het jaar N). Ter vergelijking: zij vertegenwoordigen een capaciteitsuitbreiding die 2 tot 3 keer zo groot is als de gemiddelde jaarlijkse groei van de totale vraag op de markt (tussen 3 en 4 %) die de Commissie in punt 92 van de beschikking in aanmerking heeft genomen.

164 Uit het voorgaande volgt dat de planning eigenlijk niet bestaat in het eenvoudig overnemen van de geraamde of verkochte capaciteit uit het verleden, maar in een poging om vooruit te lopen op de ontwikkeling van de vraag, zowel op macro-economisch als op micro-economisch niveau.

165 Bij al deze overwegingen komen ook nog de door verzoekster beklemtoonde praktische moeilijkheden, waardoor het zeer ingewikkeld zal zijn om de door elk van de andere grote touroperators tijdens de planingsperiode geplande capaciteit te kennen, aangezien hun beslissingen betreffende de totale capaciteit voor een bepaald seizoen voortvloeien uit een samenstel van individuele beslissingen voor elke bestemming en voor elke vlucht en per seizoen variëren.

166 Verzoekster stelt immers, zonder door de Commissie te zijn weersproken, dat zij ongeveer 50 bestemmingen vanaf 21 luchthavens in het Verenigd Koninkrijk bedient, wat neerkomt op meer dan duizend combinaties, en dat zij die van seizoen tot seizoen aanzienlijk wijzigt. Zo heeft Airtours voor de zomer van 1999 haar capaciteit voor Fuerteventura met 19 % uitgebreid, maar haar capaciteit voor deze bestemming vanuit Manchester met 13 % verminderd, terwijl de capaciteit vanuit Cardiff met 42 % is verhoogd. Ook de capaciteit van Airtours voor Menorca is met 9 % verminderd, met voor deze bestemming een

capaciteitsvermindering vanuit Manchester met 33 % en een capaciteitsuitbreiding vanaf Schotse luchthavens met 25 %. Bij wijze van voorbeeld, de categorie „drie sterren, zonder maaltijden”, die volgens de beschikking de grote meerderheid van de pakketreizen naar nabije bestemmingen vormt, omvat verschillen naar gelang van de luchthaven en de vertrekdatum, de duur van de vakantie-reizen dan wel de plaats van bestemming. In dit verband moet erop worden gewezen dat het argument dat de vliegpreis een constante vormt die weinig differentiatie kent (beschikking, punt 90), niet afdoet aan het feit dat de beslissingen over de vluchtcapaciteit per luchthaven en per vlucht worden genomen.

167 Anders dan de Commissie doet voorkomen, bestaan de capaciteitsbeslissingen dus niet eenvoudig uit een uitbreiding of een vermindering van het totale capaciteitsaanbod zonder rekening te houden met de verschillen tussen de diverse categorieën pakketreizen, die verschillen naar de plaats van bestemming, de vertrekdatum, de luchthaven van vertrek, het type vliegtuig, de soort en de kwaliteit van het logies, de verblijfsduur en ten slotte de prijs. Om dergelijke pakketreizen te kunnen aanbieden moeten de touroperators rekening houden met allerlei variabelen zoals de logiesmogelijkheden op de verschillende bestemmingen en de beschikbaarheid van vliegtuigstoelen op verschillende data en in verschillende seizoenen van het jaar. Zoals verzoekster heeft gesteld, moeten capaciteitsbeslissingen dus noodzakelijkerwijze op „micro”-niveau worden genomen.

168 De globale benadering van de Commissie (punten 88-91 van de beschikking), volgens welke het aankomt op het totale aantal door elke marktdeelnemer aangeboden pakketreizen, stuit aldus op grote moeilijkheden op praktisch gebied, want voor het kennen van de totale capaciteit, die immers een heterogeen geheel van specifieke beslissingen vormt, is het noodzakelijk om die beslissingen te kunnen achterhalen.

169 Hieruit volgt dat op het eerste gezicht de ingewikkeldheid van de capaciteitsplanning, van de ontwikkeling van het product en van de verhandeling ervan een zeer grote belemmering vormt voor elke poging tot stilzwijgende afspraken.

Aangezien het gaat om een markt waarop de vraag globaal groeit, maar die van jaar tot jaar verandert, zal een geïntegreerde touroperator beslissingen van de andere touroperators op het gebied van de capaciteit van vakantie-reizen die anderhalf jaar later zullen plaatsvinden, immers moeilijk juist kunnen interpreteren.

- 170 Ondanks het feit dat elke touroperator op basis van een heterogeen geheel van overwegingen over de capaciteit beslist, moet wel nog worden onderzocht, of elk lid van het oligopolie in de praktijk bij de vaststelling van zijn totale capaciteit „de totale capaciteit (het aantal vakantie-reizen) die door de afzonderlijke geïntegreerde touroperators wordt aangeboden” kan kennen.
- 171 In punt 105 van de beschikking verklaart de Commissie dat „elk van de vier touroperators [...] zicht heeft op het totale aantal vakanties dat de anderen [tijdens de planningsperiode] aanbieden” en dat de door elke grote touroperator in dat stadium aangebrachte wijzigingen door de andere grote touroperators kunnen worden onderkend door middel van hun contacten met hotels of hun besprekingen over de behoefte aan en de beschikbaarheid van vliegtuigstoelen met het oog op het verkrijgen of leveren van capaciteit dan wel het ruilen van zitplaatsen of slots.
- 172 De Commissie blijft echter in gebreke, deze verklaringen te onderbouwen.
- 173 In de eerste plaats kan aan de hand van de beschikking niet worden nagegaan hoeveel informatie een geïntegreerde touroperator kan verkrijgen door het feit dat een aantal van hen in contact staan met dezelfde hotels om te onderhandelen over het reserveren van een aantal bedden. Ook al zouden de grote Britse touroperators daadwerkelijk dezelfde hotels in hun pakketreizen kunnen aanbieden, neemt dat niet weg dat de sector vakantie-logies zowel aan de aanbod- als aan de vraagzijde zeer veel deelnemers telt. Het is dus zeer waarschijnlijk dat een van de grote touroperators werkt met een hotel waar hij

niet het risico loopt ook een van zijn concurrenten aan te treffen. Die waarschijnlijkheid wordt versterkt door het feit dat de hotelhouders er de voorkeur aan geven, hun kamers aan ten minste twee, in het algemeen uit verschillende landen afkomstige touroperators te verhuren. Dat beleid, dat in de aanmelding wordt genoemd, valt te verklaren door het feit dat de hotelhouder zich wil beschermen tegen het risico van vermindering van de vraag naar door een van zijn klanten aangeboden vakantiereizen of van de vraag in een van die landen.

- 174 Hieruit volgt dat de mogelijkheid dat verschillende geïntegreerde touroperators met hetzelfde hotel onderhandelen, niet significant bijdraagt aan een grotere doorzichtigheid van de markt op het tijdstip waarop de capaciteitsbeslissingen worden genomen.
- 175 In de tweede plaats biedt de beschikking nauwelijks details over de draagwijdte en het belang van de informatie die kan worden verkregen door middel van besprekingen tussen de grote touroperators over de behoefte aan en de beschikbaarheid van vliegtuigstoelen met het oog op het verkrijgen of leveren van capaciteit of het ruilen van zitplaatsen of slots. Immers, doordat preciseringen over dit punt in de beschikking ontbreken, blijkt het nauwelijks mogelijk om daaruit nuttige informatie te halen over de uitbreiding of de handhaving van de capaciteit door middel van het ruilen van zitplaatsen of slots, omdat dit ruilen in beginsel moet geschieden op basis van de ene tegen de andere zitplaats of de ene tegen de andere slot.
- 176 In dit verband moet worden gepreciseerd dat in het voorbeeld van de Commissie, dat wil zeggen in een situatie waarin de capaciteit aanzienlijk onder de geraamde vraagontwikkeling wordt gehouden, de geïntegreerde touroperators minder vliegtuigstoelen en minder logies zouden boeken. Ongetwijfeld zijn beslissingen tot vermindering van de activiteit in het algemeen moeilijker te ontdekken en te verklaren dan die tot uitbreiding ervan, en wanneer de vraag groeit is een dergelijk beperkend beleid bijzonder moeilijk te ontdekken. Verder heeft verzoekster beklemd toond, zonder door de Commissie te zijn weersproken, dat de beslissingen tot aanzienlijke uitbreiding van de capaciteit en de daarbij

behorende investeringen pas bekend worden gemaakt nadat de aanvankelijke capaciteit is vastgesteld, zodat de tijdens de planningsperiode genomen beslissingen niet nauwkeurig zijn te achterhalen. Bijgevolg kan het door de Commissie in punt 105 van de beschikking aangevoerde argument dat de aankoop of de leasing van nieuwe vliegtuigen niet kunnen worden verheimelijkt, omdat deze beslissingen het publiek noodzakelijkerwijze ter ore komen, niet in aanmerking worden genomen om aan te tonen dat de markt voor de vier grote touroperators in het stadium van de capaciteitsplanning doorzichtig is.

177 Bovendien moet worden opgemerkt dat de beslissingen over de benutting van luchtvaartmaatschappijen laat in de planningsperiode worden genomen. Volgens de gegevens die Airtours in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt, neemt zij pas vanaf de twaalfde maand die aan het begin van het seizoen voorafgaat, dat wil zeggen tegelijkertijd met de publicatie van de catalogus, de eerste beslissingen over de benutting van haar zitplaatscapaciteit. Pas tijdens de daarop volgende maanden worden beslissingen over de bij andere luchtvaartmaatschappijen aangekochte capaciteit genomen. De in het kader van de besprekingen tussen de grote touroperators verkregen informatie komt dus later beschikbaar dan de beschikking te verstaan geeft.

178 Voorts moet erop worden gewezen dat Airtours voor de aankoop van zitplaatscapaciteit niet op significante wijze afhankelijk is van de andere grote touroperators, zoals uit de in het kader van de aanmelding verstrekte gegevens blijkt. Airtours doet namelijk slechts zelden een beroep op de chartermaatschappijen van haar voornaamste concurrenten. Zo waren de voornaamste leveranciers van zitplaatscapaciteit aan Airtours Holidays voor de zomer van 1998 Spanair (27,2 % van de aankopen), Monarch (22 %), Air Europa (21 %), Air 2000, de luchtvaartmaatschappij van First Choice (9,4 %), Airworld, de luchtvaartmaatschappij van Thomas Cook (8,7 %), Air Malta (3,8 %) en twaalf andere luchtvaartmaatschappijen (7,9 %). Airtours Holidays maakt dus niet of zeer weinig gebruik van Britannia, de luchtvaartmaatschappij van Thomson, waarvan bekend is dat zij voornamelijk voor haar moedermaatschappij vliegt, en doet slechts marginaal een beroep op de voornaamste luchtvaartmaatschappijen van First Choice en Thomas Cook (Air 2000 en Airworld die 18,1 % van het totaal vormen) (bijlage 5 bij het verzoekschrift, punten 6.94, 6.119 en 6.122,

MMC-verslag, tabel 3.6, blz. 66). Verder waren voor de zomer van 1998 verzoeksters voornaamste klanten voor zitplaatscapaciteit First Choice (Unijet) (ongeveer 68 000 zitplaatsen), Monarch (Cosmos) (ongeveer 45 000 zitplaatsen), Jet Direct (ongeveer 11 500 zitplaatsen), Air Travel Group (ongeveer 10 500 zitplaatsen), en Manos (ongeveer 10 500 zitplaatsen); de rest van de zitplaatsen werd aan twintig andere marktdeelnemers verkocht. Ook hier kan worden opgemerkt dat Airtours Holidays geen of zeer weinig betrekkingen heeft met de luchtvaartmaatschappijen van Thomson (Britannia) en van Thomas Cook (Caledonian, Airworld, Flying Colors, Peach) (bijlage 5 bij het verzoekschrift, punt 6.94 en MMC-verslag, tabel 3.6, blz. 66).

179 Anders dan de Commissie stelt, vormt de omstandigheid dat de grote tour-operators met elkaar onderhandelen met het oog op de verkrijging of levering van capaciteit of het ruilen van zitplaatscapaciteit in vliegtuigen of van slots, geen garantie voor een voldoende niveau van doorzichtigheid op het tijdstip waarop de capaciteitsbeslissingen worden genomen.

180 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in punt 102 van de beschikking ten onrechte heeft gemeend dat de markt voor elk van de vier grote geïntegreerde touroperators gedurende de planningsperiode zeer doorzichtig is. Zij is dan ook ten onrechte tot de slotsom gekomen dat de mate van doorzichtigheid op de betrokken markt een kenmerk was dat het ontstaan van een collectieve machtspositie op de markt bevorderde (beschikking, punt 87), zonder dat behoefte te worden onderzocht of haar oordeel over de mate van doorzichtigheid tijdens het verkoopseizoen gegrond is, aangezien de voornaamste capaciteitsbeslissingen voor het volgende seizoen tijdens de planningsperiode worden genomen en de mogelijkheden tot uitbreiding daarna zeer gering zijn.

iv) Conclusies over de beoordeling van de voorbij en toekomstige ontwikkeling van de vraag, de veranderlijkheid ervan en de mate van doorzichtigheid op de markt

181 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de tussen de voornaamste touroperators op het tijdstip van de aanmelding bestaande mededinging niet op passende wijze heeft onderzocht en dat zij beoordelingsfouten heeft gemaakt met

betrekking tot de ontwikkeling en de voorspelbaarheid van de vraag, de veranderlijkheid daarvan, alsmede de mate van doorzichtigheid op de markt, en dat zij ten onrechte heeft gemeend dat deze kenmerken het ontstaan van een collectieve machtspositie in casu zouden bevorderen.

c) Conclusie

182 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie beoordelingsfouten heeft gemaakt bij haar conclusie dat de totstandkoming van de concentratie de drie overblijvende grote touroperators ertoe zou aanzetten om niet meer met elkaar te concurreren.

3. De ontoereikendheid van de door de Commissie onderkende factoren met een afschrikkende werking om de interne cohesie van de vermeende oligopolide machtspositie te verzekeren

183 Verzoekster verwijt de Commissie, eraan te zijn voorbijgegaan dat, zelfs al zouden de laatste drie grote touroperators hun capaciteitsbeleid na de concentratie wegens de kenmerken van de betrokken markt en de invloed van de concentratie stilzwijgend kunnen gaan coördineren, er niet voldoende vergeldings- of afschrikingsmechanismen zijn om de interne cohesie van de vermeende oligopolide machtspositie te verzekeren. Wanneer doeltreffende vergeldingsmechanismen op de betrokken markt ontbreken, wordt de levensvatbaarheid van een vermeende oligopolide machtspositie namelijk twijfelachtig, aangezien dan de stimulans op lange termijn om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, ontbreekt. Verzoekster betoogt dat het sanctiemechanisme geloofwaardig moet zijn, en betwist dan ook dat het eenvoudig dreigen met vergeldingsmaatregelen een voldoende afschrikwekkend middel is, zoals de Commissie in punt 151 van de beschikking lijkt te suggereren.

- 184 Volgens verzoekster zijn de middelen die beschikbaar zouden zijn om tijdens hetzelfde seizoen vergeldingsmaatregelen te nemen, niet geloofwaardig. Gedurende de periode die in februari afloopt, dus vóór het zomerseizoen, zou de capaciteit slechts met 10 % kunnen worden uitgebreid en nadien niet meer. In een door veranderlijkheid van de vraag gekenmerkte sector is een capaciteitsuitbreiding van 10 % evenwel niet voldoende om een significante sanctie te vormen. Bovendien worden de extra kosten van een uitbreiding van de capaciteit bij wijze van sanctie niet gecompenseerd door de voordelen die de slachtoffers van het valsspelen met een sanctie behalen. Hoe het ook zij, een capaciteitsuitbreiding is uiterst moeilijk, omdat zij strijdig kan zij met de belangen van degenen die tot sanctie overgaan, aangezien op het laatste moment toegevoegde capaciteit waarschijnlijk van mindere kwaliteit is (ongunstige vluchtschema's, logies van slechte kwaliteit) en moeilijk verkoopbaar is. Zij betwist ook de mogelijkheid om bij wijze van disciplinair wapen gebruik te maken van een uitverkoop of rechtstreeks tegen een concurrent gerichte prijzen.
- 185 Tot slot stelt verzoekster dat de middelen die beschikbaar zouden zijn voor vergeldingsmaatregelen tijdens het volgende seizoen, onwerkzaam zijn. Gelet op de periode van achttien maanden die noodzakelijk is om grote capaciteitsuitbreidingen tot stand te brengen, zou een tijdens een verkoopseizoen ontdekt bedrog pas twee seizoenen later door sterke capaciteitsuitbreidingen kunnen worden afgestraft. Het verband tussen de schending van de afspraak en de sanctie zou dan ook vaag zijn.
- 186 Met betrekking tot de in de beschikking bedoelde vergeldingsmechanismen merkt de Commissie in de eerste plaats op, dat zij een oligopolide machtspositie niet gelijkstelt met een kartel en zich dus nooit heeft voorgesteld dat een marktdeelnemer eenvoudigweg dreigt met vergeldingsmaatregelen.
- 187 Vervolgens stelt zij dat het vooruitzicht van vergeldingsmaatregelen in hetzelfde seizoen als een werkelijke en doeltreffende dreiging kan worden gezien omdat de marktdeelnemers de door hun concurrenten op de markt gebrachte capaciteit kunnen beoordelen na publicatie van de eerste uitgave van de catalogi, dus twaalf

tot vijftien maanden vóór het reisseizoen (zie punten 105-107 van de beschikking). Een capaciteitsuitbreiding van 10 % zou een zware neerwaartse druk op de prijzen uitoefenen en de door de „dissidente” marktdeelnemer verwachte winst grotendeels tenietdoen.

188 Met betrekking tot de middelen om tijdens het volgende seizoen vergeldingsmaatregelen te nemen is de Commissie, anders dan verzoekster, van mening dat het mogelijk is om de capaciteit tijdens dat seizoen aanzienlijk uit te breiden en dat het onjuist is, te stellen dat een sterke stijging pas twee seizoenen later mogelijk is.

189 Aangaande verzoeksters argument dat de andere marktdeelnemers irrationeel zouden handelen wanneer zij het risico van een algemene overcapaciteit zouden lopen, en dat een marktdeelnemer dus straffeloos zou kunnen „valsspelen”, stelt de Commissie dat een dergelijke redenering in casu niet opgaat, want daarmee wordt aangenomen dat de enig mogelijke reactie van de andere marktdeelnemers bestaat in het aan de „valsspeler” overlaten van marktaandelen.

190 Ten slotte verwerpt de Commissie het argument dat de tactiek om de catalogi van een „dissidente” concurrent terzijde te schuiven en de praktijk van selectieve verkoop om zijn producten te benadelen niet doeltreffend zijn, want zelfs wanneer men uitgaat van de door verzoekster verstrekte gegevens over de wederzijdse verkoop (16 % van haar producten zouden via Thomson en Thomas Cook worden verkocht), is een potentieel verlies dat een dergelijk percentage van de verkopen kan betreffen, een zware bedreiging in een bedrijfstak die door hoge volumes en kleine marges wordt gekenmerkt.

191 Het Gerecht merkt op dat de Commissie in de beschikking een enigszins dubbelzinnig standpunt inneemt, want zij heeft om te beginnen beklemtoond dat het bestaan van een „strikt mechanisme van vergeldingsmaatregelen” dat op

dwang berust, geen noodzakelijke voorwaarde voor een collectieve machtspositie in de onderhavige zaak is (beschikking, punt 55; zie ook punt 150), maar zij preciseert wel dat zij „het (niet met Airtours) eens is dat er in deze markt geen mogelijkheden tot vergeldingsmaatregelen zijn” en dat „hiertoe aanzienlijke mogelijkheden (bestaan), die de stimulansen voor mededingingsbeperkende parallelle gedragingen alleen nog maar verder zullen versterken” (beschikking, punt 55; zie ook punt 151).

192 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat, zoals reeds gezegd (zie hierboven punten 61 en 62), in het prospectieve onderzoek van de markt dat eigen is aan elke beoordeling van een vermeende collectieve machtspositie, een dergelijke positie niet enkel statisch moet worden bekeken, op een bepaald moment, namelijk dat waarop de operatie tot stand komt en de mededingingsstructuur veranderingen ondergaat, maar ook dynamisch moet worden beoordeeld, met name met betrekking tot de interne coherentie en de stabiliteit ervan en het feit of de eventueel daardoor ontstane, de mededinging beperkende parallelle gedragingen lange tijd kunnen worden volgehouden.

193 Het is dus van belang om te weten of het eigen belang van elk van de grote touroperators (zijn winst maximaliseren door alle marktdeelnemers te beconcurreren) niet gaat prevaleren boven het algemeen belang van de leden van de vermeende oligopolide machtspositie (de capaciteit beperken om een prijsstijging te bewerkstelligen en meer winst te behalen dan bij concurrentie mogelijk is), wat het geval zou zijn wanneer het ontbreken van factoren met een afschrikkende werking hem ertoe zou brengen, af te wijken van de gemeenschappelijke gedragslijn om, profiterend van het gebrek aan mededinging dat deze gedragslijn kenmerkt, het initiatief te nemen tot concurrerend gedrag en de daarbij behorende voordelen te behalen (zie, in die zin, arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 227 met betrekking tot de doorzichtigheid van de markt, en punten 276 en 281 met betrekking tot de structurele banden).

194 De mogelijkheid van vergeldingsmaatregelen verzekert als het ware de cohesie tussen de leden van het oligopolie omdat zij elk van hen ervan doet terugschrikken om van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken.

- 195 In die context behoeft de Commissie niet noodzakelijkerwijze aan te tonen dat er een bepaald, min of meer stringent „mechanisme van vergeldingsmaatregelen” bestaat, maar moet zij in elk geval bewijzen dat er sprake is van voldoende factoren met afschrikkende werking, zodat geen van de leden van de oligopolide machtspositie er belang bij heeft om ten koste van de andere leden van het oligopolie van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken.
- 196 De in dit verband in de beschikking genoemde factoren met afschrikkende werking zijn de volgende:
- de afschrikkende werking van het eenvoudig dreigen met een terugkeer naar een situatie van overaanbod, waarbij de ervaring van 1995 toont wat er zou kunnen gebeuren indien een capaciteitsoorlog werd ontketend (beschikking, punt 151; zie ook punt 170);
 - de mogelijkheid van capaciteitsuitbreiding tijdens het verkoopseizoen, althans tot februari, met maximaal 10 % (beschikking, punt 152);
 - de mogelijkheid om tussen twee seizoenen extra capaciteit toe te voegen, waarbij de touroperator vermeldt dat zijn gedraging een vergeldingsmaatregel tegen een bepaalde actie is, teneinde het verband tussen de afwijking en de vergeldingsmaatregel duidelijk te maken (beschikking, punt 152);
 - de mogelijkheid om tijdens het verkoopseizoen de dissidente marktdeelnemer te benadelen door zijn producten niet meer aan te bevelen of gericht tegen hem te verkopen, en hem zo te dwingen kortingen te verlenen op een groter gedeelte van zijn vakantieaanbod (beschikking, punt 152; zie ook punt 170).

- 197 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de kenmerken van de betrokken markt en de werking ervan het moeilijk maken om de vergeldingsmaatregelen zo snel en doeltreffend te nemen dat zij voldoende afschrikwekkend zijn.
- 198 Bij afwijking of, met andere woorden bij valsspelen, dat wil zeggen in een situatie waarin bijvoorbeeld één van de voornaamste touroperators tijdens de planningsperiode tracht voordeel te behalen uit de algemene capaciteitsbeperking die voortvloeit uit parallelle, de mededinging beperkende gedragingen, zullen de andere leden van het oligopolie het dus moeilijk hebben om die afwijking te ontdekken wegens het gebrek aan voldoende doorzichtigheid, iets waarover het Gerecht zich reeds heeft uitgesproken. Een eventuele afwijking is immers, gelet op de moeilijkheden voor een grote touroperator om met nauwkeurigheid op de door zijn voornaamste concurrenten genomen capaciteitsbeslissingen vooruit te lopen, in het planningstadium moeilijk te ontdekken.
- 199 In deze context lijken de door de Commissie genoemde factoren met afschrikkende werking geen rol te kunnen spelen.
- 200 Wat in de eerste plaats het eenvoudig dreigen met een terugkeer naar een situatie van overaanbod betreft, moet worden vastgesteld dat de Commissie ten onrechte is uitgegaan van de afschrikkende werking ervan. Ter illustratie van de gevolgen van een overaanbod op de markt verwijst zij naar de crisis van 1995. Gepreciseerd zij evenwel dat de feiten van 1995 zich hebben voorgedaan in een context die tegengesteld is aan de hier bedoelde. Toen hebben alle marktdeelnemers — ongeacht hun status van grote of kleinere touroperator — tijdens de planningsperiode van 1994 hun capaciteit uitgebreid om vooruit te lopen op de stijging van de totale vraag die op grond van de indicatoren in de bedrijfstak en de twee eerdere jaren van groei viel te verwachten. De Commissie heeft in casu echter een situatie op het oog waarin de drie grote touroperators veel behoedzamer te werk gaan dan gewoonlijk en minder capaciteit aanbieden dan op grond van de voorspelde vraag nodig is, en waarin vals wordt gespeeld. Het is in die situatie, die erg verschilt van de situatie van overcapaciteit in 1995, dat de afschrikkende werking van de eventuele terugkeer naar een situatie van over-

aanbod moet worden onderzocht. Een dergelijke terugkeer zou echter pas één seizoen later kunnen plaatsvinden en enkel indien de andere leden van het oligopolie zouden besluiten om meer capaciteit in te zetten dan de geraamde ontwikkeling van de markt, dat wil zeggen aanzienlijk meer ten opzichte van het niveau van ondercapaciteit dat in de context van de door de Commissie bedoelde stilzwijgende coördinatie bestond.

- 201 In de tweede plaats kan de mogelijkheid van capaciteitsuitbreiding tijdens het verkoopseizoen geen afschrikwekkende factor vormen om de volgende redenen.
- 202 Ten eerste blijkt uit de beschikking zelf dat deze markt zich onderscheidt door een natuurlijke tendens naar behoedzaamheid bij capaciteitsbeslissingen (zie punten 60-66, 97 en 136 van de beschikking), rekening houdend met het feit dat het afstemmen van de capaciteit op de vraag één van de cruciale criteria voor winstgevendheid vormt, zeker omdat de levensduur van pakketreizen beperkt is (beschikking, punt 60).
- 203 Ten tweede wordt op die markt het besluit om van de gemeenschappelijke positie af te wijken door de capaciteit tijdens het verkoopseizoen uit te breiden, genomen in een stadium waarin de tijdige ontdekking ervan moeilijk is. Daarbij komt dat, ook al zouden de andere leden van het oligopolie er wel in slagen om het dissidente gedrag te ontdekken, zij niet voldoende snel en doeltreffend kunnen reageren met een eventuele capaciteitsuitbreiding bij wijze van vergeldingsmaatregel, omdat dit — zoals in de beschikking stilzwijgend wordt erkend — tijdens hetzelfde seizoen slechts in beperkte mate mogelijk is, met steeds grotere beperkingen naarmate het verkoopseizoen vordert (in het gunstigste geval kan de capaciteit voor het komende zomerseizoen tot de maand februari slechts met 10 % worden uitgebreid) (zie beschikking, 152 en 62).
- 204 Ten slotte mag ervan worden uitgegaan dat de andere leden van de oligopolide machtspositie, wetend dat degenen die vergeldingsmaatregelen nemen, het risico

lopen dat de op het laatste moment toegevoegde pakketreizen moeilijk verkoopbaar zijn wegens de slechtere kwaliteit van die producten (ongunstige vluchtschema's, logies van slechte kwaliteit), zullen aarzelen om bij wijze van vergelding tot dergelijke capaciteitsuitbreidingen over te gaan. Met de aldus in het leven geroepen capaciteit kan waarschijnlijk wegens het late tijdstip en de geringere kwaliteit ervan niet doeltreffend worden geconcurrereerd tegen de door de dissidente marktdeelnemer tijdens de planningsperiode toegevoegde capaciteit. De dissidente marktdeelnemer profiteert dus van de voordelen die zijn verbonden aan het feit dat hij als eerste heeft gehandeld.

- 205 Ten derde moet met betrekking tot de mogelijkheid van capaciteitsuitbreiding tijdens het volgende seizoen of met betrekking tot het feit dat tussen twee seizoenen capaciteit kan worden toegevoegd (152 in fine van de beschikking), worden opgemerkt dat dit, gelet op de onvoorspelbare ontwikkeling van de vraag van jaar tot jaar en de tijd die voor de uitvoering van een dergelijke vergeldingsmaatregel nodig is, ondoeltreffend dreigt te zijn.
- 206 In de vierde plaats zou een vergeldingsactie van de andere leden van het oligopolie op het niveau van de distributie (via niet meer aanbevelen of gerichte verkoop), indien het Airtours zou betreffen, slechts ongeveer 16 % van haar verkopen raken [waarvan minder dan 10 % via Lunn Poly (Thomson) en slechts 6 % via Thomas Cook]. Zoals verzoekster stelt, vormen dergelijke reacties van secundaire aanbodbronnen niet voldoende tegenwicht. Bovendien houden dergelijke vergeldingsmaatregelen een economisch verlies in voor degenen die ze nemen, want zij moeten afzien van de commissies die Airtours betaalt voor de verkopen die in de reisbureaunetten van zijn voornaamste concurrenten plaatsvinden. De afschrikkende werking van een dergelijke vergeldingsactie is dus niet zo belangrijk als de beschikking wil doen voorkomen.
- 207 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de in de punten 151 en 152 van de beschikking genoemde elementen in de omstandigheden van het geval factoren vormen met een afschrikwekkende werking die voldoende is om één van de leden van de oligopolide machtspositie ervan te weerhouden van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken.

4. De onderschatting van de waarschijnlijke reactie van de kleine touroperators, de potentiële concurrenten en de consumenten als voldoende tegenwicht om de stabiliteit van de vermeende oligopolide machtspositie te verhinderen

208 Verzoekster stelt dat de Commissie de waarschijnlijke reactie van de kleine touroperators (ook genoemd „onafhankelijke touroperators” of „middelgrote marktdeelnemers”), van de potentiële concurrenten (met name degenen die buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen aanbieden) en van de consumenten heeft onderschat als een mogelijk tegenwicht tegen het ontstaan van een collectieve machtspositie, die niet denkbaar is wanneer de grote touroperators niet gezamenlijk in een behoorlijke mate, onafhankelijk van de andere werkelijke en potentiële concurrenten alsmede van de consumenten kunnen handelen.

209 De Commissie antwoordt dat het, om het hoofd te kunnen bieden aan een door de leden van het oligopolie onderling afgestemde capaciteitsbeperking, noodzakelijk is dat een groot aantal zeer kleine marktdeelnemers hun capaciteit in aanzienlijke mate uitbreiden, wat gelet op hun huidige omvang niet mogelijk is. Zij beklemtoont ook dat de belemmeringen voor de toegang tot de markt en voor het groeien boven een bepaalde omvang de kleinere marktdeelnemers en de nieuwkomers verhinderen om met succes in te gaan tegen de macht van de geïntegreerde touroperators en tegen de mogelijkheid van laatstgenoemden om de capaciteit op een lager niveau dan het concurrerende evenwicht vast te stellen. De middelgrote marktdeelnemers zijn dus wegens de grote hindernissen die zij bij hun ontwikkeling ondervinden, niet in staat voldoende capaciteit te leveren om aan een eventuele extra vraag te voldoen.

210 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie in de onderhavige zaak rechtens voldoende aan te tonen, ook moet bewijzen dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten de van de gemeenschappelijke gedragslijn van de grote touroperators verwachte resultaten niet aan het wankelen zal brengen.

Dit houdt in casu in dat, wanneer de grote touroperators de capaciteit op de markt om redenen van beperking van de mededinging verminderen, dat wil zeggen beneden het niveau brengen dat noodzakelijk is om aan de te verwachten ontwikkeling van de vraag te voldoen, de reactie daarop van hun werkelijke concurrenten, van de kleine touroperators, van hun potentiële concurrenten, de touroperators in andere landen of op de markt van de verre bestemmingen, en van hun klanten, de Britse consumenten, geen tegenwicht mag vormen waardoor de levensvatbaarheid van de oligopolide machtspositie afneemt.

a) De mogelijke reactie van de werkelijke concurrenten: de kleine touroperators

i) Voorafgaande opmerkingen over het probleem van de omvang van de kleine touroperators

211 In de punten 77 en 78 van de beschikking zet de Commissie uiteen dat de mogelijkheid voor de „groep” van kleine aanbieders om daadwerkelijk concurrentiedruk uit te oefenen op de vier grote touroperators nog wordt beperkt door het gebrek aan verticale integratie en door hun geringe omvang, wat met name tot gevolg heeft dat zij niet dezelfde schaal- en gammavoordelen kunnen behalen als de grote touroperators.

212 Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de Commissie (verweerschrift, punt 103) erkent dat, zoals verzoeksters deskundige, professor Neven, in het kader van de administratieve procedure heeft uiteengezet, de sector pakketreizen een sector is waarin alternatieve commerciële strategieën overtuigende resultaten kunnen opleveren, en waarin slechts weinig plaats is voor middelgrote touroperators. Volgens deze deskundige kunnen ondernemingen immers op kleine schaal werken en op de vrije markten de capaciteit (vliegtuigstoelen en hotelbedden) kopen die zij nodig hebben om pakketreizen te kunnen aanbieden. Verder kunnen ondernemingen als alternatief beslissen om grote hoeveelheden pakketreizen te verkopen. Deze ondernemingen zullen het echter riskant vinden om grote hoeveelheden capaciteit, met name vliegtuig-

stoelen, op de vrije markten te kopen, zodat verticale integratie voor hen noodzakelijk is, althans wat het luchtvervoer betreft. Die alternatieve commerciële strategie leidt niet noodzakelijkerwijze tot lagere kosten en tot een systematisch concurrentievoordeel ten opzichte van de kleine ondernemingen. Zij is intrinsiek ook riskanter dan de strategie om klein te blijven en de capaciteit op de vrije markten te kopen.

- 213 Het gaat hier evenwel niet om de vraag, of een kleine touroperator de noodzakelijke omvang kan bereiken om daadwerkelijk met de geïntegreerde touroperators te kunnen concurreren door te strijden om hun plaats als voornaamste marktdeelnemers. Waar het wel om gaat is, of in de door de Commissie bedoelde context van beperking van de mededinging de honderden reeds op de markt aanwezige kleine touroperators met zijn allen doeltreffend kunnen reageren wanneer de grote touroperators de capaciteit op de markt verminderen tot een niveau dat onder de geraamde ontwikkeling van de vraag ligt, door hun eigen capaciteit uit te breiden om te profiteren van de door een dergelijke situatie van algemene ondercapaciteit geboden kansen, en of zij aldus het ontstaan van een collectieve machtspositie kunnen tegenwerken.
- 214 In deze omstandigheden kan de Commissie ten bewijze dat de kleine tour-operators het ontstaan van een collectieve machtspositie niet doeltreffend kunnen tegenwerken, niet volstaan met te wijzen op het door partijen niet betwiste feit dat in de huidige situatie van de betrokken markt een middelgrote touroperator, teneinde doeltreffend met de geïntegreerde touroperators te kunnen concurreren, een minimale omvang moet bereiken waardoor hij op een voldoende ruime schaal kan werken, en dus tot een bepaalde mate van verticale integratie moet komen. De argumenten van de Commissie ter illustratie van de moeilijkheden voor de kleine touroperators om de minimale omvang te bereiken waarbij zij doeltreffend met de vier grote touroperators kunnen concurreren, spelen dus geen rol bij de beoordeling van de mogelijkheden van kleine touroperators en nieuwkomers om hun capaciteit uit te breiden teneinde te profiteren van de door de product-schaarste ontstane kansen die zich volgens de Commissie bij goedkeuring van de operatie zouden voordoen.
- 215 Zoals verzoekster heeft beklemtoond, blijven de kleine touroperators bovendien, ondanks de talloze overnames van kleine touroperators door de grote tour-

operators in het laatste decennium, zeer talrijk (vele honderden) met een ononderbroken regeneratie doordat nieuwkomers de markt betreden, en vormen zij ten slotte nog steeds een belangrijk deel van de markt.

- 216 In het licht van deze overwegingen moet worden uitgemaakt of de kleine touroperators in casu voldoende extra capaciteit kunnen inzetten om een eventuele beperking van de door de grote touroperators op de markt gebrachte capaciteit te kunnen tegengaan.

ii) De mogelijkheid voor de kleine touroperators om extra capaciteit in te zetten

- 217 Vooraf moet worden vastgesteld dat in casu de leden van de vermeende oligopolide machtspositie de ter voorbereiding en distributie van het betrokken product noodzakelijke grondstoffen- of dienstenmarkten niet individueel of collectief controleren. Dienaangaande blijkt uit de beschikking (punten 5-42) dat de Commissie, naast de markt van de buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen, de gevolgen van de concentratie heeft onderzocht, opwaarts op de markt van de levering van zitplaatsen op chartervluchten naar nabije bestemmingen, en neerwaarts op de markt van de reisbureaus, zonder evenwel tot de conclusie te komen dat de totstandkoming van de operatie zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van de laatste drie concurrenten op deze opwaartse en neerwaartse markten, of dat de uit de concentratie voortvloeiende onderneming (Airtours/First Choice) een individuele machtspositie zou gaan innemen.

- 218 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat verzoekster, zonder door de Commissie te zijn weersproken, verschillende voorbeelden heeft gegeven van kleine touroperators die extra capaciteit hebben ingezet naar aanleiding van door

onverwachte marktontwikkelingen geboden gelegenheden. Zo hebben in 1996 (als gevolg van de met de crisis van 1995 verbonden problemen) de drie grote touroperators destijds hun capaciteit verminderd of bevroren, terwijl een aantal kleinere touroperators hun capaciteit aanzienlijk hebben uitgebreid, zoals Virgin Holidays (+ 28 %), Kuoni Travel (+ 20 %), Direct Holidays (+ 68 %) of Sun Express (+ 109 %).

- 219 In de tweede plaats heeft verzoekster, zonder door de Commissie te zijn weersproken, gewezen op het feit dat de kleine touroperators ertoe neigen hun capaciteit vast te stellen nadat de grote touroperators hun voornaamste beslissingen ter zake hebben genomen, en dat zij, net als elke touroperator, hun capaciteit nadien nog in bepaalde mate kunnen uitbreiden.
- 220 In de derde plaats blijkt eveneens uit de stukken dat verschillende kleine touroperators blij hebben gegeven van hun bedoeling om hun marktaandeel te verbeteren, waaruit kan worden afgeleid dat zij in elk geval zeer geneigd zijn om snel de kansen te grijpen die voortvloeien uit capaciteitsbeperkingen van de kant van de grote touroperators die niets te maken hebben met de te verwachten ontwikkeling van de vraag.
- 221 In punt 85 van de beschikking beantwoordt de Commissie het door verzoekster tijdens de administratieve procedure aangevoerde argument dat middelgrote marktdeelnemers zoals Cosmos en Virgin Sun als waarschijnlijke toekomstige grote concurrenten moeten worden beschouwd, omdat zij voornemens zijn hun activiteiten uit te breiden. In haar antwoord zegt de Commissie „dat geen van deze bedrijven in de afzienbare toekomst een gevaar voor de grote touroperators kan vormen”, in de eerste plaats omdat Cosmos/Monarch ter zake van de aankoop van zitplaatscapaciteit sterk afhankelijk is van de grote tegenspelers, en niet verticaal geïntegreerd is in de reisbureaus, en in de tweede plaats omdat de activiteiten van Virgin Sun momenteel zeer beperkt in omvang zijn en dit bedrijf evenmin over zijn eigen reisbureaus beschikt. Tot slot beklemtoont zij dat Virgin Sun grote problemen heeft gehad bij het vinden van logies in de voornaamste nabije bestemmingen.

- 222 Deze overwegingen van de Commissie kunnen haar standpunt evenwel niet versterken, omdat het erom gaat te weten hoe de kleine touroperators in de toekomst kunnen reageren ingeval de laatste drie grote touroperators de op de markt gebrachte capaciteit verminderen tot beneden het concurrentieniveau. Uit die overwegingen blijkt integendeel dat deze twee middelgrote touroperators duidelijk willen profiteren van elke door de markt geboden gelegenheid.
- 223 De Commissie kan het feit dat Cosmos (Monarch) thans bij de verkoop van zitplaatscapaciteit de voorkeur pleegt te geven aan de grote touroperators boven de kleine, dus niet gebruiken om aan te tonen dat deze marktdeelnemer in geval van beperking van de capaciteit tot beneden het concurrentieniveau zijn eigen belang zou achterstellen bij dat van de leden van de vermeende oligopolide machtspositie. Ten slotte heeft de nieuwe directeur van touroperator Cosmos verklaard dat hij het marktaandeel van deze onderneming in twee jaar wil optrekken van 3,5 % naar 5 %. Daartoe beschikt Cosmos over ATOL-licenties voor 1,1 miljoen passagiers (ATOL, Air Travel Organisers' License, licentie afgegeven door de Civil Aviation Authority).
- 224 Verder zouden om dezelfde redenen de problemen die Virgin Sun heeft gehad om logiesovereenkomsten voor sommige nabije bestemmingen te sluiten, gemakkelijk worden opgelost wanneer de grote touroperators hun vraag naar kamers zouden verminderen. Blijkens een brief van 16 augustus 1999 van Virgin Sun aan de Commissie, die in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang aan het dossier is toegevoegd, is het in de meeste mediterrane bestemmingen gemakkelijk om kwantitatief en kwalitatief voldoende logies te verkrijgen, behalve in de meest populaire zoals de Balearen, waar de grote touroperators meer en meer langetermijncontracten met de hotelhouders sluiten, wat het voor de kleine touroperators moeilijk maakt om het gewenste logies te vinden. Uit deze brief blijkt echter ook dat touroperators zoals Virgin Sun oplettend zijn en proberen gebruik te maken van alle kansen die zich op deze populaire markten voordoen. Wanneer de grote touroperators bij hun pogingen om de capaciteit te beperken het overeengekomen logies niet zouden gebruiken, zouden de kleine touroperators snel in staat zijn daarvoor overeenkomsten te sluiten teneinde de hoeveelheid op de markt gebrachte pakketreizen uit te breiden. Ten slotte moet

eraan worden herinnerd dat Virgin Sun de onlangs opgerichte touroperator voor pakketreizen naar nabije bestemmingen is van de Virgin Travel Group, die sinds mei 1999 georganiseerde reizen naar de meest populaire bestemmingen aanbiedt, te weten Korfoe, de Costa Blanca, de Costa del Sol, Mallorca, Menorca, Ibiza, Portugal, Rhodos, Gran Canaria, Tenerife en Turkije, met vluchten vanaf de luchthavens London Gatwick en Manchester en dat volgens de voorzitter van de Virgin Travel Group het doel van Virgin Sun is om binnen tien jaar het marktaandeel van Thomson te bereiken. Opgemerkt moet worden dat Virgin Travel Group over ATOL-licenties voor 400 000 passagiers beschikt.

225 Ten slotte kunnen ook British Airways Holidays (375 000 ATOL-licenties in 1999) en Kuoni (230 000 in het Verenigd Koninkrijk verkochte georganiseerde vakantie-reizen in 1998), twee op de markt van georganiseerde vakanties naar nabije bestemmingen aanwezige concurrenten die over belangrijke financiële middelen beschikken, hun capaciteit snel uitbreiden wanneer de grote touroperators zouden trachten om een collectieve machtspositie tot stand te brengen.

226 In de vierde plaats moet worden opgemerkt dat uit een tijdens de administratieve procedure overgelegd en door de Commissie niet betwist onderzoek naar de aanwezigheid van een selectie van 59 kleine touroperators op een aantal door de grote touroperators bediende nabije bestemmingen, waarvan twaalf van de meest populaire, blijkt dat al die bestemmingen door minstens vier kleine touroperators worden bediend; dat de meest populaire bestemmingen, zoals Korfoe, Rhodos, Majorca of het vasteland van Spanje door een groot aantal van hen worden bediend (20 tot 30 kleine touroperators); en dat een aantal kleine touroperators, (zoals Cosmos, Manos of Virgin Holidays) vrijwel alle bestemmingen bedienen (zie tabel 1 van bijlage 8 bij het verzoekschrift, rapport van professor D. Neven, verzoeksters deskundige, getiteld *Competition in the UK foreign package holiday market: an economic analysis*, juli 1999). Uit deze studie blijkt eveneens dat de kleine touroperators (wat logies en diensten betreft) soortgelijke producten tegen vergelijkbare, ja zelfs betere prijzen, aanbieden dan de grote touroperators.

227 In de vijfde plaats en anders dan de Commissie in punt 83 van de beschikking betoogt, blijkt uit deze door de Commissie niet betwiste studie dat de kleine

touroperators er gewoonlijk in slagen om voor het logies in nabije bestemmingen soortgelijke voorwaarden te verkrijgen als de grote touroperators. Die studie onderzoekt twintig hotels in nabije en populaire bestemmingen en vergelijkt de door Airtours verkregen prijzen met die welke zijn verkregen door Panorama en Direct, twee kleine onafhankelijke touroperators die nadien door Airtours zijn overgenomen; uit dat onderzoek blijkt dat deze prijzen gelijksoortig zijn en dat de kleinere touroperators in bepaalde gevallen betere voorwaarden hebben verkregen dan Airtours, terwijl laatstgenoemde veel meer logies reserveerde dan de kleine touroperators.

- 228 Hieruit volgt dat in het bedoelde geval de kleine touroperators zouden trachten extra capaciteit in te zetten. Bij het onderzoek naar hun mogelijkheid om dat te doen moet echter nauwkeuriger worden nagegaan, of zij over voldoende toegang tot de markt van vliegtuigstoelen en tot de markt van reisbureaus beschikken.

iii) De toegang van de kleine touroperators tot vliegtuigstoelen

- 229 In de beschikking wordt uiteengezet dat de kleine touroperators niet over voldoende vliegtuigstoelen beschikken en dat de uitvoering van de voorgenomen operatie die situatie zou verergeren (beschikking, punten 78, 79 en 83 in fine). Hun kleine omvang heeft tot gevolg dat zij niet dezelfde schaal- en gammavoorwaarden kunnen behalen als de grote touroperators. Zo kunnen zij een chartermaatschappij geen volledige bezetting van een vlucht aanbieden (behalve, misschien, gedurende enkele dagen tijdens het hoogseizoen), wat voor de luchtvaartmaatschappij het risico vergroot de vlucht te moeten uitvoeren met een minder optimale bezetting. Bijgevolg zal de luchtvaartmaatschappij, teneinde zich tegen dit grotere risico in te dekken, de kleine touroperators waarschijnlijk een hogere prijs per zitplaats in rekening brengen dan de grote touroperators (beschikking, punt 78). Kleine touroperators hebben erop gewezen dat zij nu reeds moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van zitplaatscapaciteit op de gewenste dagen (in het bijzonder in het weekend) en vanaf de grote luchthavens voor vakantievluchten (Gatwick en Manchester). Touroperators (en luchtvaart-

maatschappijen) hebben aangegeven dat zij vertrekmogelijkheden op deze twee luchthavens moeten aanbieden om de belangrijkste consumentencentra te kunnen bereiken en aldus een geloofwaardige „nationale” dekking te bieden, omdat anders hun vooruitzichten om het stadium van kleine concurrent te overstijgen, gering zijn (beschikking, punt 79).

- 230 In punt 80 van de beschikking voegt de Commissie eraan toe dat „de grote touroperators reeds over een sterke positie op de markt beschikken met betrekking tot de verkoop van zitplaatscapaciteit aan onafhankelijke touroperators. Zo heeft een touroperator opgemerkt dat Monarch — de enige leverancier van de onafhankelijke sector van betekenis die na de fusie nog zou overblijven — er ook nu al toe neigt eerst te voorzien in de behoefte van de grote touroperators (die meer dan de helft van zijn verkopen aan derden afnemen) alvorens het aanbod aan onafhankelijke bedrijven te overwegen en geweigerd heeft met deze touroperator zelfs maar besprekingen te voeren over het programma van het komende jaar totdat de grote touroperators de door hen benodigde capaciteit hadden meegedeeld”.
- 231 Het Gerecht merkt in de eerste plaats op dat uit tabel 2 van de beschikking (punt 159) die de marktaandelen van de voornaamste leveranciers van zitplaatscapaciteit aan derden weergeeft (gegevens die alle verkopen aan derden, waaronder de verkopen aan en tussen grote touroperators alsmede de verkopen aan kleine touroperators omvatten), blijkt dat Airtours/First Choice, zodra de operatie tot stand komt, in staat zal zijn om minder dan een kwart van het aanbod van zitplaatscapaciteit aan derden te controleren en dat de drie grote touroperators gezamenlijk minder dan de helft zullen aanbieden, met de precisering dat Thomson slechts zeer weinig op deze markt aanwezig is. Hieruit volgt dat aan de wezenlijke behoeften van derden aan zitplaatscapaciteit nog steeds zal worden voldaan door van de grote touroperators onafhankelijke aanbieders. Deze situatie biedt zekere waarborgen voor de kleine touroperators, omdat slechts twee of drie grote touroperators op significante wijze op deze markt aanwezig zijn en de onafhankelijke derden een belangrijke bron van zitplaatscapaciteit vormen.

- 232 Anders dan de Commissie stelt, kan uit niets worden afgeleid dat deze situatie ten gevolge van de concentratie aanzienlijk zal veranderen. De Commissie vreest dat een waarschijnlijk nog verder gaande rationalisatie van zitplaatscapaciteit door de door fusie tot stand gekomen eenheid, bestaande uit verzoekster en First Choice, de problemen van de kleine touroperators zal verergeren doordat dan het aantal beschikbare zitplaatsen wordt verminderd. Verzoekster stelt dat de fusie geen negatieve gevolgen zal hebben: voor de beschikbare zitplaatscapaciteit voor derden: wanneer Airtours en First Choice meer zitplaatscapaciteit binnen de uit de concentratie voortvloeiende groep zouden gebruiken (wat de derden-touroperators die thans met Airtours International en Air 2000 vliegen, zou uitsluiten), dan zou de voordien door Air Tours en First Choice gereserveerde zitplaatscapaciteit op andere luchtvaartmaatschappijen vrijkomen. Die redenering heeft de Commissie overigens zelf gevolgd in haar beschikking *Westdeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook* van 8 maart 1999 (zaak IV/M.1341) (PB C 102, blz. 9, punt 36), waarin zij verklaarde: „Voorzover de gecombineerde entiteit Thomas Cook haar strategie zou heroriënteren op het gebruik van de intern beschikbare capaciteit van chartermaatschappijen (bijvoorbeeld die van Caledonian) in plaats van capaciteit bij derden te kopen, zou deze capaciteit bij derden vrijkomen en beschikbaar zijn voor klanten die tot dan toe bij Flying Colors of Caledonian hadden ingekocht.” De Commissie heeft geen overtuigende argumenten aangevoerd om aan te tonen dat de aan deze redenering ten grondslag liggende logica in casu niet meer geldt.
- 233 Ook met betrekking tot het betoog in punt 80 van de beschikking volstaat de vaststelling dat verzoekster, zonder door de Commissie tijdens de procedure voor het Gerecht te zijn weersproken, heeft gesteld dat Monarch naar eigen zeggen de grote touroperators niet ten koste van de kleinere bevoordeelt, en dat zij in feite heeft erkend dat zij door de fusie Thomas Cook/Carlson afhankelijker is geworden van de derden-touroperators zonder eigen chartervluchten, iets waartoe de fusie Airtours/First Choice ook zou hebben geleid.
- 234 In de tweede plaats wijst het Gerecht erop dat, zoals verzoekster heeft gesteld, uit de verklaring van een van de voornaamste bemiddelaars voor zitplaatscapaciteit, Hunt & Palmer, wiens activiteit bestaat in het op elkaar afstemmen van vraag en aanbod door de „overblijvende” capaciteit die de luchtvaartmaatschappijen in de handel wensen te brengen, aan touroperators te verkopen (bijlage 39 bij het

verzoekschrift) blijkt dat de kleine touroperators zitplaatscapaciteit voor een seizoen (of voor een kortere periode) met vertrek in het weekend kunnen verkrijgen uit vier bronnen: buitenlandse luchtvaartmaatschappijen, lijnvluchtmaatschappijen, goedkope luchtvaartmaatschappijen en onafhankelijke in het Verenigd Koninkrijk gevestigde chartermaatschappijen. Gepreciseerd moet worden dat er in het Verenigd Koninkrijk ten minste vijftien onafhankelijke bemiddelaars bestaan en dat de Commissie deze verklaring niet heeft betwist.

- 235 De argumenten van de Commissie om de levensvatbaarheid van deze bevoorradingsbronnen in twijfel te trekken zijn niet overtuigend.
- 236 De eerste bron is die van de op de luchthaven van bestemming gevestigde buitenlandse luchtvaartmaatschappijen (zoals Spanair, Air Europa of Futura).
- 237 Volgens de Commissie bieden deze maatschappijen geen levensvatbare oplossing, omdat zij op de voornaamste Britse luchthavens, met name Gatwick, moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van voldoende slots op passende uren. Aangezien hun vloot bovendien niet op de Britse luchthavens is gestationeerd, moeten de vliegtuigen 's ochtends naar het Verenigd Koninkrijk vliegen en 's avonds terug, wat voor de klanten meebrengt dat zij 's avonds laat heen vliegen en 's ochtends vroeg terug. Dergelijke vluchtschema's verminderen de werkelijke duur van de vakantie reizen aanzienlijk, wat door de consumenten niet wordt gewaardeerd. Dit argument wordt echter tegengesproken door de verklaring van Hunt & Palmer, dat retourreizen ook op Gatwick kunnen beginnen.
- 238 Hoe het ook zij, het gaat er hier om, te bepalen of de kleine touroperators in een situatie van ondercapaciteit van aangeboden pakketreizen extra zitplaatscapaciteit tegen redelijke voorwaarden kunnen verkrijgen en niet of zij kunnen beschikken over de beste luchthavens van vertrek en de beste vluchtschema's. Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat de Commissie het niet nuttig

heeft geacht, de Britse markten van georganiseerde vakantiereizen naar nabije bestemmingen en van de levering van zitplaatsen op chartervluchten aan touroperators verder onder te verdelen, bijvoorbeeld per regio of per luchthaven van vertrek. Integendeel, in de beschikking (punt 45) heeft de Commissie overwogen dat er sprake is van een relatieve eenvormigheid van reizen en kosten, hetgeen erop wijst dat er in voldoende mate overlapping bestaat tussen de mogelijke regionale en lokale markten om deze in het kader van de huidige zaak te beschouwen als één enkele, nationale markt van de vraagzijde (op basis van een „substitutieketen”). De Commissie is tot die slotsom gekomen (punt 45) na vermelding van het feit dat de consumenten er de voorkeur aan geven te vertrekken van een dicht bij hun woonplaats gelegen luchthaven, na te hebben beklemtoond dat wegens de landingsrechten en andere daarmee samenhangende factoren de prijzen bij vertrek van sommige kleine regionale luchthavens vaak hoger zijn dan die bij vertrek vanaf grote „vakantie”-luchthavens (Londen Gatwick en Manchester), maar dat het in rekening gebrachte supplement (of de aangeboden korting) in het algemeen relatief gering is in vergelijking met de totale kosten van de vakantie, vooral indien rekening wordt gehouden met de bijkomende kosten van de reis over de weg naar een goedkopere, maar op grotere afstand gelegen luchthaven. Hetzelfde geldt voor de aanbodzijde, omdat de touroperators volgens de Commissie (beschikking, punt 45) hun producten op nationale basis verkopen zonder dat daarbij een groot verschil wordt gemaakt, op het gebied van de prijs of anderszins, tussen de regio's. Bovendien kunnen de touroperators en de luchtvaartmaatschappijen over het algemeen gemakkelijk vliegtuigen en vluchten verzetten van de ene luchthaven naar de andere, met uitzondering van Gatwick, waar de beschikbaarheid beperkt is (beschikking, punt 46).

- 239 Met betrekking tot het argument van de Commissie dat de door de buitenlandse luchtvaartmaatschappijen gebruikte vliegtuigen in het algemeen 's morgens naar het Verenigd Koninkrijk en 's avonds terug moeten vliegen, wat voor de consument ongemak meebrengt, moet worden vastgesteld dat dit argument feitelijk onjuist is, omdat de gemiddelde vluchtduur naar een Europese bestemming ongeveer twee uur bedraagt. De op de luchthavens van bestemming gevestigde maatschappijen kunnen dus meerdere retourvluchten op dezelfde dag uitvoeren en bijvoorbeeld 's morgens een eerste vlucht Spanje/Verenigd Koninkrijk en een tweede vlucht Verenigd Koninkrijk/Spanje en 's avonds een eerste vlucht Spanje/Verenigd Koninkrijk en een tweede vlucht Verenigd Koninkrijk/Spanje.

- 240 Ten slotte moet erop worden gewezen dat verzoekster tijdens de administratieve procedure heeft gesteld, zonder door de Commissie te zijn weersproken, dat de op de luchthavens van bestemming gevestigde maatschappijen in 1998 (het laatste jaar waarvoor ten tijde van de beschikking gegevens voor handen waren) meer dan 1 miljoen zitplaatsen hebben geleverd voor vakantiegangers die pakketreizen hadden geboekt en voor vakantiegangers die slechts de vlucht hadden geboekt, en dat het aantal zitplaatsen geleverd door de op de plaats van bestemming gevestigde maatschappijen in de afgelopen jaren sterk is gestegen.
- 241 Hieruit volgt dat, anders dan de Commissie betoogt, deze vervoermaatschappijen een belangrijke rol kunnen spelen wanneer de kleine touroperators het aantal pakketreizen zouden trachten uit te breiden, indien de gelegenheid zich voordoet.
- 242 De tweede bron is die van de lijnvluchtmaatschappijen (zoals Debonair, Flightline of CityFlyer), waarvan de bezettingsgraad in het weekend bij gebrek aan zakenreizigers laag is.
- 243 De Commissie is van mening dat de zitplaatscapaciteit van de lijnvluchtmaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk een marginale factor blijft omdat British Airways slechts een gering aandeel van zijn capaciteit aan dit soort vluchten besteedt. De redenen zijn de hoge prijzen, het feit dat de lijnvluchtmaatschappijen geen rechtstreekse vluchten naar vakantiebestemmingen exploiteren, het gebrek aan beschikbare zitplaatsen en de starre vluchtschema's.
- 244 Deze elementen vormen echter geen significante belemmeringen voor de kleine touroperators die hun capaciteit willen uitbreiden. Met betrekking tot de prijsverschillen moet erop worden gewezen dat het aandeel van de kosten van luchtvervoer in pakketreizen marginaal blijft. Bijvoorbeeld, de prijs in augustus van een vlucht Liverpool-Malaga met EasyJet bedroeg 108 GBP en die van een vlucht Stansted-Malaga met Go 140 GBP, terwijl de prijs van pakketreizen van

veertien dagen in augustus naar Marbella in Spanje 1 598 GBP bij Virgin Holidays bedroeg, 1 698 GBP bij Bath Travel en 1 738 GBP bij Airtours (verzoekschrift, bijlage 8, tabel 2, en bijlage 40). Het aandeel van het vervoer is dus in elk geval minder dan 10 % van de prijs van pakketreizen. In dat verband heeft verzoekster tijdens de administratieve procedure een tabel overgelegd (tabel 5 van het economische deskundigenrapport, bijlage 8 bij het verzoekschrift) waarin de prijzen van een lijnvlucht met die van een chartervlucht worden vergeleken voor verschillende bestemmingen op verschillende data. Die tabel is opgesteld aan de hand van gegevens die waren verkregen bij Panorama, een kleine touroperator die onlangs door Airtours is overgenomen. Er mag worden aangenomen dat soortgelijke gegevens bij andere kleine touroperators kunnen worden verkregen. Uit dit economische deskundigenrapport blijkt dat het prijsverschil schommelt tussen 20 en 30 GBP, wat uiteindelijk slechts een zeer geringe invloed heeft op de prijs van pakketreizen en dus op het concurrentievermogen van kleine touroperators die gebruik maken van lijnvluchten. In dit verband moet worden opgemerkt dat het prijsverschil vooral valt te verklaren door de verplichting tot betaling van luchthavenbelasting in geval van lijnvluchten.

- 245 Met betrekking tot de voorwaarden die de lijnvluchtmaatschappijen kunnen aanbieden, met name wat de data en de slots betreft, moet worden opgemerkt dat twee van de vijf door verzoekster genoemde voorbeelden aan de hand van gegevens die bij Panorama voor de aan de overname voorafgaande periode zijn verzameld, aantonen dat het mogelijk is om vluchten op zaterdag en zondag te verkrijgen. Ook blijkt uit de verklaring van Hunt & Palmer overduidelijk dat het belang van het werk van de vliegcapaciteitsbemiddelaar juist bestaat in zijn vermogen om vluchten in het weekend te vinden. Bovendien wordt er in de beschikking zelf (voetnoot 38) op gewezen dat British Airways in het weekend vanaf Britse regionale luchthavens een aantal chartervluchten aanbiedt, waarbij gebruik wordt gemaakt van vliegtuigen die op dat moment niet nodig zijn voor lijnvluchten. Wat vervolgens de luchthavens van vertrek betreft, moet worden verwezen naar de eerdere uitspraken over de buitenlandse lijnvluchtmaatschappijen. Wat ten slotte de vraag betreft, of het feit dat slechts een gedeelte en niet de totale zitplaatscapaciteit wordt gekocht, een ernstige handicap vormt, moet erop worden gewezen dat uit verzoeksters voorbeelden van door de bemiddelaars toegepaste prijzen blijkt dat het prijsverschil miniem is (minder dan 10 %) en dat de prijs van een zitplaats die in het kader van de aankoop van slechts een gedeelte van de zitplaatscapaciteit is verkregen, soms lager is dan de prijs van een zitplaats die in het kader van de aankoop van alle zitplaatscapaciteit is verkregen (zie rapport van professor Neven in bijlage 8 bij het verzoekschrift).

- 246 Wat het beperkte aantal door de lijnvluchtmaatschappijen bediende bestemmingen betreft, moet erop worden gewezen dat de door verzoekster genoemde lijnvluchtmaatschappijen, naast de voornaamste toeristische bestemmingen in Spanje, ook Zuid-Frankrijk en Italië bedienen. In elk geval lijken de buitenlandse lijnvluchtmaatschappijen in staat om in voorkomend geval lijnvluchten naar andere bestemmingen op te vangen.
- 247 Uit het voorgaande volgt dat, anders dan de Commissie betoogt, de lijnvluchtmaatschappijen door de kleine touroperators kunnen worden gebruikt om hun capaciteit doeltreffend uit te breiden en aldus weerstand te bieden aan de beperkingen die de voornaamste touroperators zouden opleggen.
- 248 De derde bron is die van de lagetarievenmaatschappijen (zoals Ryanair of Go), waarvan de capaciteit in de afgelopen jaren sterk is gestegen en die in staat zijn om diensten op maat aan te bieden. Verzoekster heeft een kaart verstrekt met de voornaamste bestemmingen van de lagetarievenmaatschappijen (verzoekschrift, bijlage 40), waaruit blijkt dat de voornaamste bestemmingen aan de Spaanse middellandsezeekust ten minste door één maatschappij worden bediend, of dikwijls door twee, ja zelfs drie: Barcelona (vanaf de luchthaven Luton door Debonair, vanaf de luchthaven Liverpool door EasyJet, vanaf de luchthaven Gatwick door AB Airlines); Palma (vanaf de luchthaven Luton door EasyJet, vanaf de luchthaven Stansted door Go); Ibiza (vanaf de luchthaven Stansted door Go); Alicante (vanaf de luchthaven Stansted door Go); en Malaga (vanaf de luchthaven Liverpool door EasyJet, vanaf de luchthaven Stansted door Go).
- 249 De vierde bron is die van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onafhankelijke chartermaatschappijen (zoals Monarch, maar ook European Air Charter, British World of Titan), die ook gebruik maken van kleine vliegtuigen met lage exploitatiekosten. Aangezien zij meer dan 50 % van het aanbod op de markt voor de levering van zitplaatscapaciteit aan derden op chartervluchten vertegen-

woordigen (zie tabel 2 van de beschikking, punt 159), moet daaruit worden geconcludeerd dat, anders dan de Commissie stelt, deze maatschappijen over voldoende capaciteit beschikken om een geloofwaardige bevoorradingsbron voor de kleine touroperators te vormen.

250 Ten slotte heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat het voor de geïntegreerde touroperators van essentieel belang is, hun vliegtuigen maximaal te vullen teneinde de levensvatbaarheid van hun werkzaamheden te verzekeren. Aangezien hun luchtvloot een zeer belangrijk gedeelte van hun vaste kosten uitmaakt, zullen de lijnvluchtmaatschappijen van de grote touroperators geneigd zijn de kleine touroperators de overgebleven lege zitplaatsen aan te bieden in het door de Commissie bedoelde geval van een aanzienlijke beperking van de capaciteit door de grote touroperators.

251 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de kleine touroperators geen toegang tot zitplaatscapaciteit hebben om hun capaciteit te kunnen uitbreiden teneinde te profiteren van de kansen die ontstaan door de productschaarste die volgens haar ten gevolge van een beperking van de mededinging in geval van goedkeuring van de operatie zouden intreden.

iv) De toegang van de kleine touroperators tot de distributie

252 In de punten 81 en 82 van de beschikking noemt de Commissie enkele moeilijkheden waarmee de kleine touroperators worden geconfronteerd, zoals de discriminerende commissietarieven in de reisbureaus van de grote geïntegreerde touroperators, de gerichte verkoop van de producten van deze laatstgenoemden en de uitstalling van hun catalogi en voordeelacties, hetgeen hen belet om daadwerkelijk met de grote touroperators te concurreren.

- 253 Verzoekster komt op tegen de stelling van de Commissie dat de verticale integratie van de voornaamste touroperators de toegang tot de distributie heeft verminderd, omdat een verticale integratie haars inziens pas tot onaanvaardbare uitschakeling leidt wanneer er op het niveau van de distributie een horizontale macht bestaat op de markt, wat in casu niet het geval is.
- 254 De Commissie stelt dat de grote touroperators alle grote nationale reisbureauketens en de meeste verkooppunten beheersen. In die reisbureaus krijgen de andere marktdeelnemers te maken met gerichte verkoop, te weten een voorkeursbehandeling voor de producten van de moedermaatschappij, wat een zeer grote hindernis voor de toegang tot de markt en de groei van de kleine touroperators vormt. Met betrekking tot de overige distributiekkanalen zoals de distributie via telefooncentra en Internet, betoogt de Commissie dat deze nog geen levensvatbare vervanging voor reisbureaus vormen, zoals blijkt uit de pogingen van de voornaamste marktdeelnemers, waaronder First Choice, om reisbureauketens op te richten of te kopen.
- 255 Er moet aan worden herinnerd dat het hier niet gaat om de vraag, welke omvang noodzakelijk is om de machtspositie van de grote touroperators aan te tasten, maar om te bepalen of de reeds op de markt aanwezige kleine touroperators in de context van beperking van de mededinging die de Commissie op het oog heeft, onder bevredigende omstandigheden toegang tot de distributiemarkt kunnen verkrijgen en aan de consumenten grote hoeveelheden pakketreizen kunnen verkopen. Uit een eenvoudig onderzoek van de beschikking blijkt dat, zoals verzoekster betoogt, dit het geval is.
- 256 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat, zoals de Commissie in punt 32 van de beschikking heeft verklaard, de concentratie niet tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie op het gebied van de reisbureaudiensten als geheel zal leiden, onafhankelijk van het feit of de rechtstreekse verkoop van pakketreizen door touroperators of de verkopen op afstand (dat wil zeggen per

telefoon) al dan niet zijn inbegrepen, omdat het gecombineerde aandeel van de partijen op de markt van de reisbureaudiensten in termen van verkooppunten klein is (ongeveer 15 %).

- 257 Vervolgens blijkt uit de beschikking (punt 81), dat bijna 40 % van alle via reisbureaus verkochte buitenlandse pakketreizen door onafhankelijke reisbureaus wordt verkocht. In de tweede plaats erkent de Commissie zelf (punt 31) dat er andere distributiemethoden bestaan en dat die zich sterk ontwikkelen, zoals de rechtstreekse verkoop per telefoon of via Internet, die reeds ongeveer 20 % van de totale verkoop van pakketreizen vertegenwoordigen, wat de kleine touroperators meer kansen biedt om hun producten in een situatie van beperkt aanbod efficiënt te distribueren. In dat verband is het opmerkelijk dat Direct Holidays (een door Airtours overgenomen onafhankelijke touroperator), die al zijn vakantie-reizen rechtstreeks verkoopt, in de periode 1995-1996 (toen de grote touroperators financiële moeilijkheden ondervonden) aanzienlijk is gegroeid, (verzoekschrift, punt 9.18). Daaraan moet in dit verband worden toegevoegd dat verzoekster, zonder door de Commissie te zijn weersproken, heeft beklemtoond (verzoekschrift, punt 9.19) dat de Commissie tijdens de administratieve procedure de volgende verklaringen van derden betreffende de rechtstreekse verkoop als levensvatbare toegang tot de markt heeft ontvangen (aangehaald in punt 3.57 van het antwoord op de mededelingen van de punten van bezwaar, in bijlage 7 bij het verzoekschrift):

- Volgens Thomas Cook „wordt meer en meer afgestapt van de traditionele wijzen van persoonlijke reservering van vakantie-reizen via een reisbureau. Het rapport van de British National Travel Survey toont aan dat de indirecte reserveringen sinds het einde van de jaren tachtig zijn gestegen van 29 % van de totale reserveringen in 1992 [...] tot 34 % in 1998”;
- Naar de mening van Thomson „stijgt het aantal consumenten dat vakantie-reizen via rechtstreekse niet-traditionele aankoopmethoden reserveert, en ook het aandeel van de consumenten die de rechtstreekse aankoop als een alternatief voor de reservering via een traditioneel reisbureau in een winkelstraat beschouwen”;

- Virgin Holidays heeft verklaard: „Als touroperator beschikken wij niet over een distributieketen. Aan de hand van onze eigen verkopen hebben wij een aanzienlijke stijging van het aantal via ‚call centres’ gekochte vakantie­reizen vastgesteld. Ook hebben wij een stijging van het aantal via teletekst-agent­schappen gekochte reizen vastgesteld.”

258 De door de kleine touroperators ondervonden moeilijkheden (genoemd in de punten 81 en 82 van de beschikking) vormen, in de veronderstelling dat zij zich werkelijk voordoen en rechtmatig zijn, geen ernstige beperking van de mogelijkheid voor de kleine touroperators om te profiteren van de kansen die ontstaan in de door de Commissie bedoelde situatie van ondercapaciteit indien de concentratie zou plaatsvinden. Aangenomen mag worden dat het in een dergelijke situatie, gelet op de verwachtingen van de consumenten en de noodzaak tot maximalisatie van de inkomsten, voor de reisbureaus onmogelijk is om de producten van de kleine touroperators niet meer tegen redelijke voorwaarden aan te bieden, ook al zouden de verticaal geïntegreerde reisbureaus allereerst de producten van de groepen en pas dan de producten van de concurrentie aanbieden.

259 Hoe het ook zij, aangezien ongeveer 40 % van alle pakketreizen niet in de door de grote touroperators gecontroleerde reisbureaus wordt verkocht, moeten de kleine touroperators voldoende toegang tot de distributie hebben voor de verkoop van de capaciteit die zij zouden toevoegen wanneer de voornaamste touroperators zouden besluiten om de capaciteit beneden het concurrentieniveau te houden.

260 Hieruit volgt dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de toegang van de kleine touroperators tot de distributie van hun producten aan de consumenten

niet voldoende is voor een aanzienlijke uitbreiding van hun capaciteit teneinde te profiteren van de kansen die ontstaan door de productschaarste die volgens de Commissie in geval van goedkeuring van de operatie zou intreden.

- 261 Uit al het voorgaande blijkt, dat de Commissie de mogelijkheden voor de kleine touroperators om hun capaciteit uit te breiden teneinde te profiteren van de kansen die worden geboden door een door de grote touroperators veroorzaakte situatie van algemene ondercapaciteit, en dus om het ontstaan van een collectieve machtspositie als gevolg van de aangemelde concentratie tegen te gaan, heeft onderschat.

b) De mogelijke reactie van de potentiële concurrenten: de andere touroperators

- 262 Verder moet worden onderzocht of in geval van een beperking van de door de grote touroperators op de markt gebrachte capaciteit de in andere landen van de Gemeenschap of op de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen aanwezige touroperators de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen kunnen betreden.

- 263 Er moet worden herinnerd aan het MMC-verslag van 1997:

„De marktdeelnemers komen en gaan. Er is geen sprake van significante belemmeringen voor de toegang tot de markt van touroperators of tot de markt van reisbureaus” [punt 1.6] en „wanneer een bepaald soort vakantiereis of vakantie-reizen vanaf een bepaalde luchthaven of op bepaalde data in het jaar te duur worden, de touroperators op elk van die gebieden actief gaan worden en lagere prijzen gaan aanbieden” (punt 4.15).

264 Er moet op worden gewezen dat de Commissie in punt 114 van de beschikking in de eerste plaats erkent dat een collectieve machtspositie slechts lange tijd kan worden gehandhaafd wanneer de belemmeringen voor de toegang tot de markt voor het aanbieden van georganiseerde reizen, chartervluchten en reisbureaus verwaarloosbaar zijn, en in de tweede plaats dat het MMC-verslag van 1997 verzoeksters standpunt met betrekking tot het ontbreken van belemmeringen voor de toegang tot de betrokken markt in zijn geheel onderschrijft.

265 In punt 115 van de beschikking wijst de Commissie echter op de aanzienlijke concentratie in de bedrijfstak sinds de voltooiing van het MMC-verslag van 1997 en meent zij dat de belemmeringen voor de toegang tot de markt groter zijn („grotere effecten hebben”) en nog ernstiger zullen worden wanneer de voorgenomen operatie doorgang vindt. De Commissie betoogt vervolgens:

„Om de dreiging van de totstandkoming van een machtspositie weg te nemen, moet betreding van de markt meer dan alleen maar mogelijk zijn. Het moet ook, onder andere, duurzaam zijn, hetgeen in markten zoals de onderhavige, waar schaalgrootte een belangrijke factor is, moet betekenen dat een nieuwe marktpartij voldoende omvang moet hebben of deze snel moet kunnen bereiken om daadwerkelijk te concurreren met de dominante aanbieders. De Commissie is van mening dat dit in het onderhavige geval onwaarschijnlijk is.”

266 Er moet niettemin aan worden herinnerd dat hier, evenmin als in het geval van de werkelijke concurrenten, van belang is de vraag of de potentiële concurrenten de mogelijkheid hebben een omvang te bereiken die voldoende is om de grote touroperators tegenspel te bieden, maar gewoon de vraag of deze concurrenten over de mogelijkheid beschikken om te profiteren van de kansen die zich voordoen doordat de grote touroperators de op de markt gebrachte capaciteit beneden het concurrentieniveau beperken. In die context kan de Commissie niet volhouden dat touroperators die andere producten aanbieden (zoals buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen) of werkzaam zijn in andere landen (zoals Duitsland of Nederland) alleen wegens het feit dat zij moeilijk boven een bepaalde omvang kunnen uitstijgen, de Britse markt van buitenlandse pakketreizen naar nabije bestemmingen niet doeltreffend en snel kunnen betreden

wanneer de grote touroperators zouden besluiten de mededinging op significante wijze te beperken. In dat verband moet erop worden gewezen dat andere belangrijke touroperators in Europa, zoals Neckermann en TUI, door verzoekster worden genoemd als potentiële concurrenten die de Britse markt snel kunnen betreden in geval van een capaciteitsbeperking of een prijsverhoging.

- 267 In dit verband moet verder worden opgemerkt dat in de beschikking niet wordt onderzocht hoe de mededingingssituatie op het gebied van het vakantielogies is, ofschoon het aanbod van logies zeer belangrijk is om de dynamiek van de betrokken markt te begrijpen, met name met betrekking tot de mogelijkheid voor de leden van de vermeende oligopolide machtspositie om onafhankelijk van de hotelhouders in de nabije bestemmingen te handelen en bijgevolg ook met betrekking tot de mogelijkheid voor de werkelijke en potentiële concurrenten om te reageren op een eventuele vermindering van de door de grote touroperators aangeboden capaciteit. Het lijkt echter weinig waarschijnlijk dat de hotelbedden die vrijkomen als gevolg van de capaciteitsbeperkingen waartoe de grote touroperators besluiten, niet onmiddellijk door andere touroperators worden gereserveerd, omdat uit verschillende tijdens de administratieve procedure overgelegde documenten en verklaringen blijkt dat dezen dergelijke logiescapaciteit wel willen verkrijgen (zie bijvoorbeeld de hierboven in punt 224 genoemde brief van Virgin Sun).
- 268 Elke grote touroperator moet dus rekening houden met de reactie van de hotelhouders op een aanzienlijke vermindering van de reserveringen van bedden die niet werkelijk op een vermindering van de vraag berust, doch op een besluit tot vermindering om de mededinging te beperken. Dat brengt het gevaar met zich mee dat de grote touroperator voor de daaropvolgende seizoenen niet meer over voldoende bedden tegen redelijke voorwaarden kan beschikken.
- 269 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie weliswaar heeft onderzocht, welke belemmeringen er bestaan om op de markt boven een bepaalde omvang uit te stijgen, maar niet naar behoren rekening heeft gehouden met het feit dat het ontbreken van belemmeringen voor de toegang tot de markt potentiële

concurrenten in staat stelt de betrokken markt te betreden om hun producten aan te bieden en dus doeltreffend en snel op te treden indien zich als gevolg van een onderlinge afstemming van het capaciteitsbeleid van de grote touroperators een situatie van ondercapaciteit voordoet.

c) De mogelijke reactie van de consumenten

- 270 Of het uit de operatie voortvloeiende oligopolie onafhankelijk van de consumenten kan handelen, hangt af van het antwoord op de vraag hoe de Britse consumenten zullen reageren en of zij geen andere alternatieven zullen gaan zoeken wanneer de prijzen van pakketreizen naar nabije bestemmingen aanzienlijk stijgen of wanneer er een gebrek aan pakketreizen naar dergelijke bestemmingen ontstaat.
- 271 In punt 124 van de beschikking zet de Commissie uiteen dat de consumenten als kopers geen macht hebben en dat zij mede in samenhang met andere marktelementen moeilijkheden ondervinden bij het vergelijken van concurrerende producten aan de hand van de beperkte informatie in de catalogi van de touroperators waardoor de consument slechts in beperkte mate de voor de mededinging negatieve aspecten van het aanbod kan corrigeren.
- 272 Volgens verzoekster blijkt uit een aantal marktonderzoeken dat de meeste vakantiegangers meer dan één reisbureau bezoeken alvorens hun vakantiereis te boeken en dat voor 85 % van hen de prijs de belangrijkste factor bij hun aankoopbeslissing is. De individuele consumenten zijn dus in staat om „met hun voeten te stemmen” en de goedkoopste vakantiehuizen te zoeken, zodat de touroperator dus wel met zijn prijzen zal moeten gaan concurreren.

- 273 Volgens de Commissie is het onjuist, te stellen dat de consumenten op een markt van verbruiksgoederen zoals die van pakketreizen, over enige kopersmacht beschikken die een tegenwicht van enig belang vormt.
- 274 Er moet evenwel worden beklemtoond dat het feit dat de consumenten wegens hun verspreiding geen belangrijke kopersmacht vormen, niet mag worden verward met de vraag, of zij kunnen reageren op een prijsverhoging die voortvloeit uit het feit dat de grote touroperators de op de markt gebrachte capaciteit tot beneden het concurrentieniveau beperken. Zoals verzoekster heeft gesteld, staat vast dat de consumenten vakantiereizen vergelijken alvorens ze te kopen. De Commissie erkent zelf overigens in punt 98 van de beschikking dat „de consumenten gevoelig (zijn) voor relatief kleine prijsverschillen voor vergelijkbare vakantiereizen”.
- 275 In die context lijkt de Commissie de mogelijke rol van de Britse consumenten te hebben onderschat. Dezen kunnen immers proberen bij de kleine touroperators betere prijzen te verkrijgen.
- 276 Bovendien moet worden gewezen op de in het kader van het eerste middel gemaakte opmerking dat de Commissie weliswaar binnen de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid tot een nauwe afbakening van de relevante productmarkt is gekomen, doch niet in twijfel heeft getrokken dat de buitenlandse pakketreizen naar verre bestemmingen bij de consumenten meer en meer in trek zijn, en evenmin dat de door verzoekster in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar genoemde marktonderzoeken (bijlage 7 bij het verzoekschrift: rapport van de British National Travel Survey en Mintel *Holidays: the booking procedure*, 1997) wijzen op de neiging van de Britten om het geografisch gebied van hun vakantiebestemmingen uit te breiden, met name naar de overkant van de Atlantische oceaan. Deze omstandigheid versterkt verzoeksters standpunt dat de vraag mogelijkwijze gedeeltelijk naar andere soorten vakantiereizen zal uitgaan wanneer de prijzen voldoende dicht bij elkaar liggen, want de betrokken onderzoeken tonen duidelijk aan dat de voorkeuren van de consumenten geleidelijk veranderen, en dat zij niet meer blijken vast te houden aan het idee dat de Middellandse zee hun enig mogelijke reisbestemming is.

d) Conclusie

277 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat de Commissie de mogelijke reacties van de kleine touroperators, de potentiële concurrenten, de consumenten en de hotelhouders niet juist heeft beoordeeld, en dat zij die reacties als mogelijk tegenwicht tegen het ontstaan van een collectieve machtspositie heeft onderschat.

5. De beoordeling van het effect van de fusie op de mededinging

278 De punten 139 tot en met 147 van de beschikking bevatten het oordeel van de Commissie over het effect van de fusie.

279 In de eerste plaats (punt 139) stelt zij dat de fusie tot een grotere concentratie zal leiden, omdat het gecumuleerde marktaandeel van de drie grootste touroperators aanzienlijk zal stijgen: 83 % volgens de berekeningen van de Commissie (85 % volgens Nielsen) tegenover thans ongeveer 70 % (voor Airtours, Thomson en Thomas Cook). Bovendien zal het aandeel van de op drie na grootste touroperator (Cosmos) minder dan 5 % bedragen, terwijl het bedrijf dat thans deze plaats bezet (First Choice), een aandeel van 11 % heeft. Uit de punten 139 tot en met 147 van de beschikking blijkt evenwel dat de Commissie het feit dat de marktaandelen samen een hoog percentage bereiken (meer dan 80 %), niet voldoende heeft geacht als bewijs van het bestaan van een collectieve machtspositie.

280 In de tweede plaats heeft de Commissie gesteld (in de punten 140 en 141 van de beschikking) dat de fusie de verdwijning van First Choice als leverancier/distributeur voor de middelgrote marktdeelnemers zal meebrengen, wat de kleine onafhankelijke en niet geïntegreerde touroperators nog verder zal marginaliseren. Er moet evenwel worden gepreciseerd dat bij het onderzoek naar de waarschijn-

lijkheid van het ontstaan van een collectieve machtspositie de beoordeling van het mogelijke effect van de fusie op de andere concurrenten op de markt erop neerkomt, uit te maken of laatstgenoemden in staat zijn de stabiliteit van de vermeende oligopolide machtspositie aan te tasten. Zoals reeds gezegd, heeft de Commissie niet aangetoond dat zij dat niet zouden kunnen.

- 281 In de derde plaats betoogt de Commissie (beschikking, punten 142-147) dat door de fusie de doorzichtigheid en de wederzijdse afhankelijkheid van de touroperators zal toenemen. In punt 143 van de beschikking geeft zij als haar mening te kennen dat het feit dat de fusie het aantal concurrerende betrekkingen die mogelijk zijn tussen de grote touroperators reduceert tot de helft, namelijk van zes tot drie, de wederzijdse afhankelijkheid van de leden van het oligopolie aanzienlijk versterkt, waardoor zij nog meer geneigd zullen zijn de capaciteit te beperken, want het zal hun veel duidelijker worden dat concurreren om marktaandelen te veroveren slechts tot lagere winsten voor elk van hen kan leiden. De verdere marginalisatie van de middelgrote touroperators versterkt de waarschijnlijkheid van deze gang van zaken. In punt 144 wijst zij erop dat deze vermindering van het aantal bilaterale mededingings- en samenwerkingsbetrekkingen ook de doorzichtigheid van de markt vergroot, omdat het voor een van de grote touroperators immers veel gemakkelijker wordt om elke poging tot marktverstoring, bijvoorbeeld door verovering van marktaandelen, op te merken. Door deze toegenomen doorzichtigheid wordt het risico groter dat offensieve commerciële acties tot een overaanbod op de markt en dus tot lagere winsten leiden, en dus contraproductief zijn.
- 282 Om die reden is de Commissie tot de slotsom gekomen (beschikking, punt 147) dat de marktstructuur die als gevolg van de fusie zal ontstaan, de leden van het oligopolie logischerwijze ertoe zal aanzetten, het aanbod te beperken.
- 283 Wat het niveau van de als gevolg van de fusie te verwachten doorzichtigheid van de markt betreft, zij er evenwel aan herinnerd dat, zoals reeds gezegd, de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat deze markt voldoende doorzichtig was om elke grote touroperator in staat te stellen de gedragingen van de anderen

te kennen, de eventuele afwijkingen van de gemeenschappelijke gedragslijn te ontdekken en de vergeldingsmaatregelen als zodanig uit te leggen. De Commissie heeft echter niet aangetoond dat de overgang van vier grote touroperators naar drie een andere situatie zou meebrengen. Het is weliswaar zeker dat vermindering van het aantal bilaterale mededingingsbetrekkingen tussen de grote touroperators van zes naar drie de doorzichtigheid op de markt zal vergroten, maar dat neemt niet weg dat elk van de drie resterende grote touroperators nog steeds dezelfde moeilijkheden zal ondervinden om tijdig de respectieve bedoelingen van elk van de twee anderen te voorzien en hun afwijkende gedragingen als zodanig uit te leggen.

284 Met betrekking tot de opvatting dat de fusie de wederzijdse afhankelijkheid van de grote touroperators aanzienlijk zal versterken, moet worden vastgesteld dat de Commissie blijkt geeft van incoherentie door enerzijds te stellen dat verticale integratie op deze markt noodzakelijk is om werkelijk competitief te kunnen zijn, en anderzijds dat het feit dat elke geïntegreerde touroperator charterzitplaatsen aan anderen op de opwaartse markt verkoopt en pakketreizen van anderen op de neerwaartse markt, negatieve gevolgen heeft voor de mededinging omdat het hun wederzijdse afhankelijkheid versterkt. Bij gebrek aan bewijs van het tegendeel moet echter volgens de logica van de marktwerking worden aangenomen dat de verticale integratie de onafhankelijkheid van elke grote touroperator ten opzichte van de andere versterkt en hun wederzijdse afhankelijkheid dus vermindert.

285 Verder heeft de Commissie niet uiteengezet om welke redenen hetgeen zij als commerciële banden beschouwt (aankoop van vliegtuigstoelen bij anderen en verkoop van eigen producten in de reisbureaus van anderen) alleen valt te verklaren in termen van sterke economische banden tussen de grote touroperators (beschikking, punt 142) en niet gewoon zijn verklaring kan vinden in het feit dat het loont om in een mededingingssituatie dergelijke banden te hebben, gelet op het feit dat de grote touroperators economische concerns zijn die op verschillende markten in deze sector werkzaam zijn en er belang bij hebben op al deze markten rendabel te zijn en zoveel mogelijk winst te maken.

286 De beschikking is namelijk niet expliciet over de sterke economische banden tussen de grote touroperators en over de wijze waarop de wederzijdse afhankelijkheid van de geïntegreerde touroperators wordt versterkt. In punt 57 van de beschikking verklaart de Commissie dat „de mate en de aard van de verticale integratie van de voornaamste aanbieders, (en) de omvangrijke commerciële en andere banden tussen hen” enkele van de kenmerken zijn waardoor de betrokken productmarkt zich, wat de mededingingsvoorwaarden betreft, onderscheidt. Vervolgens wordt de aard van de betrokken banden in punt 71 van de beschikking nader gepreciseerd; daarin wordt gewezen op het bestaan van een aantal commerciële banden tussen de geïntegreerde ondernemingen, ten dele ten gevolge van hun verticale integratie, neerwaarts door middel van het gebruik van elkaars ketens van reisbureaus en opwaarts doordat de geïntegreerde vennootschappen de zitplaatscapaciteit in zekere mate met elkaar delen, zowel door middel van rechtstreekse onderlinge aankopen als door middel van afspraken over onderlinge ruil en consolidatie met het oog op een zo efficiënt mogelijke benutting van hun respectieve vloten. In de punten 102 tot en met 113 volgen dan nog een aantal overwegingen van de Commissie onder het kopje „Doorzichtigheid, onderlinge afhankelijkheid en commerciële banden”. In die punten wordt uiteengezet hoe doorzichtig de markt volgens de Commissie is. De Commissie verklaart in dit verband dat de verticale integratie en de commerciële banden die de voornaamste leveranciers onderling onderhouden, hen helpen om hun marktaandeel en dat van hun concurrenten nauwkeurig te schatten en bij te werken. In deze punten wordt echter niet uiteengezet waarom de geïntegreerde touroperators onderling afhankelijk zijn, en welke invloed de uit de verticale integratie voortvloeiende commerciële banden en de wijze waarop de markt werkt, in dit verband hebben, de versterking van de doorzichtigheid buiten beschouwing gelaten.

287 Vervolgens verklaart de Commissie in punt 142, bij haar beoordeling van het effect van de fusie, dat er momenteel reeds sprake is van een zekere mate van wederzijdse afhankelijkheid tussen de touroperators als gevolg van de invloed op de markt van de totale capaciteit die tijdens een seizoen op de markt wordt gebracht. De Commissie voegt eraan toe dat hierdoor „sterke economische banden (zijn) ontstaan tussen de grote spelers”. Het in deze passage bedoelde soort economische banden wordt evenwel niet toegelicht en de beschikking preciseert niet, wat sterke economische banden zijn. In elk geval lijkt deze passage niet te verwijzen naar de commerciële banden die voortvloeien uit de verticale

integratie (namelijk de aankoop van zitplaatscapaciteit van anderen en de verkoop van vakantiereizen van anderen).

- 288 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft onderzocht in hoeverre in de aan de fusie voorafgaande situatie de commerciële banden die voortvloeien uit de verticale integratie en uit de wijze waarop de markt werkt, de onderlinge afhankelijkheid van de geïntegreerde touroperators versterken. Zij heeft er alleen op gewezen dat zij de op deze markt bestaande doorzichtigheid vergroten.
- 289 Bij gebreke van een analyse van de Commissie waaruit het tegendeel blijkt, moet worden aangenomen dat, in de omstandigheden van de betrokken markt vóór de fusie, het feit dat elke geïntegreerde touroperator zitplaatscapaciteit koopt en zijn producten in de vennootschappen van een concurrent verkoopt, niet meer op wederzijdse afhankelijkheid dan op onafhankelijkheid wijst. Dit behoort gewoon tot de normale werking van de economie, waarin het zaken doen overheerst en waarin de geïntegreerde touroperators moeten trachten maximaal te profiteren van de commerciële mogelijkheden en kansen in een bedrijfstak met zeer hoge vaste kosten en kleine winstmarges. Zoals in de beschikking wordt vermeld, zijn de geïntegreerde touroperators werkzaam op drie markten en dus op drie verschillende commerciële gebieden: chartervluchten naar nabije bestemmingen, de organisatie van pakketreizen naar nabije bestemmingen en de verkoop van reizen in reisbureaus. In feite verricht First Choice nog een vierde commerciële activiteit, namelijk bemiddeling voor zitplaatscapaciteit (zie punt 1 van de beschikking). De economische logica van de groep van ondernemingen vereist dat elk van de ondernemingen waaruit een geïntegreerde touroperator bestaat, tracht om zo winstgevend mogelijk te zijn.
- 290 Dienaangaande zij erop gewezen dat de Commissie bij haar beoordeling van het effect van de fusie niet blijkt te hebben nagegaan welke invloed de economische logica, namelijk maximalisatie van de inkomsten door maximalisatie van de totale winst, op het niveau van de gehele groep heeft. In de beschikking wordt wel

erkend (punt 59) dat de marges van de touroperators tamelijk laag zijn, ongeveer 7 % in de afgelopen jaren, en dat de verticaal geïntegreerde touroperators daarenboven normaal gesproken ook inkomsten ontvangen uit de activiteiten van hun luchtvaartmaatschappijen en hun reisbureaus, gebieden waarop de marges hoger kunnen zijn, met name wat de luchtvaartmaatschappijen betreft. Zij erkent ook dat om die reden „de brutomarges van de totale exploitatie van de geïntegreerde maatschappijen hoger kunnen uitkomen dan die op hun activiteiten met betrekking tot de organisatie van reizen”.

- 291 Aangezien volgens de economische logica normaliter een zo groot mogelijke synergie wordt nagestreefd, zal de winstgevendheid van de verschillende commerciële activiteiten van de groep (charters, organisatie van pakketreizen en reisbureaus) des te hoger zijn wanneer de voordelen van een verticale integratie volledig worden geoptimaliseerd.
- 292 Ten slotte, ook al zou de uit de fusie voortvloeiende synergie niet meer dan 1 % van de totale kosten van de gecombineerde entiteit opleveren (beschikking, punt 146), er is geen enkele aanwijzing dat Airtours zou hebben besloten de prijs (doorgaans hoger bij een vijandig overnamebod) van de aandelen First Choice te betalen omdat zij erop rekende deze zware investering door de winsten uit een duurzame situatie van collectieve machtspositie winstgevend te maken.
- 293 In het licht van het voorgaande en omdat niet nauwkeuriger is onderzocht in hoeverre de fusie zou leiden tot meer doorzichtigheid op de markt en tot meer onderlinge afhankelijkheid van de grote touroperators, moet worden geconcludeerd dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de fusie een zodanige wijziging van de betrokken marktstructuur tot gevolg zou hebben dat de voornaamste marktdeelnemers niet meer zouden handelen zoals in het verleden en dat een situatie van collectieve machtspositie zou ontstaan.

D) *Algemene conclusie*

294 Gelet op al het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de beschikking, die een niet op solide bewijzen gebaseerde prospectieve analyse bevat, een aantal beoordelingsfouten vertoont betreffende elementen die van belang zijn voor de beoordeling van het ontstaan van een collectieve machtspositie. Hieruit volgt dat de Commissie de concentratie heeft verboden zonder rechtens voldoende aan te tonen dat zij zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van de drie grote touroperators die een significante belemmering voor een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt kan vormen.

295 In die omstandigheden moet het derde middel gegrond worden verklaard en derhalve moet de beschikking nietig worden verklaard, zonder dat de andere door verzoekster aangevoerde middelen en grieven behoeven te worden onderzocht.

Kosten

296 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voorzover dat is gevorderd. Aangezien verweerster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van verzoekster.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig beschikking C(1999)3022 def. van de Commissie van 22 september 1999, bekend gemaakt onder nummer 2000/276/EG, waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst onverenigbaar wordt verklaard (zaak IV/M.1524 — Airtours/First Choice).
- 2) Verwijst de Commissie in haar eigen kosten en in de kosten van verzoekster.

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Vilaras

Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 juni 2002.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

P. Lindh

Inhoud

Feiten en procedure	II - 2593
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 2595
Ten gronde	II - 2597
Het eerste middel, betreffende een onjuiste afbakening van de relevante productmarkt en schending van artikel 253 EG	II - 2597
A — Beschikking	II - 2597
B — De afbakening van de relevante productmarkt	II - 2600
Het tweede middel, betreffende schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89, schending van het rechtszekerheidsbeginsel en schending van artikel 253 EG doordat de Commissie bij het onderzoek van het onderhavige geval een onjuist begrip collectieve machtspositie heeft toegepast	II - 2609
Het derde middel, betreffende enerzijds schending van artikel 2 van verordening nr. 4064/89 doordat de Commissie heeft vastgesteld dat de aangemelde concentratie tot een collectieve machtspositie zal leiden, en anderzijds schending van artikel 253 EG	II - 2611
A — Algemene overwegingen	II - 2611
B — Beschikking	II - 2615
C — De vermeende beoordelingsfouten van de Commissie	II - 2618
1. Voorafgaande opmerkingen	II - 2619
2. De gevolgtrekking dat de totstandkoming van de concentratie de laatste drie grote touroperators ertoe zou aanzetten om onderling niet meer te concurreren	II - 2620
a) De beoordeling van de tussen de voornaamste touroperators bestaande mededinging	II - 2620
i) De vermeende tendens naar een collectieve machtspositie vóór de totstandkoming van de voorgenomen operatie	II - 2622
— Het feit dat de grote touroperators bij de capaciteitsplanning behoedzaam te werk gaan en in het bijzonder rekening houden met de ramingen van hun voornaamste concurrenten	II - 2622
	II - 2695

— De beoordeling van de tendens naar horizontale en verticale integratie die de markt sinds de publicatie van het rapport van de Monopolies and Mergers Commission kenmerkt	II-2625
ii) De beoordeling van de veranderlijkheid van de marktaandelen in het verleden	II-2631
iii) Conclusie betreffende de beoordeling van de bestaande concurrentie tussen de grote touroperators	II-2634
b) De beoordeling van de ontwikkeling van de vraag in het verleden en in de toekomst, en van de veranderlijkheid van de vraag en van de mate van doorzichtigheid van de markt	II-2634
i) De beoordeling van de trage groei van de vraag	II-2635
ii) De beoordelingen betreffende de veranderlijkheid van de vraag	II-2639
iii) De beoordeling van de mate van doorzichtigheid van de betrokken markt	II-2643
iv) Conclusies over de beoordeling van de voorbij en toekomstige ontwikkeling van de vraag, de veranderlijkheid ervan en de mate van doorzichtigheid op de markt	II-2654
c) Conclusie	II-2655
3. De ontoereikendheid van de door de Commissie onderkende factoren met een afschrikkende werking om de interne cohesie van de vermeende oligopolide machtspositie te verzekeren	II-2655
4. De onderschatting van de waarschijnlijke reactie van de kleine touroperators, de potentiële concurrenten en de consumenten als voldoende tegenwicht om de stabiliteit van de vermeende oligopolide machtspositie te verhinderen ...	II-2663
a) De mogelijke reactie van de werkelijke concurrenten: de kleine tour-operators	II-2664
i) Voorafgaande opmerkingen over het probleem van de omvang van de kleine touroperators	II-2664
ii) De mogelijkheid voor de kleine touroperators om extra capaciteit in te zetten	II-2666
iii) De toegang van de kleine touroperators tot vliegtuigstoelen	II-2670
iv) De toegang van de kleine touroperators tot de distributie	II-2678
b) De mogelijke reactie van de potentiële concurrenten: de andere tour-operators	II-2682
c) De mogelijke reactie van de consumenten	II-2685
d) Conclusie	II-2687
5. De beoordeling van het effect van de fusie op de mededinging	II-2687
D — Algemene conclusie	II-2693
Kosten	II-2693