

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(femte avdelningen i utökad sammansättning)
den 6 juni 2002 *

I mål T-342/99,

Airtours plc, företrätt av J. Swift, QC, och R. Anderson, barrister, M. Nicholson, J. Holland och A. Gomes da Silva, solicitors, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av R. Lyal, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(1999)3022 slutlig av den 22 september 1999 om att förklara en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende IV/M.1524 — Airtours/First Choice), publicerat som nummer 2000/276/EG (EGT L 93, 2000, s. 1),

* Rättegångspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden, P. Lindh, samt domarna R. García-Valdecasas, J.D. Cooke, M. Vilaras och N.J. Forwood,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 11 oktober 2001,

följande

Dom

Bakgrund och förfarande

- 1 Den 29 april 1999 tillkännagav Airtours plc, som är ett brittiskt bolag vars huvudverksamhet utgörs av försäljning av paketresor och andra resor, att det hade för avsikt att förvärva hela kapitalet i det konkurrerande företaget First Choice plc, som är en brittisk researrangör.

- 2 Samma dag anmälde Airtours den föreslagna företagskoncentrationen till kommissionen i enlighet med artikel 4 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, rättad i EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordning nr 4064/89).
- 3 I beslut av den 3 juni 1999 bedömde kommissionen att företagskoncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden och inledde därför ett fördjupat utredningsförfarande i enlighet med artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.
- 4 Den 9 juli 1999 tillsände kommissionen sökanden ett meddelande om anmärkningar i enlighet med artikel 18 i förordning nr 4064/89, där den redogjorde för av vilka skäl den vid en första anblick gjorde bedömningen att den avsedda företagskoncentrationen skulle ge upphov till en kollektiv dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet. Sökanden besvarade meddelandet om anmärkningar den 25 juli 1999.
- 5 Ett förhör hölls av kommissionens förhørsombud den 28 och den 29 juli 1999 i enlighet med artiklarna 14, 15 och 16 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1).
- 6 Den 7 september 1999 lämnade sökanden in en rad åtaganden enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 för att avhjälpa de angivna problemen i konkurrens-hänseende.

- 7 Den 9 september 1999 sammanträdde Rådgivande kommittén för koncentrationer och avgav ett yttrande över företagskoncentrationen och över de åtaganden som sökanden hade föreslagit.

- 8 Den 15 september 1999 hölls ett möte där sökandens företrädare och kommissionen närvarade, under vilket sökanden lämnade in ett förslag på ändrade åtaganden.

- 9 Genom beslut av den 22 september 1999 (ärende IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (beslut K(1999)3022 slutlig, publicerat som nummer 2000/276/EG, EGT L 93, 2000, s. 1, nedan kallat det omtvistade beslutet) förklarade kommissionen företagskoncentrationen oförenlig med den gemensamma marknaden och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89, med motiveringen att den skulle skapa en kollektivt dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet och påtagligt hämma konkurrensen på den gemensamma marknaden. Kommissionen klargjorde i det omtvistade beslutet att de åtaganden som Airtours hade föreslagit den 7 september 1999 inte räckte för att hindra att en kollektivt dominerande ställning skulle uppkomma och att de åtaganden som hade lämnats in den 15 september 1999 hade gjorts för sent för att kunna beaktas i detta skede av förfarandet.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 10 Sökanden har den 2 december 1999 väckt talan i förevarande mål.

- 11 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet. Som en processledningsåtgärd anmodades sökanden och kommissionen att förete ett antal handlingar och att skriftligen besvara en rad frågor.

- 12 Parterna efterkom genom skrivelser av kommissionen av den 27 juli 2001 och av den 3 augusti 2001 samt en skrivelse av sökanden av den 31 augusti 2001 förstainstansrättens anmodanden.

- 13 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 11 oktober 2001.

- 14 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall
 - ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

- 15 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning i sak

- 16 Sökanden har åberopat fyra grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser uppenbart oriktiga bedömningar när den relevanta produktmarknaden definierades samt överträdelse av artikel 253 EG. Den andra grunden avser överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89 och åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, då kommissionen vid bedömningen av förevarande fall tillämpade begreppet kollektiv dominerande ställning på ett nytt och felaktigt sätt, samt överträdelse av artikel 253 EG. Den tredje grunden avser överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, då kommissionen konstaterade att den anmälda företagskoncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, samt överträdelse av artikel 253 EG. Den fjärde grunden avser överträdelse av artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 samt åsidosättande av proportionalitetsprincipen, då kommissionen inte godtog sökandens åtaganden.

Den första grunden: Oriktig definition av den relevanta produktmarknaden och överträdelse av artikel 253 EG

A — *Det omtvistade beslutet*

- 17 Sökanden har endast ifrågasatt definitionen av den relevanta produktmarknaden för verksamheten med arrangemang av paketresor till utlandet för brittiska konsumenter. Härvidlag görs det i det omtvistade beslutet åtskillnad mellan två

olika marknader, nämligen marknaden för paketresor till avlägsna resmål (nedan kallade semesterresor till avlägsna resmål) och marknaden för paketresor till närliggande resmål (nedan kallade semesterresor till närliggande resmål). I detta hänseende anges det i det omtvistade beslutet att resebranschen brukar betrakta alla resmål till vilka flygtiden från Förenade kungariket klart överstiger tre timmar som avlägsna, med undantag för flygresor till öar i östra Medelhavet eller Kanarieöarna, som kan vara upp till cirka fyra timmar. Därmed omfattar kategorin närliggande resmål alla semesterorter i Europa (på kontinenten och på öarna) och i Nordafrika, till skillnad från resmål i bland annat Västindien, Amerika eller Sydostasien, till vilka flygtiderna är betydligt längre (vanligen minst dubbelt så långa) (skälen 10—13 i det omtvistade beslutet).

- 18 I skälen 16—28 i det omtvistade beslutet anges kommissionens skäl för att anse att skillnaderna mellan semesterresor till avlägsna resmål och semesterresor till närliggande resmål i konkurrenshänseende är större än likheterna, varför det är motiverat att utgå från att det finns olika marknader vid bedömningen av den anmälda företagskoncentrationen. Följande skäl anges:

- a) Dels är kortdistansflyg och långdistansflyg endast i begränsad mån utbytbara med varandra för flygbolagen, och därmed för de vertikalt integrerade researrangörerna, med hänsyn till att det finns små möjligheter att använda samma flygplan för både närliggande och avlägsna resmål, med hänsyn till driftskostnaderna för stora flygplan jämfört med kostnaderna för mindre flygplan och med hänsyn till de svårigheter som charterflygbolag (inklusive parterna) stöter på när de försöker att ”[strukturera] om flygplansflottan [i] grunden och [få] kapacitet på både lång- och kortdistansflyg”. Dessa svårigheter utgörs av behovet av kapitalinvesteringar, behovet av tid för genomförandet och svårigheten att hyra flygplan för en kortare tid, eftersom charterbolagen (inklusive parterna) äger de flesta av sina flygplan eller hyr in dem på längre tid (hyreskontrakten brukar enligt kommissionen löpa på fem år) för att sänka kostnaderna och säkra både kvaliteten och utbudet (skälen 16—18 i det omtvistade beslutet).

b) Dels finns det för slutkonsumenterna en rad väsentliga skillnader mellan paketresor till närliggande respektive avlägsna resmål i utlandet:

- För det första finns det skillnader med avseende på föreställningen av eller tanken med semester. Semesterresor till avlägsna resmål framstår som mer exotiska och uppskattas således av ensamstående och par utan barn. Semesterresor till närliggande resmål, som Medelhavet, lockar snarare familjer (skäl 20 i det omtvistade beslutet).

- För det andra finns det skillnader med avseende på vilken tid på året resenärerna åker på semester. Semesterresor till avlägsna resmål är mindre anpassade till behoven hos brittiska konsumenter som reser familjevis, vilka mestadels åker på paketresor utomlands under sommarsäsongen (ungefär under perioden mitten av juli—slutet av augusti), vilken sammanfaller med skolloven (och i vissa regioner med industrisemestern) (skäl 20 i det omtvistade beslutet).

- För det tredje finns det skillnader med avseende på restiden. Flygtider som är mycket längre kan avskräcka vissa konsumenter från att välja semesterresor till avlägsna resmål även om dessa i övrigt är jämförbara med semesterresor till närliggande resmål med avseende på väder, läge, priser, visumkrav, medicinska krav och liknande (skäl 21 i det omtvistade beslutet).

- För det fjärde är inte närliggande och avlägsna resmål utbytbara med varandra med avseende på priser. Priserna för semesterresor till avlägsna resmål är avsevärt högre, och priserna för dessa semesterresor konvergerar endast i viss mån med priserna för liknande semesterresor till

närliggande resmål. De två typerna av semesterresor kan visserligen ibland, särskilt under vissa tider på året (till exempel när vädret är dåligt), kosta precis eller ungefär lika mycket, men denna mycket begränsade överlappning räcker inte för att pressa ner priserna på hela marknaden för närliggande resmål, eftersom endast mycket få kunder anser att semesterresorna till de avlägsna resmålen i fråga utgör verkliga alternativ (skälen 22—26 i det omtvistade beslutet).

B — Definitionen av den relevanta produktmarknaden

- 19 Rätten erinrar inledningsvis om att en riktig definition av den relevanta marknaden är en förutsättning som måste vara uppfylld innan en anmäld företagskoncentrations inverkan på konkurrensen bedöms med tillämpning av förordning nr 4064/89, som är i fråga i förevarande fall (se för ett motsvarande synsätt domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, kallad Kali & Salz, REG 1998, s. I-1375, punkt 143).
- 20 Den produktmarknad som berörs av koncentrationen skall definieras med beaktande av hela det ekonomiska sammanhanget, så att det berörda företags eller de berörda företagens faktiska ekonomiska styrka kan bedömas. Härvid är det viktigt att först definiera de produkter som, utan att vara utbytbara med andra produkter, i tillräcklig mån kan ersätta de produkter som företagen erbjuder, inte bara utifrån produkternas egna egenskaper utan även utifrån konkurrensvillkoren och utbuds- och efterfrågestrukturen på marknaden (se för ett motsvarande synsätt domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkterna 10 och 13, och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 63; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1).

- 21 Sökanden har bestridit den definition av den relevanta produktmarknaden som har gjorts i det omtvistade beslutet. I stället för att begränsa den relevanta marknaden till paketresor till närliggande resmål i utlandet borde kommissionen ha definierat den som marknaden för samtliga paketresor till utlandet, inklusive paketresor till avlägsna resmål. Sökanden har klandrat kommissionen för att ha frångått tidigare praxis avseende definitionen av marknaden för paketresor till utlandet och hävdade att kommissionen inte har gjort en korrekt bedömning av utbytbarheten med avseende på efterfrågan och utbytbarheten med avseende på utbudet. Till följd av detta felaktiga resonemang är det omtvistade beslutet felaktigt på grund av uppenbart oriktiga bedömningar, som har inneburit en felaktig rättstillämpning.
- 22 Beträffande kommissionens teori att semesterresor till avlägsna resmål och semesterresor till närliggande resmål inte är utbytbara med varandra med avseende på efterfrågan, har sökanden anfört att kommissionens argument angående dels produktens olika egenskaper, dels skillnaderna i genomsnittspris mellan semesterresor till avlägsna resmål och semesterresor till närliggande resmål, är felaktiga.
- 23 Sökanden har för det första hänvisat till produktens egenskaper och bestridit kommissionens påståenden att semesterresor till avlägsna resmål är mer exotiska, passar familjer sämre och innebär längre flygtider. Enligt sökanden är närliggande resmål som Turkiet eller Nordafrika mer "exotiska" än avlägsna resmål som Florida och Dominikanska republiken, som snarare är "familjevänliga" resmål. Restiden fram till inkvarteringen kan vara lika lång för semesterresor till närliggande resmål som för semesterresor till avlägsna resmål, eftersom det är den totala restiden, som innefattar incheckning och transfer, och inte flygtiden i egentlig mening, som är avgörande. Slutligen har sökanden anfört att researrangörerna har ett utbud av olika slags semestrar för olika livsstilar (till exempel familjeliv eller ej) och för olika preferenser (till exempel avseende inkvartering, mat, aktiviteter och intressen) såväl bland semesterresor till avlägsna resmål som bland semesterresor till närliggande resmål.

- 24 Vad för det andra beträffar skillnaderna i pris mellan olika semesterresor har sökanden anfört att påståendet att genomsnittspriserna är högre för semesterresor till avlägsna resmål än för semesterresor till närliggande resmål saknar relevans, när produkterna liksom i förevarande fall är mycket olika. Sökanden har vidare anfört att priserna på de två typerna av semesterresor konvergerar, eftersom vissa flygningar till närliggande resmål hamnar i samma prisspann som vissa flygningar till avlägsna resmål.
- 25 Förstainstansrätten konstaterar att det framgår av handlingarna i målet att det var med hänsyn till konsumenternas preferenser, den genomsnittliga flygtiden, de genomsnittliga prislägena och den begränsade ersättligheten hos de flygplansflottor som används för respektive slags resmål, som kommissionen drog slutsatsen att semesterresor till närliggande resmål hör till en marknad som skiljer sig från den som semesterresor till avlägsna resmål hör till. Kommissionen drog denna slutsats utan att därmed bestrida att konsumenter i allt större utsträckning uppskattar paketresor till avlägsna resmål i utlandet. Kommissionen bestred inte heller att de marknadsundersökningar som sökanden hade åberopat i sitt svar på meddelandet om anmärkningar (se British National Travel Survey, 1998, volym 4, och *The 1998 Holiday Market*, och Mintel, "Holidays: The booking procedure, 1997") som pekar på att briter tenderar att vidga den geografiska horisonten för sina semesterresor, bland annat mot andra sidan av Atlanten. Kommissionen bestred inte heller att en avsevärd del (36 procent) av de semesterresenärer som har åkt på semester till närliggande resmål under de senaste fem åren även har åkt på semester till avlägsna resmål under samma period eller att det är "mycket" eller "ganska" troligt att en betydligt större del av semesterresenärerna (62 procent) kommer att göra så under de fem kommande åren, vilket sökanden uppgav i tabell 2.4 i sitt svar på meddelandet om anmärkningar.
- 26 Rätten skall således avgöra om kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att nämnda omständigheter motiverade en snäv definition av den relevanta produktmarknaden och uteslöt semesterresor till avlägsna resmål eftersom dessa inte i tillräcklig mån ansågs kunna ersätta semesterresor till närliggande resmål.

- 27 Vad inledningsvis beträffar den genomsnittliga flygtiden har kommissionen utan att i detta avseende bli motsagd av sökanden framhållit den avgörande skillnad som föreligger mellan den genomsnittliga flygtiden till avlägsna resmål, som är över åtta timmar, och den genomsnittliga flygtiden till närliggande resmål, som oftast understiger tre timmar. (Flygresor från Förenade kungariket till öar i östra Medelhavet eller Kanarieöarna kan ta upp till cirka fyra timmar.) Sökanden har gjort gällande att det som i praktiken har betydelse för konsumenterna inte är flygtiden, utan den totala restiden från avreseorten till hotellet på resmålet. Rätten finner emellertid att detta argument inte kan användas för att relativisera den obestriddliga skillnaden i genomsnittlig flygtid, det vill säga i genomsnitt tre timmar för flyg till närliggande resmål och i genomsnitt åtta timmar för flyg till avlägsna resmål, eftersom även tiden för transporten från flygplatsen till hotellet i praktiken kan variera oavsett resmål.
- 28 Vad därefter beträffar vilken betydelse som skall tillmätas försäljningspriset för resor av de två slagen och hur det påverkar konsumenterna bedömde kommissionen att skillnaderna mellan genomsnittspriset för semesterresor till avlägsna resmål och genomsnittspriset för semesterresor till närliggande resmål var sådana att det var motiverat att definiera olika marknader. I detta avseende har kommissionen medgivit att priserna för semesterresor av de två slagen i viss mån konvergerar. Kommissionen har emellertid anfört att denna konvergens inte är tillräcklig för att produkter av de två slagen skall anses vara utbytbara med varandra eller för att priserna på produkter av det ena slaget skall kunna påverka priserna på produkter av det andra slaget.
- 29 Kommissionen angav i skäl 23 i det omtvistade beslutet på vilka grunder den gjorde bedömningen att semesterresor av de två slagen inte är utbytbara med varandra med avseende på priset. Kommissionen uppgav att semesterresorna till avlägsna resmål enligt de uppgifter som sökanden lämnade i bilaga 1 till svaret av den 29 juni 1999 på kommissionens begäran om upplysningar bjuds ut till konsumenterna till kännbart högre priser.

- 30 Inledningsvis konstaterade kommissionen sålunda att det enligt "katalogen" för sommaren 1998 fanns en skillnad på mer än 100 procent mellan det genomsnittliga priset för semesterresor till avlägsna resmål och det genomsnittliga priset för semesterresor till närliggande resmål. Kommissionen belyste även frågan genom jämförelser mellan liknande paketresor (trestjärnig inkvartering under fjorton nätter exklusive måltider) till Florida respektive Spanien och konstaterade att de sistnämnda i genomsnitt nästan bara var hälften så dyra som de förstnämnda. En liknande jämförelse mellan Florida och Grekland eller Kanarieöarna gav ett snarlikt resultat (nämligen en skillnad på cirka 30—40 procent för hel- eller halvpension). I det omtvistade beslutet finns detaljerade exempel på jämförelser mellan priser avseende vissa närliggande respektive avlägsna turistmål bland utbudet i Airtours broschyrer, som visar på avsevärda prisskillnader mellan resmål av de två slagen.
- 31 Sökanden har bestridit att genomsnittspriserna är relevanta vid bedömningen av prisets inverkan på konsumenternas val avseende produkter som klart skiljer sig från varandra. Sökanden har anfört att vad som har betydelse för att definiera den relevanta produktmarknaden är "marginalkundernas" beteende och frågan huruvida dessa kan tänka sig att byta ut semesterresor till närliggande resmål med semesterresor till avlägsna resmål om priset på de förstnämnda stiger. Kommissionen har medgivit att genomsnittspriserna inte nödvändigtvis återspeglar priserna i marginalen. När skillnaderna är så betydande som i förevarande fall, är det emellertid enligt kommissionen föga troligt att det finns tillräckligt många verkligt jämförbara semesterresor till avlägsna resmål som ligger tillräckligt nära i pris för att priserna på dessa skall kunna pressa ner priserna på semesterresor till närliggande resmål, eftersom endast en mycket liten del av kunderna skulle betrakta semesterresor till de avlägsna resmålen i fråga som verkliga substitut.
- 32 Rätten skall således avgöra om kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning av marginalens betydelse, det vill säga av antalet kunder som är beredda att reagera på en höjning av priserna på semesterresor till närliggande resmål med att köpa semesterresor till avlägsna resmål i förhållande till det totala antal kunder som vanligtvis köper semesterresor till närliggande resmål av researrangörerna.

- 33 I detta avseende erinrar rätten inledningsvis om att det är ostridigt mellan parterna att de brittiska konsumenterna av paketresor till utlandet i regel är mycket känsliga för priset på dessa produkter.
- 34 Kommissionens teori framgår av skäl 24 i det omtvistade beslutet, där kommissionen har medgivit att en del semesterresor till vissa avlägsna resmål "särskilt vissa tider på året när vädret är dåligt, kostar precis eller nästan lika mycket som de dyraste eller exklusivare korta resorna under sommarhögssäsong eller i bättre inkvartering". Därefter uppgav kommissionen emellertid att det inte kan förväntas att "den mycket begränsade överlappningen räcker... för att pressa priserna på hela marknaden för kortdistansflyg eftersom mycket få kunder anser att de längre resorna utgör verkliga alternativ, med avseende på pris eller andra villkor".
- 35 Till stöd för nämnda bedömning uppgav kommissionen i skäl 25 i det omtvistade beslutet, att inget av de avlägsna resmål som sökanden hade nämnt i svaret på meddelandet om anmärkningar (tabell 2.6), till stöd för sin uppfattning att priserna konvergerar, låg i den prisklass som sökanden tidigare hade uppgivit.
- 36 Det framgår nämligen vid en undersökning av bilagorna 1 a och 2 till sökandens skrivelse av den 29 juni 1999 till svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 15 respektive den 21 juni 1999 (handlingar som kommissionen har givit in inom ramen för åtgärder för processledning, se bilaga 6 b/7 b till kommissionens första ingivna handlingar) att kommissionen har rätt i sitt påstående att skillnaderna i genomsnittspriser är betydande, i synnerhet om jämförelsen avser priserna under samma säsong (sommar eller vinter). Av bilaga 1 a framgår att genomsnittspriset i pund sterling (GBP) per vecka för semes-

terresor till närliggande resmål för sommarsäsongerna 1996, 1997 och 1998 uppgick till 354, 378 respektive 369 GBP, medan motsvarande priser för semesterresor till avlägsna resmål uppgick till 676, 757 respektive 781 GBP.

- 37 Dessutom bekräftar dessa handlingar att kommissionen har gjort en riktig bedömning i skäl 25 i det omtvistade beslutet. Det framgår nämligen av bilaga 2 till sökandens skrivelse av den 29 juni 1999 att typiska semesterresor till närliggande resmål, till exempel en vecka på ett trestjärnigt hotell med halvpension på Mallorca i juli eller augusti 2000, enligt sökandens uppgift kostade 485 GBP. Denna siffra understiger dock klart de siffror som anges i tabell 2.6 på sidan 21 i svaret på meddelandet om anmärkningar, som det hänvisas till i skäl 25 i det omtvistade beslutet. Det är endast priserna på semesterresor i december 1999 till Jamaica (699 GBP), Mexico (649 GBP) och Sri-Lanka (699 GBP) som ligger i närheten av genomsnittspriserna för resor till närliggande resmål under sommaren 2000.
- 38 Även de handlingar som sökanden har givit in talar för kommissionens teori. Såsom framgår av skäl 26 i det omtvistade beslutet finns det ett utbud av resor till fyra resmål till mycket konkurrenskraftiga priser i den reklamannons för paketresor till avlägsna resmål från BA Holidays som sökanden företedde vid förhöret (se skäl 26 i det omtvistade beslutet, fotnot 23). Dessa resmål är Barbados (399 GBP), Tobago (499 GBP), Grenada (529 GBP) och Saint Lucia (799 GBP). Såsom kommissionen har framhållit är det emellertid endast priset för resan till Saint Lucia som inkluderar måltider, medan övriga priser endast inkluderar inkvartering och flygresa. Dessutom rör det sig om lågsäsongspriser, som var giltiga under september och oktober 1999.
- 39 Tilläggas skall att sökanden i sitt svar av den 29 juni 1999 på kommissionens begäran av den 15 respektive den 21 juni 1999 som exempel på typiskt produktutbud angav sommarsemester på Mallorca med inkvartering på ett trestjärnigt hotell till en ungefärlig kostnad av 485 GBP exklusive flygtillägg.

- 40 Dessutom medgav sökanden under förhandlingen att den ger ut en katalog för semesterresor till närliggande resmål och en annan för semesterresor till avlägsna resmål.
- 41 Under dessa omständigheter kan kommissionens antagande att det endast är en liten del av de största brittiska researrangörernas kunder som anser att semesterresor till närliggande resmål är utbytbara med semesterresor till avlägsna resmål med avseende på kvalitet/pris ("value for money") inte betraktas som uppenbart felaktig.
- 42 De argument som sökanden i övrigt har anfört motsäger inte nämnda slutsats.
- 43 Sökanden har gjort gällande att semesterresor till avlägsna resmål i studier som har gjorts inom sektorn i fråga har betraktats som en del av en tendens hos majoriteten. Sökanden har särskilt hänvisat till skriften *Holidays: The Booking procedure* av Mintel, i vilken följande anges: "Långresor har kommit in på den stora semestermarknaden. Fenomenet grundas på en önskan att resa längre och se världen utanför Europa, och priset måste ha blivit en avgörande faktor för konsumentens val." Dessutom borde kommissionen ha tagit hänsyn till de uppgifter från andra researrangörer som den fick in vid sin undersökning, som också vittnar om att semesterresor till närliggande resmål i allt högre grad byts ut mot semesterresor till avlägsna resmål.
- 44 Den omständigheten, att kommissionen vid definitionen varken tillmätte utvecklingen av konsumenternas preferenser, det i allt högre grad förekommande utbytet av semesterresor till närliggande resmål med semesterresor till avlägsna resmål, som Florida och Dominikanska republiken, eller tillväxten på marknaden för semesterresor till avlägsna resmål under senare år någon avgörande betydelse,

räcker emellertid under förevarande omständigheter inte för att dra slutsatsen att kommissionen överskred gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den ansåg att paketresor till närliggande resmål inte tillhörde samma marknad som paketresor till avlägsna resmål.

- 45 Vad vidare beträffar sökandens argument angående utbytbarheten med avseende på utbudet och huruvida de plan som används för kortdistans- respektive långdistansflygningar kan ersätta varandra, kan kommissionen inte klandras för att ha gjort bedömningen att vissa flygplan med flera funktioner, som Boeing 757, i viss mån kan användas både för avlägsna resmål och närliggande resmål — med hänsyn till vad som i övrigt konstaterats angående produktens utbytbarhet med avseende på efterfrågan — inte var tillräckligt avgörande för att kommissionen på grund därav skulle fastställa en mer omfattande definition av marknaden. I detta hänseende hänvisar rätten, liksom sökanden själv har gjort, till punkt 13 i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5), i vilken följande anges:

”Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definieringen av den relevanta marknaden utgör utbytbarheten på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning.”

- 46 Slutligen kan sökanden inte med framgång göra gällande att definitionen av den relevanta marknaden är bristfälligt motiverad.
- 47 Kommissionen har ägnat en stor del av det omtvistade beslutet (skäl 5—28) åt att förklara på vilka grunder den ansåg att den relevanta marknaden endast utgörs av marknaden för semesterresor till närliggande resmål. Det framgår sålunda klart

och tydligt av det omtvistade beslutet hur kommissionen har resonerat angående definitionen av den relevanta marknaden, så att gemensapsdomstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt och så att de som berörs av beslutet kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och försvara sina rättigheter (domstolens dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15).

- 48 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och överträdelse av artikel 253 EG, då kommissionen vid bedömningen av förevarande fall tillämpade begreppet kollektiv dominerande ställning på ett nytt och felaktigt sätt

- 49 Sökanden har klandrat kommissionen för att i det omtvistade beslutet ha tillämpat begreppet kollektiv dominerande ställning på ett nytt och felaktigt sätt, som kommissionen har redogjort för i skälen 51—56 i det omtvistade beslutet, och därvid avvikit från sin tidigare praxis, från gemenskapens rättspraxis och från principer om ekonomiskt förnuft och överträtt artikel 2 i förordning nr 4064/89. Genom nämnda tillämpning åsidosatte kommissionen enligt sökanden dessutom rättssäkerhetsprincipen och artikel 253 EG, eftersom det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat.

- 50 Kommissionen har förnekat att den skulle ha intagit en ny hållning och anfört att den har tillämpat det kriterium för kollektiv dominerande ställning som den har tillämpat i tidigare ärenden och som förstainstansrätten godkände i sin dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen (REG 1999, s. II-753).

- 51 Rätten erinrar om att de ovannämnda skälen i det omtvistade beslutet (51—56) hör till beslutets avsnitt VA, i vilket kommissionen endast som en sammanfattande introduktion redogör för sina skäl för slutsatsen att den anmälda företagskoncentrationen skulle medföra en dominerande ställning, och i vilket kommissionen allmänt besvarar sökandens yttranden under det administrativa förfarandet angående vissa utmärkande egenskaper hos en kollektiv dominerande ställning.
- 52 I detta inledande kapitel till den rättsliga analysen av den anmälda företagskoncentrationen har kommissionen endast i stora drag redogjort för sina bedömningar av koncentrationens resultat, som den därefter har redogjort för och utvecklat i detalj i skälen 57—180 i det omtvistade beslutet.
- 53 Eftersom det omtvistade beslutet utgör en rättsakt som har antagits med tillämpning av artikel 2 i förordning nr 4064/89 i fråga om en viss företagskoncentration, skall förstainstansrättens prövning av huruvida ett sådant beslut är rättsenligt endast avse kommissionens ståndpunkt i förhållande till den anmälda företagskoncentrationen. Förstainstansrätten skall sålunda undersöka hur lagen har tillämpats på sakomständigheterna och uttala sig om huruvida kommissionens bedömningar av den anmälda företagskoncentrationens inverkan på konkurrensen var välgrundade. I förevarande fall har de särskilda bedömningar av koncentrationens inverkan på konkurrensen som medförde att kommissionen ansåg att koncentrationen skulle förbjudas anförts och utvecklats i skälen 57—180 i det omtvistade beslutet och bestridits av sökanden inom ramen för den tredje grunden.
- 54 Rätten skall därför inledningsvis undersöka huruvida de argument som sökanden har anført inom ramen för den tredje grunden är välgrundade och därvid beakta sökandens argument avseende kommissionens allmänna bedömningar i skälen 51—56 i det omtvistade beslutet.

Den tredje grunden: Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, då kommissionen konstaterade att den anmälda företagskoncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 253 EG

- 55 Inom ramen för denna grund har sökanden avsett att visa att kommissionen gjorde en oriktig bedömning när den beslutade att koncentrationen i fråga skulle förbjudas. Sökanden har anfört att det inte har styrkts i det omtvistade beslutet att koncentrationen skulle leda till att det skapades en kollektiv dominerande ställning som påtagligt skulle kunna hämma konkurrensen på den relevanta marknaden. Genom att förbjuda koncentrationen överträdde kommissionen sålunda artikel 2 i förordning nr 4064/89.

A — Allmänna överväganden

- 56 Enligt artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 skall en koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.
- 57 Enligt artikel 2.3 i förordningen skall en koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 58 När kommissionen vid tillämpningen av förordning nr 4064/89 undersöker en eventuell kollektiv dominerande ställning, skall den avgöra om skapandet eller

förstärkningen av en sådan ställning, som medför att den effektiva konkurrensen på marknaden påtagligt och varaktigt hämmas, är en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen (se för ett motsvarande synsätt domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 94). Om ingen betydande förändring av den rådande konkurrensen sker, skall koncentrationen tillåtas (se för ett liknande resonemang förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-323, punkterna 78 och 79, och domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkterna 170, 180 och 193).

- 59 Av rättspraxis framgår följande: ”I fråga om en föregiven kollektiv dominerande ställning är kommissionen... skyldig att, utifrån en analys av referensmarknadens kommande utveckling, bedöma om den koncentration som undersökningen gäller kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den [relevanta] marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma marknadsstrategi och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter” (domarna i de ovannämnda målen Kali & Salz, punkt 221, och Gencor mot kommissionen, punkt 163).
- 60 Förstainstansrätten har uttalat följande: ”I juridiskt eller ekonomiskt hänseende finns det inte någon anledning att från begreppet ekonomiska bindningar utesluta ett ömsesidigt beroendeförhållande mellan deltagarna i ett begränsat oligopol inom vilket de på en marknad med lämpliga egenskaper — bland annat i fråga om marknadskoncentration och produktens överblickbarhet och homogenitet — kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att bland annat maximera sin gemensamma vinst genom att begränsa produktionen i syfte att höja priserna. I ett sådant sammanhang vet varje aktör att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från hans sida i syfte att öka hans marknadsandel (exempelvis en prissänkning) skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att han inte skulle få någon fördel av sitt initiativ. Samtliga aktörer skulle drabbas av den sänkta prisnivån.” (Domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 276.)

- 61 En kollektiv dominerande ställning som påtagligt hämmar den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den kan således uppkomma till följd av en företagskoncentration, om koncentrationen — med hänsyn till den relevanta marknads egenskaper och till den ändring av marknadsstruktur som koncentrationen skulle medföra — skulle resultera i att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet med beaktande av det gemensamma intresset skulle anse att det var möjligt, ekonomiskt rationellt och således att föredra att varaktigt anta samma marknadsstrategi i syfte att sälja till priser som är högre än de konkurrensmässiga utan att behöva ingå ett avtal eller samordna ett förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG (se för ett motsvarande synsätt domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 277) och utan att de faktiska eller potentiella konkurrenterna, eller kunderna och konsumenterna, på ett effektivt sätt skulle kunna reagera.
- 62 Som sökanden har anfört, och som kommissionen har medgivit i sina inlagor, måste tre villkor vara uppfyllda för att en sålunda definierad kollektiv dominerande ställning skall kunna skapas.
- För det första måste varje företag som ingår i det dominerande oligopolet kunna få kännedom om de övriga ingående företagens agerande för att kunna kontrollera huruvida de antar samma strategi. Som kommissionen uttryckligen har medgivit, räcker det inte att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet är medvetet om att alla kan dra nytta av ett agerande på marknaden som är ömsesidigt beroende. Varje ingående företag måste även kunna få veta om övriga aktörer antar samma strategi och om de håller fast vid den. Det måste således finnas tillräcklig insyn på marknaden för att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skall kunna få tillräckligt exakt och omedelbar kännedom om utvecklingen av vart och ett av de övriga ingående företagens beteende på marknaden.
 - För det andra måste den tysta samordningen varaktigt kunna bestå, det vill säga det måste finnas ett incitament för att inte frångå den gemensamma

handlingslinjen på marknaden. Som kommissionen har påpekat, är det endast om samtliga företag som ingår i det dominerande oligopolet vidhåller ett parallellt beteende som de kan dra nytta av det. Detta villkor förutsätter sålunda att det finns repressalier för beteenden som avviker från den gemensamma strategin. Parterna är i detta avseende eniga om att det för att en kollektiv dominerande ställning skall kunna bestå krävs tillräckligt med avskräckande faktorer för att säkerställa att det finns ett varaktigt incitament för att inte avvika från den gemensamma handlingslinjen, vilket innebär att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet måste veta att en starkt konkurrenspräglad åtgärd från dess sida i syfte att öka sin marknadsandel skulle framkalla samma åtgärd hos de andra aktörerna, så att företaget inte skulle få någon fördel av sitt initiativ (se för ett motsvarande synsätt domen i det ovannämnda målet *Gencor mot kommissionen*, punkt 276).

- För det tredje måste kommissionen för att styrka att en kollektiv dominerande ställning är för handen även visa att de faktiska och potentiella konkurrenternas samt konsumenternas förutsedda reaktion inte skulle motverka den gemensamma strategins förväntade verkningar.

63 Den bedömning av den framtida utvecklingen som kommissionen skall göra inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer med avseende på kollektiv dominerande ställning förutsätter en noggrann undersökning av bland annat de omständigheter som i varje enskilt fall visar sig relevanta för bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen på referensmarknaden (domen i det ovannämnda målet *Kali & Salz*, punkt 222). Som kommissionen själv har framhållit i punkt 104 i sitt beslut av den 20 maj 1998, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* (ärende IV/M.1016) (EGT L 50, 1999, s. 27), framgår det vidare av domen i målet *Kali & Salz* att kommissionen har en tung bevisbörda i fall där den anser att en koncentration skall förbjudas på grund av att den skulle skapa en kollektiv dominerande ställning. Bevisen skall bland annat avse de omständigheter som spelar en viktig roll vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas, såsom brist på effektiv konkurrens mellan de aktörer som påstås ingå i det dominerande oligopolet och svagt konkurrensstryck från eventuella övriga aktörer.

- 64 Rätten noterar vidare att kommissionen genom de materiella reglerna i förordning nr 4064/89, och i synnerhet artikel 2, har givits en viss befogenhet att företa skönsmässig bedömning, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är av väsentlig betydelse för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som utgör grund för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (domarna i de ovannämnda målen Kali & Salz, punkterna 223 och 224, och Gencor mot kommissionen, punkterna 164 och 165).
- 65 Det är sålunda mot bakgrund av vad som har anförts som rätten skall undersöka huruvida sökanden har grund för de invändningar som den har gjort i syfte att visa att kommissionen gjorde en oriktig bedömning när den ansåg att ett tillåtande av den anmälda koncentrationen skulle medföra att kriterierna för en kollektiv dominerande ställning skulle uppfyllas eller att de egenskaper som kännetecknar en sådan ställning skulle komma att föreligga.

B — *Det omtvistade beslutet*

- 66 I det omtvistade beslutet görs det åtskillnad (se skälen 72 och 75) mellan två slags aktörer på den relevanta marknaden, nämligen å ena sidan de stora researrangörerna och å andra sidan de mindre aktörerna eller små researrangörerna.

— De stora researrangörerna utmärker sig dels genom att de är relativt stora och har en marknadsandel på mer än 10 procent (enligt kommissionens uppgifter står Thomson för 27 procent av försäljningen, Airtours för 21 procent, Thomas Cook för 20 procent och First Choice för 11 procent, det vill säga de står tillsammans för 79 procent, och enligt Airtours uppgifter står Thomson för 30,7 procent av försäljningen, Thomas Cook för 20,4 procent, Airtours för 19,4 procent och First Choice för 15 procent, det vill säga de står tillsammans för 85,5 procent.), dels genom att de alla är integrerade uppåt (med charterflygbolag) och nedåt (med resebyråer).

— Av de mindre aktörerna har ingen en marknadsandel som överstiger 5 procent, och dessa aktörer har i regel varken egna charterflygbolag eller egna resebyråer. Förutom Cosmos (som utgör ett undantag från regeln att de mindre aktörerna inte är vertikalt integrerade, eftersom företaget är knutet till Monarch, som är ett av det största charterflygbolagen i Förenade kungariket), Manos och Kosmar, som är den femte, sjätte respektive sjunde största researrangören och står för 2,9 procent, 1,7 procent respektive 1,7 procent av försäljningen, finns det flera hundra små konkurrerande researrangörer, varav ingen står för mer än 1 procent av försäljningen.

67 Det framgår av det omtvistade beslutet (se sammanfattningen av kommissionens bedömning i skälen 168—172 i det omtvistade beslutet) att kommissionen ansåg att den föreslagna koncentrationen skulle skapa en dominerande ställning på den brittiska marknaden för paketesor till närliggande resmål i utlandet och därigenom påtagligt hämma konkurrensen på den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 av följande skäl:

— Den föreslagna koncentrationen skulle utplåna konkurrensen mellan de tre kvarvarande stora researrangörerna efter koncentrationen (Airtours/First Choice, Thomson och Thomas Cook). På grund av marknadens strukturella egenskaper och dess sätt att fungera, det vill säga beroende på beslut om kapacitet, och på grund av den höga graden av koncentration (80 procent för de tre sista stora researrangörerna om koncentrationen ägde rum), skulle de tre researrangörerna inte längre ha något incitament att konkurrera (det omtvistade beslutet, skäl 169).

— Koncentrationen skulle öka den redan befintliga insynen och det redan befintliga ömsesidiga beroendet, på så sätt att de tre sista stora researrangörerna skulle ha allt intresse av att anta parallella beteenden avseende

fastställandet av antalet paketresor i utbudet på marknaden och därvid låta kapaciteten understiga vad marknads utveckling kräver (det omtvistade beslutet, skäl 170).

- En undersökning av den tidigare konkurrensen stöder denna slutsats, då den visar att vissa tendenser till kollektiv dominans redan finns på den relevanta marknaden (det omtvistade beslutet, skälen 128—138).

- Avskräckande faktorer eller möjligheter till repressalier utgörs av den omständigheten att den av de tre återstående stora researrangörerna som eventuellt beslutade att inte begränsa sin kapacitet skulle löpa risken att de två övriga agerade likadant, vilket skulle ge upphov till en mättad marknad och allvarliga ekonomiska konsekvenser för samtliga tre aktörer (det omtvistade beslutet, skäl 170).

- De små researrangörerna eller de nya aktörerna, det vill säga de faktiska och potentiella konkurrenterna, skulle marginaliseras ytterligare genom koncentrationen eftersom de skulle förlora First Choice som leverantör av flygstolar och som potentiell distributionskanal. Dessa aktörer skulle i vart fall inte kunna kompensera de eventuella begränsningar av kapaciteten som de tre sista stora researrangörerna skulle kunna genomföra (det omtvistade beslutet, skäl 171).

68 Vad beträffar koncentrationens inverkan på den effektiva konkurrensen har kommissionen gjort bedömningen att begränsningen av marknadens totala kapacitet skulle resultera i att marknaden stängdes och medföra en prishöjning och en ökning av vinsterna för de företag som ingår i det dominerande oligopolet (se särskilt skälen 56 och 168 *in fine* i det omtvistade beslutet).

C — *Kommissionens påstådda oriktiga bedömningar*

- 69 Sökanden har gjort gällande att de omständigheter som kommissionen har anfört i det omtvistade beslutet till stöd för sin bedömning av den kollektiva dominerande ställningen, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande, inte var för handen vid tidpunkten för anmälan och inte skulle inträffa om koncentrationen genomfördes.
- 70 Närmare bestämt har sökanden för det första gjort gällande att kommissionen inte har styrkt att koncentrationen med hänsyn till den relevanta marknadens egenskaper skulle ge de tre sista stora researrangörerna ett incitament att sluta konkurrera med varandra.
- 71 För det andra har sökanden anfört följande: Även om det kan finnas ett sådant incitament, hindras skapandet av det påstådda dominerande oligopolet av att det inte finns några avskräckande faktorer eller möjligheter till passande repressalier.
- 72 För det tredje har sökanden gjort gällande att de små researrangörerna och de nya aktörerna, det vill säga de faktiska och potentiella konkurrenterna, i vart fall skulle opponera sig mot eventuellt genomförda begränsningar av kapaciteten och att konsumenterna skulle reagera på detta, vilket innebär att koncentrationen inte skulle ge de tre sista stora researrangörerna möjlighet att i någon märkbar utsträckning agera tillsammans oberoende av övriga konkurrenter och av konsumenterna.
- 73 Slutligen har sökanden gjort gällande att kommissionen har gjort en oriktig bedömning vid sin bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen på den relevanta marknaden.

1. Inledande synpunkter

- 74 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att den relevanta marknadens aktörers naturliga benägenhet att göra en försiktig bedömning av sin kapacitet inte på något sätt har hindrat dem från att konkurrera med varandra tidigare och att det inte finns någon anledning att anta att den föreslagna koncentrationen skulle medföra att denna konkurrens försvann på grund av att det skulle skapas en kollektiv dominerande ställning för de tre sista stora researrangörerna.
- 75 Rätten finner att det omtvistade beslutet är särskilt elliptiskt med avseende på klassificeringen av den konkurrens som rådde vid tidpunkten för anmälan. Det är dock ostridigt att kommissionen drog slutsatsen att den föreslagna koncentrationen skulle skapa, och inte förstärka, en dominerande ställning på marknaden (det omtvistade beslutet, skäl 194). Kommissionen har i sina inlagor bekräftat att den inte har påstått att det vid tidpunkten för anmälan fanns ett dominerande oligopol och att det rör sig om att en kollektiv dominerande ställning skapas, inte förstärks. Den har således inte bestridit att de största researrangörerna före den föreslagna koncentrationen inte har ansett det vara möjligt och inte har bedömt det som lönsamt att begränsa sin kapacitet för att höja sina priser och intäkter.
- 76 Härav följer att förstainstansrätten i förevarande fall till utgångspunkt för sin bedömning skall ta en situation där de fyra stora researrangörerna enligt kommissionen själv saknar möjlighet att inta samma marknadsstrategi och således inte uppträder som en enda organisation gentemot sina konkurrenter, sina handelspartners och kunderna, och där de sålunda inte har haft några sådana möjligheter som en kollektiv dominerande ställning ger.
- 77 Under dessa omständigheter ankom det på kommissionen att visa att dess tillstånd — med hänsyn till det som kännetecknar marknaden för arrangemang av paketresor till närliggande resmål för briter och till den anmälda koncen-

trationen — skulle ha givit upphov till att en konkurrensbegränsande kollektiv dominerande ställning skapades, eftersom Airtours/First Choice, Thomson och Thomas Cook då skulle få en möjlighet som de inte hade tidigare att anta samma marknadsstrategi genom att fastställa en kapacitet som inte motsvarar den som de normalt sett skulle ha fastställt på en konkurrensutsatt marknad, som redan präglades av viss försiktighet med avseende på kapacitet.

- 78 De invändningar och argument som sökanden har anfört i förevarande fall skall sålunda bedömas mot bakgrund av ovanstående överväganden.

2. Slutsatsen att företagskoncentrationen skulle ge de tre sista stora researrangörerna ett incitament att sluta konkurrera med varandra

- 79 Sökanden har anfört att slutsatsen att företagskoncentrationen skulle ge de tre sista stora researrangörerna ett incitament att sluta konkurrera med varandra är felaktig. För det första har kommissionen inte tagit erforderlig hänsyn till den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna vid tidpunkten för anmälan. För det andra har kommissionen gjort felaktiga bedömningar av de marknadsegenskaper som den angav som indicier på att det skulle skapas en kollektiv dominerande ställning på marknaden, bland annat den tidigare och den prognosticerade utvecklingen av efterfrågan, efterfrågans volatilitet och graden av insyn på marknaden.

a) Bedömningen av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna

- 80 Sökanden har gjort gällande att bedömningen av den konkurrens som rådde före anmälan (den så kallade tidigare konkurrensen) spelar en avgörande roll i förevarande fall, eftersom det huvudsakliga incitament som kommissionen har

åberopat, det vill säga den påstådda återhållsamheten med avseende på kapacitet, hör till marknadens normala funktion och gäller för alla som utövar yrket och eftersom incitamentet inte heller påverkas av den föreslagna koncentrationen. Sökanden har gjort gällande att den relevanta marknaden under de senaste åren har varit konkurrensutsatt och bestridit kommissionens påstående att det redan fanns en tendens till kollektiv dominans på marknaden. Sökanden har särskilt kritiserat kommissionens sätt att beakta den påstådda befintliga tendensen till kollektiv dominans innan den föreslagna koncentrationen och marknadsandelarnas historiska volatilitet ens hade undersökts.

81 Kommissionen har anfört att det inte är väsentligt hur marknaden tidigare fungerade och vilken konkurrens som tidigare fanns, eftersom det omtvistade beslutet är grundat på konstaterandet att den föreslagna koncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, det vill säga skulle förändra marknadsvillkoren på så sätt att de incitament och det agerande som tidigare hade undersökts inte längre skulle utgöra relevanta utgångspunkter vid bedömningen av aktörernas reaktion i den nya marknadssituationen. Den avgörande frågan är därför enligt kommissionen huruvida den föreslagna koncentrationen skulle ändra de nuvarande marknadsvillkoren på ett sådant sätt att de största aktörerna inte längre skulle agera som tidigare. Den omständigheten att marknaden var konkurrensutsatt, med fyra stora researrangörer, betyder inte att den skulle fortsätta att vara konkurrensutsatt om de endast var tre. Kommissionen har emellertid bestridit de argument som sökanden har anfört i syfte att visa att det fanns och att det fortfarande finns en hård konkurrens mellan de största aktörerna.

82 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att en av de frågor som kommissionen måste utreda i fråga om en påstådd kollektiv dominerande ställning är huruvida den företagskoncentration som undersökningen gäller medför att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmas (domarna i de ovannämnda målen Kali & Salz, punkt 221, och Gencor mot kommissionen, punkt 163). Om ingen betydande förändring av den rådande konkurrensen sker, skall koncentrationen tillåtas, eftersom den då inte medför några konkurrensbegränsande resultat (se punkt 58 ovan). Den grad av konkurrens som rådde på den relevanta marknaden vid tidpunkten för anmälan av koncentrationen är således en faktor som är avgörande för att vid tillämpning av förordning nr 4064/89 bedöma huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas.

83 I förevarande fall är det, som sökanden har påpekat, än viktigare att se till den konkurrens som rådde före anmälan, eftersom den tysta samordning som enligt kommissionen skulle infinna sig till följd av koncentrationen skulle avse en begränsning av den kapacitet som tillhandahålls på marknaden av de tre integrerade researrangörerna, som skulle gå längre än vad som påbjuds av den naturliga försiktighet vid planeringen av kapaciteten som kommissionen själv anser tillhöra marknadens normala funktion.

i) Den påstådda tendensen till kollektiv dominans före den föreslagna koncentrationen

84 Rätten noterar inledningsvis att kommissionen visserligen har ägnat en del av det omtvistade beslutet åt att undersöka "[t]idigare konkurrens" (skälen 128—138), men att en närmare studie av skälen i denna del ger vid handen att kommissionen i själva verket inte där har uttalat sig om omfattningen av den befintliga konkurrensen på denna marknad. Kommissionen har endast angivit (skälen 128—138) en rad omständigheter eller faktorer på marknaden under åren före anmälan och därav dragit slutsatsen (det omtvistade beslutet, skäl 138) att det "finns... bevis för att det redan idag finns en tendens till kollektiv dominans på marknaden (särskilt vad gäller fastställandet av kapacitet)". I denna del av det omtvistade beslutet nämns emellertid inget om den eventuella graden av minskad konkurrens på marknaden före anmälan.

— De stora researrangörernas försiktiga hållning vid planeringen av kapaciteten och den särskilda hänsynen till huvudkonkurrenternas uppskattningar

85 Kommissionen har i skälen 135—136 i det omtvistade beslutet uppgivit att de stora researrangörerna intar en försiktig hållning vid planeringen av kapaciteten och särskilt beaktar huvudkonkurrenternas uppskattningar. (I skäl 136 i det

omtvistade beslutet citeras vissa uttalanden av de stora brittiska integrerade researrangörernas företagsledare, som enligt kommissionen visar denna försiktighet vid planeringen.) I det föregående skälet (135) i det omtvistade beslutet nämns en händelse som inträffade sommarsäsongen 1995 och som enligt kommissionen illustrerar konsekvenserna av en mättad marknad. Under 1994 års planeringsperiod överskattade researrangörerna efterfrågan under sommarsäsongen 1995, varpå de fick osåld kapacitet som de tvingades sälja med stora rabatter, vilket orsakade dem avsevärda förluster.

- 86 Sökanden har hävdats att de stora researrangörerna inte kan klandras för att de intar en försiktig hållning vid planeringen av kapaciteten, och därvid särskilt beaktar uppskattningarna av de övriga av de största researrangörernas planer. Gemenskapsdomstolen har nämligen slagit fast att kravet på självständighet inte fråntar ekonomiska aktörer deras rätt att rationellt anpassa sig till sina konkurrenters faktiska eller väntade agerande (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 173 och 174). Sökanden anser att denna försiktighet inte är oförenlig med en mycket aggressiv konkurrens för att behålla eller öka sina marknadsandelar på de huvudsakliga konkurrenternas bekostnad. I detta avseende har sökanden återgivit uttalanden av de största researrangörerna som visar på deras önskan att växa.
- 87 Kommissionen har gjort gällande att de intentioner som sökanden har tillskrivit de största researrangörerna återspeglar läget före den föreslagna koncentrationen och således avser andra omständigheter. Kommissionen har inte påstått att det förelåg något dominerande oligopol tidigare. Det "aggressiva växande" som avses i vissa uttalanden genomfördes dessutom tidigare, och avsågs genomföras i framtiden, genom förvärv. Slutligen har Thomas Cook uppgivit till kommissionen att företaget ansåg att lönsamhet är viktigare än storlek (det omtvistade beslutet, skäl 131).
- 88 Rätten erinrar om att det vid upprepade tillfällen i det omtvistade beslutet medges att denna naturliga tendens att vara försiktig vid planeringen av kapaciteten är

utmärkande för den relevanta marknaden i dess nuvarande skepnad, där det inte föreligger någon konkurrensbegränsande kollektiv dominerande ställning, och att detta gäller för samtliga aktörer, och inte bara de stora researrangörerna, även om dessa berörs i särskild utsträckning (se skälen 60—66, 97 och 136 i det omtvistade beslutet). I skäl 97 i det omtvistade beslutet har kommissionen sålunda anfört följande. ”Efterfrågevolatiliteten gör det särskilt rationellt att dra ner på den planerade kapaciteten för att senare kunna utöka om efterfrågan blir stor. På så vis skyddar leverantörerna sig mot plötsliga efterfrågeminskningar.” I skäl 136 har kommissionen vidare anfört följande. ”De stora arrangörerna är försiktiga med kapacitetsplanering och tar särskild hänsyn till beräkningar över de andra stora arrangörernas planer.”

- 89 Under dessa omständigheter, och eftersom kommissionen inte har bestridit att den relevanta marknaden var konkurrensutsatt före anmälan, bland annat under krisen år 1995, kan inte den händelse som inträffade nämnda år, vilken tillmäts stor betydelse i det omtvistade beslutet, i sig utgöra ett tecken på att det redan fanns en tendens till kollektiv dominans inom sektorn. Den omständigheten att aktörerna under 1994 års planeringsperiod gjorde felaktiga beräkningar och gjorde stora förluster efter att ha överskattat efterfrågan under sommarsäsongen 1995, kan endast betraktas som ett exempel på de risker som hör till denna marknad, vars mycket speciella funktion förklaras i skälen 59—66 i det omtvistade beslutet.
- 90 Det framgår visserligen av de uttalanden som har återgivits i skäl 136 i det omtvistade beslutet att de stora researrangörernas företagsledare är medvetna om de risker som följer med att anta planer på att expandera på den relevanta marknaden, särskilt genom den lärdom som drogs av händelsen år 1995 och av den omständigheten att nyckeln till lönsamhet ligger i att anpassa kapaciteten till efterfrågan (se skäl 60 i det omtvistade beslutet). Uttalandena innehåller dock inte det minsta tecken på att de största researrangörerna inte konkurrerar med varandra.
- 91 I motsats till vad kommissionen har hävdats (se skälen 137 och 138 i det omtvistade beslutet), kan slutligen inte den omständigheten att det i viss mån (30—40 procent av aktierna) är samma institutionella investerare som återfinns i

Airtours, First Choice och Thomson anses tyda på att det redan finns en tendens till kollektiv dominans inom sektorn. I detta avseende räcker det att konstatera att det, som kommissionen själv har medgivit i sitt svaromål (punkt 73), i det omtvistade beslutet inte har påståtts att gruppen av institutionella aktieägare företräder en homogen enhet som gör det möjligt att kontrollera dessa börsnoterade bolag eller att utbyta information mellan de tre bolagen. Dessutom kan inte kommissionen med framgång hävda att dessa aktieägare utgör ytterligare företrädare för åsikten att kapaciteten skall styras med försiktighet utan att ha undersökt i vilken utsträckning aktieägarna deltar i ledningen av bolagen i fråga. Eftersom de gemensamma institutionella aktieägarnas överväganden i fråga om tillväxt, och således i fråga om kapaciteten, endast återspeglar en av den relevanta marknadens egenskaper, har kommissionen slutligen — även om det hade visats att aktieägarna hade möjlighet att påverka ledningen av företagen — inte kunnat visa att den omständigheten att sådana institutionella investerare äger en del av tre av de fyra största researrangörernas aktiekapital tyder på att det redan finns en tendens till kollektiv dominans.

- 92 Av det anförda följer att kommissionen, eftersom den inte har bestridit att marknaden var konkurrensutsatt, inte kunde betrakta den försiktighet vid planeringen som kännetecknar marknaden under normala förhållanden som ett stöd för sin teori att det redan fanns en tendens till kollektiv dominans inom sektorn.

— Bedömningen av den utveckling mot horisontell och vertikal integration som kännetecknar marknaden sedan rapporten av Monopolies and Mergers Commission offentliggjordes

- 93 Sökanden har gjort gällande att Monopolies and Mergers Commission i Förenade kungariket, som är en av konkurrensmyndigheterna i Förenade kungariket (nedan kallad MMC), undersökte den konkurrens som rådde år 1997 på den

relevanta marknaden och upprättade en rapport med namnet *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* (nedan kallad MMC:s rapport). Sökanden har gjort gällande att MMC i denna rapport drog slutsatsen att marknaden var tillräckligt konkurrensutsatt.

- 94 Kommissionen har gjort gällande att situationen på marknaden har förändrats avsevärt sedan MMC:s rapport upprättades år 1997, inte bara genom att de största researrangörerna har ökat sin vertikala integration, som sökanden har hävdad, utan även genom den stora horisontella koncentration som har uppkommit.
- 95 I skälen 128—134 i det omtvistade beslutet har kommissionen som tecken på tendens till kollektiv dominans anfört den utveckling mot horisontell och vertikal integration som under senare år har kännetecknat den brittiska sektorn för paketresor till utlandet och som har accelererat sedan MMC:s rapport offentliggjordes i december 1997, bland annat på grund av det antal medelstora aktörer som de fyra stora researrangörerna har förvärvat.
- 96 Förstainstansrätten finner emellertid att en noggrann undersökning av nämnda utveckling visar att de största researrangörernas förvärv av researrangörer, flygbolag och resebyråer, som nämns i skäl 134 i det omtvistade beslutet, inte medförde några stora förändringar på marknaden som gör att MMC:s slutsatser i slutet av år 1997 angående konkurrensen på marknaden inte längre ägde giltighet år 1999. Förvärven kunde således inte betraktas som ett tecken på att det fanns en tendens till kollektiv dominans.
- 97 Rätten konstaterar nämligen inledningsvis att MMC, som sökanden har påpekat, i sin rapport som offentliggjordes år 1997 gjorde bedömningen att sektorn för

paketresor till utlandet var en dynamisk sektor där hård konkurrens rådde och där det inte fanns några betydande hinder mot att ta sig in. Myndigheten kom fram till denna slutsats efter att ha genomfört en särskilt detaljerad studie (mer än 300 sidor) av situationen inom resesektorn och sektorns funktion, som hade gjorts under loppet av tolv månaders undersökning på grundval av ett stort antal uppgifter och åsikter som hade inhämtats från samtliga parter som finns inom sektorn för semesterresor till utlandet som säljs i Förenade kungariket. Som förberedelse till sin rapport beställde MMC fyra marknadsstudier av externa konsulter, och rapporten upprättades i november 1997, det vill säga endast ett och ett halvt år innan kommissionen undersökte marknaden inom ramen för den anmälda koncentrationen.

98 I punkt 1.6 i sin rapport har MMC närmare bestämt uttalat sig på följande sätt.

”Resesektorn har varit långt ifrån statisk under de senaste tio åren, och bilden fortsätter att förändras med tendens till högre grad av vertikal integration. Av alla de största aktörer som nämns i vår rapport från år 1986 om paketresor till utlandet är det endast Thomson som har behållit en framträdande ställning. Vi har fått åtskilliga bevis för att det råder hård konkurrens inom sektorn, och vi håller i princip med om att så är fallet. Trots att koncentrationen har ökat under de senaste fem åren, är den inte särskilt hög. De årliga vinsterna är inte överdrivet höga. Aktörerna kommer och går. Det finns inga betydande hinder mot att ta sig in på marknaden för researrangörer eller marknaden för resebyråer.”

99 Kommissionen har inte ifrågasatt denna analys när den på ett antal ställen i det omtvistade beslutet har citerat de bedömningar som MMC gjorde i nämnda rapport angående andra frågor (skälen 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 och 134 i det omtvistade beslutet). Kommissionen har således inte bestridit MMC:s slutsats att marknaden år 1997 var att beteckna som hårt konkurrensutsatt.

- 100 Kommissionen har emellertid gjort gällande (det omtvistade beslutet, skäl 123) att villkoren för konkurrensen på denna marknad har förändrats avsevärt sedan år 1997, särskilt på grund av den ökade koncentrationen och den ökade vertikala integrationen på marknaden, vilket har anförts i skäl 134 i det omtvistade beslutet. I detta avseende har kommissionen hävdade att den omständigheten att de medelstora aktörerna har försvunnit utgör en väsentlig förändring av konkurrensens struktur och ökar de största researrangörernas möjligheter till parallellt beteende.
- 101 Rätten konstaterar emellertid att den utveckling mot horisontell och vertikal integration som har präglat den brittiska sektorn för paketresor till utlandet sedan MMC:s rapport offentliggjordes är av mindre betydelse än vad kommissionen har påstått.
- 102 Vad beträffar den horisontella integrationen framgår det nämligen av handlingarna i målet (s. 33a i anmälan av koncentrationen till kommissionen, i bilaga 5 till ansökan, punkt 4.18 i MCC:s rapport från år 1997 och skäl 72 i det omtvistade beslutet) att utvecklingen av Thomsons, Airtours och First Choices marknadsandelar mellan åren 1996 och 1999 inte kännetecknas av någon stor ökning av deras marknadsandelar avseende närliggande resmål. Enligt det diagram som illustrerar utvecklingen av researrangörernas marknadsandelar (bilaga 5 till ansökan, s. 33a), där samtliga resmål är inkluderade, stod Thomson, som stod för 25 procent av försäljningen av paketresor till utlandet år 1996, inte för mer än 22 procent av försäljningen av paketresor till utlandet år 1998, medan Airtours stod för 16 procent både år 1996 och år 1998 och First Choice minskade från 10 procent år 1996 till 9 procent år 1998. De tre främsta av de researrangörer som var verksamma år 1997 stod således för 51 procent av försäljningen av paketresor till utlandet år 1996 och för 47 procent år 1998. Denna bedömning bekräftas vid en undersökning av de uppgifter som endast avser närliggande resmål. Det framgår nämligen av punkt 4.18 i MMC:s rapport att MMC år 1997 även undersökte de integrerade researrangörernas marknadsandelar enligt den snäva definition av produktmarknaden som tillämpas i det omtvistade beslutet, eftersom Thomas Cook vid denna tid hade framhållit intresset av att även

undersöka marknaden utifrån denna definition. Det framgår vid en jämförelse av siffrorna för marknadsandelar år 1996 (som anges i punkt 4.18 i MMC:s rapport) och år 1998 (som anges i skäl 72 i det omtvistade beslutet) att Thomson minskade från 33 till 30 eller 27 procent, beroende på vilken källa som konsulteras, att Airtours minskade från 20 procent till 19 procent eller ökade från 20 procent till 21 procent, beroende på vilken källa som konsulteras, och att First Choice ökade från 12 procent till 15 procent eller minskade från 12 procent till 11 procent, beroende på vilken källa som konsulteras. Det var endast Thomas Cook som fick en avsevärt ökad marknadsandel och ökade från 6 till 20 procent.

- 103 Härav framgår att den koncentration som har ägt rum inom sektorn för paketresor till utlandet efter år 1997 huvudsakligen utgörs av den omständigheten att Thomas Cook, som på några år omvandlades från en liten aktör till en stor researrangör genom ett antal externa affärer för att växa (förvärv av Sunworld i juni 1996, förvärv av Flying Colors, som stod för 3 procent av sektorn för paketresor till utlandet, och av Carlson/Inspirations, som stod för 1—3 procent av sektorn, år 1998) (MMC:s rapport, tabell 4.1, s. 76; det omtvistade beslutet, skälen 131 och 134). Tack vare ökningen var Thomas Cook år 1998 en fjärde stor researrangör, som var vertikalt integrerad och således i ett bättre läge för att konkurrera med de övriga integrerade researrangörerna. Denna omständighet kan inte tolkas som ett tecken på avsaknad av konkurrens på marknaden.
- 104 Med undantag för Thomas Cooks fall, rör de förvärv av researrangörer som nämns i skäl 134 i det omtvistade beslutet huvudsakligen köp av små aktörer som inte har medfört att de största researrangörernas marknadsandelar inom sektorn för paketresor till utlandet har ökat avsevärt. Den omständigheten att de medelstora aktörerna försvann — vilken enligt kommissionen utgjorde en väsentlig förändring av konkurrensens struktur, som ökade de största researrangörernas möjligheter till parallellt beteende — innebar således att det tillkom en ny stor researrangör, Thomas Cook, vars marknadsandelar ökade från 6 till 20 procent.
- 105 Vad beträffar den ökade graden av vertikal integration hos de stora researrangörerna, som enligt kommissionen också har pågått sedan år 1997 och också är ett tecken på tendensen till kollektiv dominans inom sektorn (det

omtvistade beslutet, skäl 138), konstaterar rätten att det omtvistade beslutet i detta avseende inte är stringent, eftersom det samtidigt grundas på tanken att vertikal integration behövs för att de stora researrangörerna skall utsättas för konkurrens. Sålunda har kommissionen i skäl 132 i det omtvistade beslutet anfört att First Choice år 1998 antog en strategi för vertikal integration i distributionen i syfte att skydda sig mot de övriga stora researrangörernas handelsbruk, att inte längre behöva betala provision till dem och att få bättre information om tendenserna på marknaden. Denna vertikala integration utgjorde i praktiken en av de avgörande faktorerna för kommissionens slutsats, eftersom kommissionen ansåg att en kollektiv dominerande ställning i förevarande fall skulle uppstå särskilt på grund av att företagskoncentrationen skulle eliminera First Choice som konkurrent på alla tre nivåer i distributionsledet (skäl 168 i det omtvistade beslutet).

- 106 Kommissionen har således själv medgivit i det omtvistade beslutet att den ökade graden av vertikal integration främjar konkurrensen, eftersom den ökar de stora researrangörernas respektive effektivitet och minskar deras beroende av varandra, då dessa ger sina egna distributionssätt företräde framför övriga huvudaktörers. Den vertikala integration som har kunnat konstateras efter det att MMC:s rapport offentliggjordes år 1997 kan således inte samtidigt anses utgöra ett tecken på tendens till kollektiv dominans. Dessutom noterar rätten att även MMC analyserade den ökade tendensen till vertikal integration i sin rapport och bedömde att tendensen utgjorde ett fenomen som lika gärna kunde vara konkurrensfrämjande som konkurrenshämmande (se punkt 2.193 i MMC:s rapport). MMC drog särskilt slutsatsen att de konkurrensbegränsande resultaten av den vertikala integrationen var svaga år 1997 med hänsyn till graden av koncentration inom sektorn.

- 107 Härav följer att kommissionen felaktigt gjorde bedömningen att utvecklingen mot horisontell och vertikal integration efter det att MMC:s rapport offentliggjordes år 1997 gav anledning att frångå myndighetens bedömningar om den grad av konkurrens som kännetecknade den relevanta marknaden.

108 Av det anförda följer att kommissionen drog felaktiga slutsatser i skäl 138 i det omtvistade beslutet när den ansåg att de omständigheter som hade redogjorts för i skälen 128—137 i beslutet ”[bevisar] att det redan idag finns en tendens till kollektiv dominans på marknaden (särskilt vad gäller fastställandet av kapacitet)”.

ii) Bedömningen av marknadsandelarnas historiska volatilitet

109 Sökanden har vidare, som bevis för att marknaden är konkurrensutsatt, anført att de största researrangörernas marknadsandelar historiskt sett har varit volatila, dynamiska och varierande.

110 Enligt kommissionen har ingen volatilitet av nämnda slag kunnat iakttas på den relevanta marknaden under senare tid. Kommissionen har framhållit att de förändringar av de stora researrangörernas marknadsandelar som sökanden har åberopat beror på förvärv som de har gjort och således inte är konsekvenser av deras prestationer på marknaden. Om man bortser från dessa förvärv, har de största aktörernas marknadsandelar emellertid knappast varierat under senare år, varför det kan antas att det är svårt att växa internt (det omtvistade beslutet, skäl 128 och fotnot 86.)

111 Rätten noterar att marknadsandelarnas historiska stabilitet vid bedömningen av en kollektiv dominerande ställning utgör en faktor som talar för att det har utvecklats ett tyst samförstånd, eftersom historisk stabilitet underlättar uppdelning av marknaden i stället för hård konkurrens, då varje aktör kan se till den marknadsandel som den tidigare har haft och fastställa sin produktion i förhållande till den.

112 I förevarande fall bygger kommissionens konstaterande, att utvecklingen av Thomsons, Airtours, Thomas Cooks och First Choices marknadsandelar har varit

stabil under de senaste fem åren, på antagandet att den externa ökningen inte skall beaktas. Kommissionen anser att de "kvoter" som skall fördelas, när förändringarna i fördelningen av marknadsandelar huvudsakligen beror på förvärv av konkurrenter, kan bestämmas genom att lägga ihop köparens och det uppköpta företags marknadsandelar. Därmed uppkommer inte problemet med aktörer som försöker att anpassa sina marknadsandelar till det maximum som de tidigare har uppnått.

- 113 Rätten finner emellertid att det inte är motiverat att utesluta den externa ökningen vid bedömningen av marknadsandelarnas volatilitet i förevarande fall, eftersom företagens storlek och grad av vertikal integration utgör viktiga faktorer för konkurrensen på den relevanta marknaden (se bland annat skälen 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 och 115 i det omtvistade beslutet). Under sådana omständigheter kan nämligen det stora antalet förvärv som de stora researrangörerna har gjort tidigare — oavsett om de har gjorts innan eller efter det att MMC:s rapport offentliggjordes — tolkas som ett tecken på hård konkurrens mellan dessa aktörer, som gör många uppköp för att undvika att passeras av sina huvudkonkurrenter på punkter som är viktiga för att i full utsträckning kunna dra fördel av stordrift.
- 114 Antagandet att ingen hänsyn skall tas till den externa ökningen motsägs dessutom i förevarande fall av flera uttalanden som kommissionen själv har gjort i det omtvistade beslutet och som i motsats till vad kommissionen har anfört i sina inlagor antyder att en stor researrangörs förvärv inte i de andra stora researrangörernas ögon leder till en aritmetisk summering av uppköparens och det uppköpta företags marknadsandelar, utan till en reaktion i konkurrens-hänseende från deras sida.
- 115 Sålunda anges följande i skäl 137 i det omtvistade beslutet: "När Airtours bud på First Choice blev känt i april i år ledde ett meddelande från Thomson, med innebörden att företaget skulle försvara sin marknadsställning, till att Thomson-aktien föll med 9 % på samma dag som meddelandet gjordes, på grund av 'farhågor att bolaget skulle inleda ett priskrig'. Thomsons ledning blev tvungen

att göra stora ansträngningar för att övertyga institutionella investerare om att meddelandet hade misstolkats och att de inte hade någon avsikt att tillföra kapacitet till marknaden utan bara att dra till sig den kapacitet som Airtours/First Choice skulle släppa som en följd av fusionen.”

- 116 Vidare anges i skäl 145 i det omtvistade beslutet att ”det anses tydligen brett inom branschen att alla fusioner innebär tillfälliga förluster av marknadsandelar för de inblandade på grund av att vissa kunder och leverantörer hoppar av på grund av att de dubbleringar som finns i deras program försvinner”. Dessa antaganden bekräftas vid en undersökning av de handlingar som sökanden har givit in angående den historiska utvecklingen av marknadsandelarna (bilaga 6 till repliken, s. 2, se även tabellen över utvecklingen av researrangörernas marknadsandelar, s. 8 i ansökan). När Thomson förvärvade Horizon år 1989 borde den nya gruppens marknadsandel sålunda ha uppgått till 32 procent (25 procent för Thomson och 7 procent för Horizon), med den sjönk snabbt till cirka 25 procent.
- 117 Rätten konstaterar att det framgår av en analys av de uppgifter som förekommer i handlingarna i målet att de största researrangörernas marknadsandelar avseende paketresor till utlandet, inklusive den externa ökningen, varierar avsevärt, vilket sökanden också har anfört utan att det har bestridits av kommissionen. Nämda förhållande framgår av den tabell över researrangörernas marknadsandelar som sökanden har upprättat i anmälan (återgiven på s. 8 i ansökan). År 1990 hade sålunda Thomson en marknadsandel på 21,81 procent, First Choice en marknadsandel på 5,82 procent, Airtours en marknadsandel på 4,27 procent och Thomas Cook en marknadsandel på 2,13 procent. År 1994 hade Thomson en marknadsandel på 23,13 procent, Airtours en marknadsandel på 15,52 procent, First Choice en marknadsandel på 5,88 procent och Thomas Cook en marknadsandel på 2,41 procent. År 1998 hade slutligen Thomson en marknadsandel på 19,28 procent, Airtours en marknadsandel på 14,26 procent, First Choice en marknadsandel på 7,47 procent och Thomas Cook en marknadsandel på 11,38 procent.
- 118 Härav följer att kommissionen felaktigt ansåg att de marknadsandelar som förvärven resulterade i inte skulle beaktas och att den därmed felaktigt ansåg att utvecklingen av de största researrangörernas marknadsandelar hade varit stabil under senare år.

119 Vad slutligen beträffar den befintliga konkurrensen på den relevanta marknaden tillägger rätten att sökanden utan att motsägas av kommissionen har hävdad att de största researrangörernas prestationer kan variera under en säsong (med förlorare och vinnare) och dessutom kan variera från en säsong till en annan. Denna omständighet skall tolkas som ett tecken på att marknaden är konkurrensutsatt och talar således emot förekomsten av en eventuell kollektiv dominerande ställning.

iii) Slutsats angående bedömningen av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna

120 Av det anförda följer att kommissionen har gjort oriktiga bedömningar vid sin analys av den befintliga konkurrensen på den relevanta marknaden före anmälan. Dels har kommissionen inte styrkt sin bedömning att det redan fanns en tendens till kollektiv dominans, och således till konkurrensbegränsning, inom sektorn, särskilt vad gäller fastställandet av kapacitet. Dels har den inte tagit erforderlig hänsyn till den omständigheten att de största researrangörernas marknadsandelar tidigare har varit volatila och att denna volatilitet är ett tecken på att marknaden är konkurrensutsatt.

b) Bedömningen av den tidigare och den prognosticerade utvecklingen av efterfrågan, efterfrågans volatilitet och graden av insyn på marknaden

121 I en del av det omtvistade beslutet som har rubriken ”Marknadskarakteristika (oligopol)” (skälen 87—127) anges en rad egenskaper som enligt kommissionen medför att dominerande oligopol lätt kan uppstå på den relevanta marknaden. Det gäller till exempel produkthomogenitet, långsam ökning av efterfrågan, låg priskänslighet i efterfrågan, likartade kostnadsstrukturer hos de största leveran-

törerna, hög grad av insyn, ömsesidigt beroende och förekommande affärsförbindelser mellan de största leverantörerna, stora inträdeshinder på marknaden och obetydligt konsumentinflytande. I det omtvistade beslutet anges (skäl 87) att marknaden redan har dessa egenskaper och att de skulle bestå om den föreslagna koncentrationen genomfördes.

- 122 Sökanden har bestridit de bedömningar som har lett kommissionen till slutsatsen att den relevanta marknaden redan har nämnda egenskaper och att de medför att dominerande oligopol lätt skulle kunna uppstå om den anmälda koncentrationen genomfördes. Sökanden har bland annat gjort gällande att ökningen av efterfrågan och graden av volatilitet i efterfrågan på den relevanta marknaden, samt graden av insyn på marknaden, i förevarande fall utgör faktorer som i motsats till vad kommissionen har hävdats gör det svårare att skapa en kollektiv dominerande ställning.

i) Bedömningen av den långsamma ökningen av efterfrågan

- 123 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att kommissionen gjorde en oriktig bedömning när den ansåg att efterfrågan totalt sett ökar långsamt, eftersom de uppgifter som gavs in under det administrativa förfarandet och den omständigheten att efterfrågan ökar snabbare än bruttonationalprodukten visar motsatsen.
- 124 Kommissionen har redogjort för sin bedömning av takten på ökningen av efterfrågan på den relevanta marknaden i skälen 92 och 93 i det omtvistade beslutet.
- 125 I skäl 92 har kommissionen anfört följande: ”I en färsk undersökning för en av de större researrangörerna som åberopades i svaren på kommissionens förfrågningar

sägs att... den totala genomsnittliga tillväxten per år varit ganska låg (3—4 % över hela decenniet).” Vidare anges följande: ”De kommande två åren förväntas enligt flera bransch kalkyler en tillväxt på nära noll, men därefter finns möjlighet till viss återhämtning.”

- 126 I skäl 93 har kommissionen därefter anfört att den med stöd av sin ”undersökning i ärendet” har dragit slutsatsen att ”den totala [ökningen] av efterfrågan på marknaden för paketresor med kortdistansflyg kommer att vara fortsatt måttlig, liksom under 1990-talet”. Sammanfattningsvis ansåg kommissionen slutligen ”att tillväxten på marknaden knappast kommer att stimulera konkurrensen inom överskådlig tid”.
- 127 Förstainstansrätten konstaterar dock att kommissionens bedömningar grundas på en ofullständig och felaktig bedömning av de uppgifter som lämnades in till kommissionen under det administrativa förfarandet.
- 128 För det första noterar rätten att kommissionen, till svar på förstainstansrättens processledningsåtgärd i form av en begäran att kommissionen skulle förete den undersökning som den hänvisade till i skäl 92 i det omtvistade beslutet, uppgav att den aldrig under det administrativa förfarandet hade förfogat över nämnda undersökning i dess helhet och att den endast kunde förete ett utdrag, som en researrangör hade bifogat till ett svar på en begäran om upplysningar. Utdraget utgörs endast av en sida ur ett dokument med rubriken ”Forecasting Holiday Demand”, som Ogilvy & Mather har skrivit vid en tidpunkt som inte är känd.
- 129 I utdraget anges följande: ”Den brittiska marknaden för semesterresor till utlandet har vuxit kraftigt under de senaste 20 åren. Enligt British National Travel Survey har briterna gjort nästan 30 miljoner semesterresor till utlandet

(på mer än 4 nätter), det vill säga mer än tre gånger så många som år 1978. Under det senaste decenniet har marknaden vuxit med i snitt 3,7 procent per år.” I utdraget anges vidare följande beträffande efterfrågans volatilitet: ”Även om marknads underliggande tillväxt har varit ihållande, har den årliga tillväxten varit långt ifrån konstant. Årlig tillväxt på 10 procent eller mer har snart följts av betydande nedgångar.” ”Efterfrågan på semesterresor är inte bara mer volatil än bruttonationalprodukten och konsumenternas långsiktiga utgiftsnivåer. Dessutom sammanfaller den inte helt med de ekonomiska svängningarna (marknaden växte till exempel med mer än 10 procent under 1980 och 1981 års recession).” Vidare anges att ”efterfrågans volatilitet gör det mycket problematiskt att förutse vilka volymer som kommer att efterfrågas”.

130 Det framgår vid en enkel analys av detta dokument att kommissionen har läst det felaktigt. I skäl 92 i det omtvistade beslutet har kommissionen sålunda uppgivit att ”[d]är noteras även [it also noted] att den totala genomsnittliga tillväxten per år varit ganska låg”, men någon uppgift i denna riktning finns inte i det utdrag som har givits in till förstainstansrätten. Kommissionen har tvärtom bortsett från utdragets författares betoning av den kraftiga ökningen av försäljningen av semesterresor till utlandet under de senaste 20 åren. Kommissionen har således tolkat dokumentet utan att iaktta dess bokstavliga innehåll eller dess teleologiska räckvidd, trots att den bestämde sig för att använda det som ett viktigt dokument för sin bedömning att marknaden hade vuxit måttligt under 90-talet och skulle fortsätta att göra det (det omtvistade beslutet, skäl 93).

131 För det andra framgår det av dessa delar av det omtvistade beslutet (skälen 92 och 93) att kommissionen inte har tagit hänsyn till ökningen av efterfrågan under de två år som föregick anmälan, det vill säga åren 1997 och 1998, som dock visade sig vara viktiga referenspunkter, eftersom marknaden redan hade anpassat sig efter 1995 års händelser. Det framgår emellertid av uppgifterna i volym 4 i 1998 års undersökning av British National Travel Survey (daterad i februari 1999), som bifogades som bilaga 9 till sökandens anmälan, att sektorn för semesterresor till utlandet växte kraftigt under hela decenniet och således även under de senaste åren. Det framgår nämligen av innehållet på sidan 113 (och av tabellen på sidan 112) att antalet semesterresor till utlandet steg från 21 miljoner

år 1989 till 29,25 miljoner år 1998 (det vill säga en ökning med mer än 39,2 procent under det senaste decenniet). Efter 1995 års kris, på grund av vilken antalet semesterresor till utlandet sjönk från 26 miljoner år 1995 till 23,25 miljoner år 1996 (det vill säga en minskning med nästan 10,5 procent), steg antalet semesterresor till utlandet från 23,25 till 27,25 miljoner år 1997 (det vill säga en ökning med mer än 17,2 procent) och från 27,25 till 29,25 miljoner år 1998 (det vill säga en ökning med mer än 7,3 procent). Beträffande det sistnämnda året sägs det uttryckligen att det rör sig om en verklig ökning, och inte om en avvikelse på grund av det vanliga bruket att avrunda siffrorna när förändringarna från ett år till ett annat är minimala. Den omständigheten att dessa uppgifter även rör paketresor till avlägsna resmål motsäger inte att de är hållbara bevis för tendensen till ihållande ökning, eftersom paketresor till avlägsna resmål under senare år endast har utgjort en femtedel av det totala antalet semesterresor (se s. 116 i British National Travel Surveys undersökning).

- 132 Kommissionen beaktade inte dessa uppgifter när den bedömde tillväxten på den relevanta marknaden. I stället hänvisade den till tendensen för de två nästkommande åren, då den anförde följande i skäl 92 i det omtvistade beslutet: ”De kommande två åren förväntas enligt flera bransch kalkyler en tillväxt på nära noll, men därefter finns möjlighet till viss återhämtning.” Till svar på frågor på denna punkt under förhandlingen uppgav kommissionen att denna bedömning byggde på en ekonometrisk undersökning som gavs in under det administrativa förfarandet till svar på en begäran om upplysningar. Rätten noterar att varken författarna till nämnda ekonometriska undersökning, dess art eller det sammanhang i vilket den hade givits in nämndes i det omtvistade beslutet. Tilläggas skall slutligen att denna uppskattade tillväxt nära noll motsägs i nästkommande skäl i det omtvistade beslutet (skäl 93), där kommissionen själv ”instämmer i att marknaden för paketresor till utlandet med kortdistansflyg sannolikt kommer att fortsätta att växa” och att det ”också [är] möjligt att marknaden kommer att växa något snabbare än den totala BNP-tillväxten till följd av utökad semester och allmänt västånd”.

- 133 Av det anförda följer att kommissionen har gjort en oriktig tolkning av de uppgifter om ökningen av efterfrågan som den har haft tillgång till och bortsett från att marknaden allmänt sett har präglats av en tendens till avsevärd nettoökning under det senaste decenniet — trots volatil efterfrågan från ett år till

ett annat — och från att efterfrågan har ökat i särskilt hög takt under de senaste åren. I ett sådant tillväxksammanhang, och eftersom kommissionen inte har anfört några mer exakta omständigheter för att visa att tillväxttendensen skulle vända under kommande år, hade kommissionen inte stöd för bedömningen att marknadsutvecklingen kännetecknades av svag tillväxt, som i förevarande fall skulle göra det lättare för de tre sista stora researrangörerna att skapa en kollektiv dominerande ställning.

ii) Bedömningarna av efterfrågans volatilitet

- 134 Sökanden har anfört att efterfrågans volatilitet gör det svårare att visa att en kollektiv dominerande ställning föreligger, eftersom volatiliteten tillför marknaden ett "brus" och gör det svårare att skilja mellan variationer i efterfrågan till följd av marknadens volatilitet och kapacitetsökningar till följd av avsteg från den gemensamma strategin. Eftersom det sålunda är omöjligt att skilja mellan de två typerna av händelser, står det klart att alla försök till samförstånd skulle bli instabila.
- 135 Kommissionen har i det omtvistade beslutet medgivit att efterfrågan på marknaden i fråga i viss mån är volatil (det omtvistade beslutet, skälen 92 och 95). Den har emellertid gjort gällande (det omtvistade beslutet, skäl 97) att nämnda volatilitet i förevarande fall inte förhindrar uppkomsten av en kollektiv dominerande ställning, utan tvärtom "gör marknaden mer känslig" för sådan uppkomst, eftersom "efterfrågevolatiliteten i kombination med att det är lättare att öka än att minska kapaciteten gör det rationellt för stora arrangörer att inta en konservativ hållning i beslut om kapaciteten". Kommissionen har tillagt följande: "Efterfrågevolatiliteten gör det särskilt rationellt att dra ner på den planerade kapaciteten för att senare kunna utöka om efterfrågan blir stor. På så vis skyddar leverantörerna sig mot plötsliga efterfrågeminskningar."

- 136 Kommissionen har i vart fall i skälen 94—96 i det omtvistade beslutet bestridit det argument som sökanden anförde under det administrativa förfarandet angående efterfrågans volatilitet och dess orsaker, som har att göra med bruttonationalprodukten, utvecklingen av kundernas preferenser och de varierande kostnaderna (inverkan av lågprisflygbolag). Kommissionen har vidare anfört (skäl 95) att ”alla researrangörer utsätts för konjunkturcykler och i sin planering måste ta hänsyn till den ma[kr]oekonomiska utvecklingen”. Enligt kommissionen gör alla researrangörer därför troligen samma analys av marknadsutvecklingen.
- 137 Kommissionen har medgivit (det omtvistade beslutet, skäl 96 och fotnoterna 73 och 74) att vissa plötsliga yttre händelser, såsom terroristattacker mot turister i Egypten eller Turkiet, kan skapa störningar i researrangörernas planering. Kommissionen har emellertid vägrat att betrakta nämnda slags händelser som omständigheter som kan försvåra uppkomsten av en kollektiv dominerande ställning, eftersom sådana exceptionella händelser inte är specifika för marknaden för paketresor till närliggande resmål, utan kan inträffa på alla marknader.
- 138 Slutligen har kommissionen medgivit att sökandens anmärkningar beträffande de svårigheter som denna volatilitet innebär för skapandet av en kollektiv dominerande ställning stämmer med ekonomisk teori. Anmärkningarna är emellertid enligt kommissionen inte relevanta i förevarande fall. Eftersom det är lättare att öka kapaciteten än att minska den, tenderar aktörerna enligt kommissionen att vara försiktiga, för att skydda sig mot all eventuell volatilitet. Dessutom är det lätt att skilja mellan en sjunkande efterfrågan och en annan aktörs ökning av sin kapacitet, eftersom den sistnämndes agerande direkt kan iakttas.
- 139 Rätten noterar inledningsvis att volatil efterfrågan — såsom kommissionen har medgivit — enligt ekonomisk teori gör det svårare att skapa en kollektiv dominerande ställning. En stabil efterfrågan med därmed sammanhängande svag volatilitet utgör däremot en relevant omständighet vid bedömningen av en

kollektiv dominerande ställning, eftersom det i sådana fall är lättare att upptäcka avvikelser från den gemensamma strategin (det vill säga fusk) och skilja mellan dem och anpassningar av kapaciteten som görs för att svara mot den volatila marknadens tillväxt eller avtagande.

- 140 Kommissionen har i förevarande fall medgivit att den relevanta marknaden kännetecknas av viss volatilitet i efterfrågan (det omtvistade beslutet, skälen 92, 95 och 97). Rätten konstaterar för övrigt att flera omständigheter framgår av handlingarna i målet som tyder på att graden av volatilitet på denna marknad är avsevärd. Av utdraget ur den undersökning som nämns i skäl 92 i det omtvistade beslutet framgår sålunda följande: "Efterfrågan på semesterresor är inte bara mer volatil än bruttonationalprodukten och konsumenternas långsiktiga utgiftsnivåer. Dessutom sammanfaller den inte helt med de ekonomiska svängningarna (marknaden växte till exempel med mer än 10 procent under 1980 och 1981 års recession)." "Efterfrågans volatilitet gör det mycket problematiskt att förutse vilka volymer som kommer att efterfrågas." Vidare framgår marknadens avsevärda volatilitet av de uppgifter som har hämtats ur British National Travel Surveys rapport från år 1998. Efter 1995 års kris, till följd av vilken antalet utlandsvistelser sjönk från 26 miljoner år 1995 till 23,25 miljoner år 1996 (det vill säga en minskning med nästan 10,5 procent), steg antalet utlandsvistelser från 23,25 till 27,25 miljoner år 1997 (det vill säga en ökning med mer än 17,2 procent) och från 27,25 till 29,25 miljoner år 1998 (det vill säga en ökning med mer än 7,3 procent).
- 141 Kommissionen har dock gjort gällande att denna omständighet saknar relevans i förevarande fall, eftersom aktörerna tenderar att vara försiktiga för att skydda sig mot all eventuell volatilitet.
- 142 Rätten finner emellertid att den omständigheten, att researrangörerna för att skydda sig mot plötsliga nedgångar i efterfrågan är försiktiga vid sin planering av kapacitet och föredrar att öka den om efterfrågan blir stor (det omtvistade beslutet, skäl 97), inte med framgång kan åberopas av kommissionen till stöd för uppfattningen att en viktig faktor för bedömningen av en situation med

dominerande oligopol, såsom den relevanta marknads grad av stabilitet och förutsägbarhet, saknar relevans i förevarande fall. Den försiktighet som hör till marknads normala funktion gör visserligen att hänsyn måste tas till behovet av att så väl som möjligt kunna förutse utvecklingen av efterfrågan. Planeringen är emellertid ändå svår, eftersom alla aktörer måste förutse (cirka 18 månader i förväg på grund av marknads egenheter) den kommande utvecklingen av efterfrågan, som kännetecknas av betydande volatilitet och således förutsätter gissningar om framtiden. Kommissionen har för övrigt inte betraktat aktörernas försiktighet och efterfrågans volatilitet som hinder för konkurrensen på marknaden innan koncentrationen genomfördes. Försiktigheten kan således inte i sig tolkas som ett tecken på kollektiv dominerande ställning snarare än ett tecken på en konkurrensutsatt marknad av samma slag som den som var för handen vid tidpunkten för anmälan.

143 Slutligen kan rätten inte godta kommissionens argument (det omtvistade beslutet, skälen 94—96) avseende sökandens kritik.

144 Vad beträffar den volatilitet som är förknippad med de ekonomiska svängningarna kan kommissionen inte — såsom den har gjort i skäl 95 i det omtvistade beslutet — endast uppge att ”alla researrangörer troligen [har] en likartad syn på marknadsutvecklingen”, utan att på något sätt stödja detta påstående med bevisning, när kapaciteten ursprungligen fastställs cirka 18 månader innan säsongen börjar (se skäl 63 i det omtvistade beslutet). Vid denna tidpunkt kan utvecklingen av de huvudsakliga makroekonomiska faktorerna, såsom bruttonationalproduktens tillväxt, växelkurser eller konsumenternas förtroende, inte med precision förutses.

145 Vad beträffar den volatilitet som är förknippad med plötsliga yttre händelser har kommissionen gjort bedömningen att researrangörerna tog med uppgifterna om marknads volatilitet i beräkningen av kapaciteten (det omtvistade beslutet, skäl 96 och fotnoterna 73 och 74). Därmed har kommissionen själv gjort samma bedömning som den har kritiserat, det vill säga betraktat de plötsliga yttre

händelserna som inre variabler som skall räknas med i prognosen över efterfrågan. Så tycks emellertid inte aktörerna ha gjort. Härom vittnar sålunda Thomsons misräkning i maj 1999, när detta företag led stora förluster på grund av den inverkan som kriget i Kosovo och terrorhoten i Turkiet hade på försäljningen av paketresor till östra Medelhavet, medan Airtours å sin sida inte påverkades, vilket sökanden har gjort gällande utan att motsägas av kommissionen.

146 Slutligen har kommissionen anförts att det i vart fall är lätt att skilja mellan sjunkande efterfrågan och en annan aktörs ökning av sin kapacitet, eftersom den sistnämnda aktörens agerande direkt kan iakttas. Förstainstansrätten finner emellertid att detta argument inte kan godtas, eftersom en integrerad researrangör — av de skäl som redogörs för nedan vid utredningen av insynen på marknaden — skulle ha svårigheter att göra en riktig tolkning av övriga researrangörers beslut i fråga om kapacitet.

147 Av det anförda följer att kommissionen inte har visat att ekonomiska teorier inte är tillämpliga i förevarande fall och att den hade fel i sin bedömning att efterfrågans volatilitet skulle göra det lättare för de tre sista stora researrangörerna att skapa ett dominerande oligopol.

iii) Bedömningen av graden av insyn på den relevanta marknaden

148 I skäl 102 i det omtvistade beslutet har kommissionen beträffande insynen anförts att man "bör... skilja planeringsperioden från försäljningssäsongen när katalogerna har lanserats". Därefter har kommissionen tillagt följande: "Men marknadens öppenhet är betydande för de fyra stora integrerade researrangörerna under båda perioderna."

149 I skälen 103, 104 och 105 i det omtvistade beslutet har kommissionen anfört följande: "Under planeringsperioden fattas de viktigaste besluten om den kommande säsongen. I själva verket får arrangörerna insyn i de fyra stora integrerade researrangörernas beslut om kapaciteten av följande skäl:"

- Ingen av de fyra stora researrangörerna ger ut ett helt nytt program från en säsong till en annan. Planeringen av en kommande säsong utgår tvärtom från föregående säsonges försäljning, som minskas eller ökas utifrån en prognos över kommande säsonges efterfrågan. Förändringarna ökar jämfört med tidigare säsonger och researrangörernas program utvecklas. Genom tidigare erfarenheter vet researrangörerna alltså ofta redan när säsongen planeras hur de andra fyra integrerade arrangörernas utbud för den nya säsongen kommer att se ut (det omtvistade beslutet, skäl 104).
- De fyra stora integrerade researrangörerna har viss kännedom om förändringar som övriga researrangörer planerar under denna period, eftersom de använder samma hotell och vänder sig till de andra stora researrangörernas flygbolag för att förvärva eller få avsättning för kapacitet eller för att byta flygstolar eller start- och landningstider (det omtvistade beslutet, skäl 105).
- Beslut om betydande kapacitetsutökningar skulle inte kunna hemlighållas, eftersom köp eller långtidsleasing av nya flygplan måste komma till allmänhetens kännedom (det omtvistade beslutet, skäl 105).

150 I skäl 105 i det omtvistade beslutet har kommissionen anfört följande: "Därför skulle de fyra stora arrangörerna veta om en av de andra planerade att öka

passagerarantalet och antalet semesterresor. Alla fyra kan alltså lätt kontrollera hur många resor de andra tre arrangörerna erbjuder.”

- 151 I skäl 113 i det omtvistade beslutet har kommissionen dragit följande slutsats med hänsyn till den stelhet som sammanhänger med besluten om kapacitet: ”Den goda insynen gör... att det efter företagskoncentrationen blir ännu troligare att de stora arrangörerna kommer att minska utbudet på marknaden, och därmed fylla efterfrågan mindre än om systemet var mindre öppet (i vilket tillfällig överkapacitet skulle [göra det nödvändigt med en prissänkning för att få avsättning för produkterna) och] kunna höja genomsnittspriserna mer än i en konkurrenssituation.”
- 152 Sökanden har anfört att det inte finns någon insyn på den relevanta marknaden under planeringsstadiet. Den har i huvudsak gjort gällande att besluten om den totala kapaciteten i själva verket utgörs av ett stort antal enskilda beslut avseende varje planerat resmål och varje planerad flygning och att ändringarna av den planerade kapaciteten i förhållande till den tidigare kapaciteten är avsevärda och mycket svåra att ange.
- 153 Sökanden anser att det inte heller finns insyn på den relevanta marknaden under försäljningsstadiet. Den har i huvudsak gjort gällande att det inte går att bedöma insynen avseende kapaciteten utan att ta hänsyn till insynen avseende priserna och att kommissionen inte har förstått vilket slags information som finns tillgänglig i datasystemen för beställning av semesterresor.
- 154 Kommissionen har medgivit att det inte råder full insyn i besluten avseende kapacitet under planeringsstadiet men erinrat om de olika möjligheter att få upplysningar som nämns i det omtvistade beslutet (skälen 104 och 105) med avseende på de fyra stora researrangörerna.

- 155 Insynen avseende priserna under försäljningssäsongen saknar enligt kommissionen betydelse, eftersom den avgörande faktorn för konkurrensen på den relevanta marknaden inte är priset, utan kapaciteten. Kommissionen har emellertid tillagt att insynen avseende den totala kapaciteten under denna säsong är praktiskt taget total, eftersom varje aktör kan beräkna sina konkurrenters kapacitet med utgångspunkt i det utbud som presenteras i konkurrenternas kataloger och i deras tidigare program.
- 156 Rätten erinrar inledningsvis om att en kollektiv dominerande ställning lättare kan skapas om det finns tillräcklig insyn på en marknad för att varje företag som ingår i ett oligopol skall kunna få kännedom om de övrigas agerande.
- 157 I förevarande fall noterar rätten först att kommissionen har gjort gällande att föremålet för den tysta samordning som kännetecknar den kollektiva dominerande ställningen inte är priserna, utan de kapaciteter som finns i utbudet på marknaden. Vidare har kommissionen, såsom den har anfört i skäl 103 i det omtvistade beslutet, utgått från att de viktigaste besluten om kapaciteten under den kommande säsongen fattas under planeringsperioden. I skäl 63 i det omtvistade beslutet har kommissionen själv medgivit att "utrymmet för ändringar" när "bokningsperioden" inleds "(det vill säga från sommaren 1999 för avresor sommaren 2000)" är "mycket begränsat eftersom många åtaganden gentemot leverantörerna ligger fast och problem kan uppstå om redan inbokade kunder vill byta resdatum, flyg, hotell och annat". Kommissionen har uppgivit (skäl 62 i det omtvistade beslutet) att Airtours har medgivit att det kan bli aktuellt med en kapacitetsökning på upp till 10 procent under denna period.
- 158 Till stöd för denna inställning har kommissionen — till svar (skäl 108 i det omtvistade beslutet) på sökandens påstående att en tyst samordning av samtliga priser skulle vara omöjlig att åstadkomma, eftersom var och en av de stora integrerade researrangörerna hade tusentals olika priser på grund av det stora

reseutbudet — anfört att den inte anser att det krävs någon samordning av priserna för att en kollektivt dominerande ställning skall kunna skapas i förevarande fall. Kommissionen har tillagt följande:

”[U]nder försäljningssäsongen [finns det] ytterst litet som motiverar de integrerade arrangörerna att sänka priserna för att vinna marknadsandelar, som bestäms av den kapacitet som erbjuds. Researrangörerna har därför inget behov av att i tysthet samordna de många priserna. Detta bekräftades av Airtours ekonomiska experter: ’företagens prishållning efter det att kapaciteten har fastställts är inte direkt relevant för kollektiv dominans, dvs. ett kollektivt utövande av marknadsinflytande’.”

159 Rätten finner således att det i förevarande fall först och främst måste avgöras huruvida var och en av de stora researrangörerna vid den tidpunkt då den fattar sina viktigaste beslut med avseende på kapaciteten, det vill säga under planeringsstadiet, med en tillräcklig grad av säkerhet kan få kännedom om sina huvudsakliga konkurrenters beslut. Det är endast om det finns tillräcklig insyn som researrangören kan bedöma vilken total kapacitet som de övriga företag som ingår i det påstådda oligopolet har fastställt. Det är vidare endast i sådana fall som arrangören kan veta att den antar samma strategi som dem, när den planerar sin kapacitet på ett bestämt sätt, och som den sålunda har ett incitament att göra så. Graden av insyn är vidare viktig för att därefter göra det möjligt för varje företag som ingår i oligopolet att upptäcka de övrigas variationer med avseende på kapacitet, att skilja mellan avvikelser i förhållande till den gemensamma strategin och vanliga rationella anpassningar till den volatila utvecklingen av efterfrågan och, slutligen, besluta om det finns anledning att reagera på de övrigas agerande med att vitda sanktionsåtgärder mot eventuella avvikelser.

160 Det framgår dock av sökandens svar (punkt B.1 och bilagorna 5—8) på en processledningsåtgärd som förstainstansrätten har vidtagit, att fastställandet av kapaciteten för varje säsong inte är någon automatisk, enkel beräkning där kapaciteten för ett år överförs till nästa, som övriga researrangörer lätt kan förutse. Att fastställa kapaciteten innebär tvärtom en mycket komplex uppgift för varje researrangör, som endast i viss utsträckning tar hänsyn till historiska uppgifter. Fastställandet görs i huvudsak med utgångspunkt i varje aktörs subjektiva bedömning enligt ett antal variabler och faktorer.

- 161 Vid en undersökning av dessa uppgifter framgår särskilt att planeringscykeln inte bara hänger samman från ett år till ett annat. Som exempel kan nämnas att planeringen av kapaciteten för sommarsäsongen år 1999 ("år N"), som pågår under perioden maj—oktober 1999, inleddes nästan 18 månader i förväg, det vill säga i oktober eller november 1997 ("år N-2"). Under det huvudsakliga planeringsstadiet, som sträcker sig fram till den första publiceringen av katalogen i april eller maj 1998 ("år N-1"), förfogar researrangörerna således över uppgifter angående resultaten från sommarsäsongen år 1997 ("år N-2") och vissa uppgifter om den kommande sommarsäsongen år 1998 ("år N-1"). Inom denna tidsram beror planeringen av den totala kapaciteten på allmänna och specifika överväganden som förfinas under tidens gång. Vid de allmänna övervägandena ("top-down considerations") beaktas de huvudsakliga faktorer som påverkar efterfrågan på semester, såsom den ekonomiska aktiviteten, växelkurserna och konsumenternas förtroende. De specifika övervägandena ("bottom-up considerations") bygger på en detaljerad analys av det befintliga produktutbudet med utgångspunkt i till exempel en undersökning av brutto- och nettomarginalerna per flygning eller per logienhet avseende ett visst resmål. I detta avseende undersöks varje flygning (med avseende på avrese- och ankomstflygplatserna och på avgångs- och ankomsttider), resmålet och den produkt som finns att tillgå och konsumenternas efterfrågan på detta särskilda slags semester, för att förbereda det totala utbudet av paketresor till närliggande resmål i utlandet. Detta utbud kompletteras vidare med ett utbud av de nya produkter som sökanden har skapat.
- 162 Sökanden har uppgivit att den med hänsyn till de ifrågavarande produkternas förgängliga karaktär vid planeringen tenderar att ge större utrymme åt att analysera makroekonomiska faktorer eller överväganden som specifikt har att göra med kostnaden och marginalen än åt att undersöka nivån på tidigare efterfrågan. Förstnämnda faktorer påverkar nämligen i högre grad de disponibla inkomsterna och den framtida efterfrågan än vad tidigare prestationer (uppnådd och planerad försäljning under åren N-2 och N-1) gör. De tidigare prestationerna beaktas dock också vid planeringen avseende sommarsäsongen år N, eftersom de ger upplysningar om det befintliga utbudets starka och svaga punkter och om i vilka avseenden utbudet kan förbättras.
- 163 Sökanden har givit in en statistisk tabell (bilaga 7 till sökandens svar) där dess största dotterbolags i Förenade kungariket, Airtours Holidays Ltd, försäljnings-

prognoser jämförs med dess verkliga försäljning under perioden 1996—2000. I tabellen visas skillnaderna mellan den kapacitet som avses för det år som är under planering (år N), den uppskattade kapaciteten för år N-1 (för vilket försäljningsstadiet redan har inletts) och den kapacitet som sålts under år N-2 (eftersom säsongen redan är över). Av tabellen framgår att den kapacitet som Airtours Holidays Ltd planerar för år N i hög grad skiljer sig från den uppskattade kapaciteten för år N-1 (från +7,5 procent till + 11,2 procent beroende på vilket år N som avses) eller från den sålda kapaciteten under år N-2 (från +7,5 procent till + 18,6 procent beroende på vilket år N som avses). Som jämförelse kan nämnas att siffrorna motsvarar en ökning av kapaciteten som är två till tre gånger högre än den genomsnittliga årliga tillväxt som enligt kommissionens uppgifter i skäl 92 i det omtvistade beslutet har gällt för den totala efterfrågan på marknaden (mellan 3 och 4 procent).

- 164 Av det anförda följer att planeringsprocessen inte huvudsakligen består i att endast överföra den tidigare uppskattade eller sålda kapaciteten, utan syftar till att försöka förutse utvecklingen av efterfrågan på såväl makroekonomisk som mikroekonomisk nivå.
- 165 Till dessa överväganden skall läggas de praktiska svårigheter som sökanden har framhållit och som gör det mycket komplicerat att få kännedom om var och en av de övriga stora researrangörernas planerade kapacitet under planeringsstadiet. Deras beslut avseende den totala kapaciteten för en viss period beror nämligen på en sammanslagning av ett antal enskilda beslut som har fattats avseende varje resmål och varje flygning och som varierar från en säsong till en annan.
- 166 Sökanden har sålunda, utan att motsägas av kommissionen, uppgivit att den har trafik till cirka 50 resmål från 21 flygplatser i Förenade kungariket, vilket motsvarar mer än tusen kombinationer, och att den förändrar kombinationerna avsevärt från en säsong till en annan. Inför sommaren 1999 ökade Airtours sålunda sin kapacitet med 19 procent för Fuerteventura, samtidigt som den minskade sin kapacitet till detta resmål från Manchester med 13 procent, medan kapaciteten från Cardiff ökades med 42 procent. Vidare minskades Airtours

kapacitet till Menorca med 9 procent, varvid kapaciteten till detta resmål från Manchester minskades med 33 procent och kapaciteten från de skotska flygplatserna ökades med 25 procent. Som exempel kan nämnas att kategorin ”trestjärnig inkvartering exklusive måltider”, som enligt det omtvistade beslutet (skäl 90) utgör det stora flertalet av paketresorna till närliggande resmål, varierar beroende på flygplats, avresedatum, semesterresans längd och resmål. I detta avseende noterar rätten att argumentet att flygresan motsvarar en fast kostnad med små avvikelser (det omtvistade beslutet, skäl 90) inte motsäger den omständigheten att beslut om flygkapaciteten fattas flygplats för flygplats och flygning för flygning.

167 I motsats till vad kommissionen har hävdad fattas besluten avseende kapacitet således inte bara genom att det totala utbudet av kapacitet ökas eller minskas utan hänsyn till skillnaderna mellan olika kategorier av paketresor, som varierar beroende på resmål, avresedatum, avreseflygplats, flygplanstyp, inkvarterings typ och kvalitet, semesterresans längd och, slutligen, priset. För att kunna utveckla sådana paketresor måste researrangörerna beakta ett antal variabler, såsom tillgången på inkvartering på olika resmål och tillgången på flygstolar under olika datum och säsonger på året. Som sökanden har anfört måste besluten om kapacitet således fattas på ”mikro”-nivå.

168 Kommissionens sammantagna inställning (skälen 88—91 i det omtvistade beslutet), att vad som har betydelse är det totala antal paketresor som varje aktör har i sitt utbud, stöter sålunda på stora svårigheter på det praktiska planet. För att få kännedom om den totala kapaciteten, som motsvarar en heterogen sammansättning av särskilda beslut, måste nämligen dessa beslut kunna urskiljas.

169 Härav följer att kapacitetsplaneringsprocessens, produktutvecklingens och marknadsföringens komplexitet *prima facie* utgör ett stort hinder för varje försök till tyst samordning. På en marknad där efterfrågan växer totalt sett men är volatil

från ett år till ett annat skulle nämligen en integrerad researrangör ha svårigheter att göra en riktig tolkning av de övriga researrangörernas beslut avseende kapacitet för semesterresor som kommer att inträffa ett och ett halvt år senare.

- 170 Trots den omständigheten att varje researrangör fattar beslut om sin kapacitet på grundval av en heterogen sammansättning av överväganden, finner rätten emellertid skäl att undersöka huruvida varje företag som ingår i oligopolet vid den tidpunkt då det skall fastställa sin totala kapacitet i praktiken kan få kännedom om "de enskilda researrangörernas totala kapacitetsnivå (antal resor)".
- 171 Kommissionen har i skäl 105 i det omtvistade beslutet uppgivit följande beträffande de integrerade researrangörerna: "Alla fyra kan... lätt kontrollera hur många resor de andra tre arrangörerna erbjuder [under planeringsstadiet]." Kommissionen har vidare uppgivit att de förändringar som varje stor researrangör gör under detta stadium kan urskiljas av de övriga stora researrangörerna, eftersom dessa kontaktar hotell och förhandlar med varandra om krav på och tillgång till flygstolar för att förvärva eller få avsättning för kapacitet eller för att byta flygstolar eller start- och landningstider.
- 172 Kommissionen har emellertid inte styrkt dessa påståenden.
- 173 För det första går det inte att av det omtvistade beslutet utläsa omfattningen av de upplysningar som en integrerad researrangör kan få genom att flera av dem kan ha förbindelser med samma hotell för att förhandla om och boka bäddplatser. Även om de stora brittiska researrangörerna faktiskt skulle kunna ha samma hotell i sina respektive utbud av semesterresor, finns det ändå ett mycket stort antal aktörer inom sektorn för semesterboende, vad gäller såväl utbud som efterfrågan. Det är således mycket sannolikt att någon av de stora researrangörerna finns på ett hotell där den inte riskerar att finna någon av sina

konkurrenser. Den omständigheten att hotellägarna föredrar att hyra ut sina rum till minst två researrangörer, som vanligen skall komma från olika länder, medför att nämnda sannolikhet ökar. Denna strategi, som nämns i anmälan, har sin förklaring i att hotellägaren vill skydda sig mot den risk som är förknippad med en minskning av efterfrågan på en av dessa kunders semesterresor eller en minskning av efterfrågan från ett av dessa länder.

174 Härav följer att möjligheten att flera integrerade researrangörer har förhandlingar med samma hotell inte på något avsevärt sätt bidrar till större insyn på marknaden vid den tidpunkt då beslut om kapaciteten fattas.

175 För det andra finns det knappast några detaljer i det omtvistade beslutet angående hur omfattande och hur viktiga upplysningar som kan fås genom de stora researrangörernas diskussioner varandra emellan avseende behoven av och tillgången till flygstolar för att förvärva eller få avsättning för kapacitet eller för att byta flygstolar eller start- och landningstider. I avsaknad av närmare uppgifter i detta avseende i det omtvistade beslutet, är det knappast möjligt att få användbara upplysningar om huruvida kapaciteten ökar eller kvarstår genom byte av flygstolar eller start- och landningstider, eftersom dessa byten i princip torde gå till på så sätt att en plats byts mot en annan eller en flygtid byts mot en annan.

176 I ett sådant fall som kommissionen har utgått från, det vill säga en situation där kapaciteten märkbart begränsas så att den inte motsvarar den uppskattade utvecklingen av efterfrågan, skulle de integrerade researrangörerna avtala om färre flygstolar och färre hotellnätter. Det är dock sannolikt i allmänhet mycket svårare att upptäcka och tolka beslut om minskning av verksamheten än beslut om ökning av den, och i ett läge med ökad efterfrågan skulle sådana begränsningsstrategier vara särskilt svåra att upptäcka. Dessutom har sökanden framhållit utan att motsägas av kommissionen att beslut om märkbar ökning av kapaciteten och de därmed sammanhängande investeringarna inte offentliggörs

förrän efter det att den initiala kapaciteten har fastställts. Dessa beslut om investeringar gör det således inte möjligt att exakt urskilja de beslut som fattas under planeringsstadiet. Kommissionens argument i skäl 105 i det omtvistade beslutet, enligt vilket det inte går att hemlighålla köp eller långtidsleasing av nya flygplan eftersom nämnda beslut måste komma till allmänhetens kännedom, kan därför inte användas för att visa att insyn på marknaden råder för de fyra stora researrangörerna under det stadium då de planerar sin kapacitet.

177 Dessutom noterar rätten att besluten om användningen av flygplansflottorna fattas sent i planeringsstadiet. Enligt uppgifter som Airtours lämnade till svar på meddelandet om anmärkningar är det först från och med den tolfte månad som föregår inledningen av säsongen, det vill säga samtidigt som katalogen publiceras, som företaget fattar de första besluten angående hur dess flygstolskapacitet skall användas. Det är först månaden därpå som besluten fattas avseende den kapacitet som skall förvärfvas från övriga flygbolag. De upplysningar som erhålls inom ramen för diskussioner mellan de stora researrangörerna fås således senare än vad kommissionen har låtit förstå i det omtvistade beslutet.

178 Vidare noterar rätten att Airtours enligt uppgifter som lämnades in inom ramen för anmälan inte är avsevärt beroende av de övriga stora researrangörerna för att förvärva flygstolar. Det framgår nämligen att Airtours endast i mycket liten utsträckning anlitar sina största konkurrenters charterbolag. För det första hade Airtours Holidays följande huvudsakliga leverantörer av flygstolar sommaren 1998: Spanair (27,2 procent av inköpen), Monarch (22 procent), Air Europa (21 procent), Air 2000, som är First Choices flygbolag, (9,4 procent), Airworld, som är Thomas Cooks flygbolag, (8,7 procent), Air Malta (3,8 procent) och tolv andra flygbolag (7,9 procent). Airtours Holidays anlitar således inte, eller i mycket liten utsträckning, Britannia, som är Thomsons flygbolag och om vilket det är känt att det huvudsakligen flyger för sitt moderbolag. Vidare anlitar Airtours Holidays endast i marginell utsträckning First Choices och Thomas Cooks huvudsakliga flygbolag (Air 2000 och Airworld, som står för 18,1 procent av de totala inköpen) (bilaga 5 till ansökan, punkterna 6.94, 6.119 och 6.122,

MMC:s rapport, tabell 3.6, s. 66). För det andra hade sökanden följande huvudsakliga köpare av flygstolar sommaren 1998: First Choice (Unijet) (cirka 68 000 platser), Monarch (Cosmos) (cirka 45 000 platser), Jet Direct (cirka 11 500 platser), Air Travel Group (cirka 10 500 platser) och Manos (cirka 10 500 platser). Resten av platserna såldes till 20 andra aktörer. Här noterar rätten åter att Airtours Holidays inte, eller i mycket liten utsträckning, har förbindelser med Thomsons flygbolag (Britannia) och Thomas Cooks flygbolag (Caledonian, Airworld, Flying Colours, Peach) (bilaga 5 till ansökan, punkt 6.94, och MMC:s rapport, tabell 3.6, s. 66).

179 Den omständigheten att de stora researrangörerna förhandlar med varandra för att förvärva eller få avsättning för kapacitet eller för att byta flygstolar eller start- och landningstider behöver således — i motsats till vad kommissionen har hävdats — inte innebära att det råder tillräcklig insyn vid den tidpunkt då besluten avseende kapacitet fattas.

180 Av det anförda följer att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den i skäl 102 i det omtvistade beslutet fann att insynen på marknaden är betydande för de fyra stora integrerade researrangörerna under planeringsstadiet. Kommissionens slutsats att graden av insyn på den relevanta marknaden var en egenskap som medförde att en kollektiv dominerande ställning lätt kunde uppstå på marknaden (det omtvistade beslutet, skäl 87) är således felaktig. Det saknas därmed anledning att undersöka huruvida kommissionens bedömningar av graden av insyn under försäljningssäsongen är välgrundade, eftersom de viktiga besluten avseende kapaciteten för kommande säsong fattas under planeringsstadiet och möjligheterna till ökning därefter är mycket begränsade.

iv) Slutsats angående bedömningen av den tidigare och den prognosticerade utvecklingen av efterfrågan, efterfrågans volatilitet och graden av insyn på marknaden

181 Av det anförda följer att kommissionen inte har gjort en adekvat undersökning av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna vid tidpunkten för anmälan samt att kommissionen har gjort felaktiga bedömningar av

efterfrågans utveckling, förutsebarhet och volatilitet samt av graden av insyn på marknaden. Kommissionen har vidare felaktigt ansett att nämnda egenskaper i förevarande fall gjorde det lättare att skapa en kollektiv dominerande ställning.

c) Slutsats

- 182 Av det anförda följer att kommissionen gjorde oriktiga bedömningar när den drog slutsatsen att företagskoncentrationen skulle ge de tre stora researrangörerna som skulle finnas kvar efter koncentrationen ett incitament att sluta konkurrera med varandra.

3. Huruvida de av kommissionen åberopade avskräckande faktorerna inte är tillräckliga för att säkerställa sammanhållningen inom det påstådda dominerande oligopolet

- 183 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har beaktat den omständigheten att det — även om de tre sista stora researrangörerna skulle kunna ha ett incitament att efter koncentrationen tyst samordna sin strategi avseende kapaciteten på grund av den relevanta marknads egenskaper och på grund av koncentrationens inverkan på marknaden — inte finns några mekanismer för repressalier eller tillräckligt avskräckande faktorer för att säkerställa sammanhållningen inom det påstådda dominerande oligopolet. Avsaknaden av mekanismer för effektiva repressalier på marknaden i fråga talar således emot att en påstådd dominerande oligopolsituation skulle kunna bestå, eftersom det skulle saknas ett långsiktigt incitament för att inte avvika från den gemensamma handlingslinjen. Sökanden har anført att bestraffningsmekanismen måste vara trovärdig, och har därför bestridit att endast hotet om repressalier skulle kunna utgöra en tillräckligt avskräckande faktor, vilket kommissionen tycks antyda i skäl 151 i det omtvistade beslutet.

- 184 Sökanden anser att de påstådda tillgängliga medlen för att utöva repressalier under samma säsong inte är trovärdiga. Vad beträffar möjligheten att lägga till viss kapacitet under den period som slutar i februari, före sommarsäsongen, kan kapaciteten bara ökas med 10 procent, och därefter kan den inte ökas mer. I en sektor som kännetecknas av volatil efterfrågan, räcker inte en ökning av kapaciteten med 10 procent för att utgöra en betydande bestraffning. Dessutom skulle den extra kostnad som det skulle innebära att öka kapaciteten i bestraffningssyfte inte kompenseras genom de fördelar som de som drabbas av fusk skulle kunna dra genom bestraffningen. I vart fall är det extremt svårt att öka kapaciteten, eftersom ökningen skulle kunna strida mot de bestraffande aktörernas intresse. Den kapacitet som lades till i sista minuten skulle nämligen förmodligen vara av sämre kvalitet (föga praktiska flygtider, dålig kvalitet på inkvarteringen) och därmed vara svår att sälja. Sökanden har vidare bestridit att det går att använda bortslumpning eller "riktad" försäljning mot en konkurrent som disciplinärt vapen.
- 185 Slutligen har sökanden anfört att de medel som påstås stå till förfogande för att utöva repressalier under kommande säsong inte är effektiva. Med hänsyn till den period på 18 månader som behövs för att frambringa stor kapacitet kan nämligen eventuellt fusk som upptäcks under en försäljningssäsong bestraffas genom betydande ökning av kapaciteten först två säsonger senare. Sambandet mellan avsteget från avtalet och bestraffningen skulle sålunda bli vagt.
- 186 Kommissionen har beträffande de mekanismer för repressalier som avses i det omtvistade beslutet inledningsvis anfört att den, när den inte likställde det dominerande oligopolet med en kartell, aldrig föreställde sig att en aktör skulle nöja sig med att endast hota med repressalier.
- 187 Vidare har kommissionen gjort gällande att perspektivet med vedergällningsåtgärder under samma säsong kan uppfattas som ett verkligt och effektivt hot, eftersom aktörerna kan göra uppskattningar av hur stor kapacitet deras konkurrenter har i sitt utbud på marknaden från och med publiceringen av den

första upplagan av katalogerna, det vill säga tolv—femton månader före resesäsongen (se skälen 105—107 i det omtvistade beslutet). En ökning med 10 procent av kapaciteten skulle kunna ge upphov till ett stort tryck nedåt på priserna och till stor del omintetgöra den ”avvikande” aktörens beräknade vinster.

- 188 Vad beträffar medlen för att utöva repressalier under nästkommande säsong anser kommissionen till skillnad från sökanden att det går att öka kapaciteten avsevärt under nämnda säsong. Påståendet att det inte går att genomföra någon stor ökning förrän två säsonger senare är felaktigt.
- 189 Beträffande sökandens argument att det vore irrationellt av övriga aktörer att löpa risken för en allmän överkapacitet och att en aktör därför skulle kunna ”fuska” ostraffat, har kommissionen gjort gällande att resonemanget inte är tillämpligt i förevarande fall. I argumentet ligger nämligen underförstått att de övriga aktörernas enda möjliga reaktion skulle bestå i att ge ”fuskaren” marknadsandelar.
- 190 Slutligen har kommissionen bestridit påståendet att det skulle vara ineffektivt att taktiskt lägga en ”avvikande” konkurrens kataloger åt sidan och att utöva riktad försäljning i syfte att förfördela dess produkter. Även enligt de siffror över ömsesidig försäljning som sökanden har givit in (enligt vilka 16 procent av sökandens produkter säljs genom Thomson och Thomas Cook), utgör en potentiell förlust som kunde uppgå till denna försäljningsandel ett stort hot inom en industri som kännetecknas av stora volymer och små marginaler.
- 191 Förstainstansrätten noterar att kommissionen i det omtvistade beslutet har intagit en något ambivalent ställning. Den har inledningsvis anfört att en kollektivt dominerande ställning i förevarande fall kan föreligga även om det inte finns

något ”repressaliesystem”, som bygger på tvång (det omtvistade beslutet, skäl 55; se även skäl 150). Kommissionen har dock samtidigt anfört att den inte, såsom Airtours, ”anser... att marknaden är fri från repressalier” och att det ”tvärtom [finns] stort utrymme för repressalier, vilket ytterligare motiverar parallella konkurrensbegränsande beteenden” (det omtvistade beslutet, skäl 55; se även skäl 151).

- 192 Rätten påpekar inledningsvis att en påstådd kollektiv dominerande ställning, såsom redan har påpekats (se punkterna 61 och 62 ovan), vid en sådan analys av den framtida marknaden som hör till varje bedömning av en sådan ställning, inte bara skall studeras statiskt, vid den tidpunkt då koncentrationen genomförs och då konkurrensens struktur förändras. Den påstådda kollektiva dominerande ställningen skall även bedömas dynamiskt, särskilt beträffande den interna sammanhållningen, stabiliteten och frågan huruvida det konkurrensbegränsande parallella beteende som ställningen skulle kunna ge upphov till kan bestå i tiden.
- 193 Det är därför av vikt att känna till huruvida var och en av de största researrangörernas egenintresse (att maximera sin vinst genom konkurrens med samtliga aktörer) är sådant att det väger tyngre än de i det påstådda dominerande oligopolet ingående företagens gemensamma intresse (att begränsa kapaciteten för att åstadkomma prishöjningar och uppnå större vinster än under normala konkurrensförhållanden). Så skulle vara fallet om researrangören i avsaknad av avskräckande faktorer skulle avvika från den gemensamma strategin för att dra nytta av den avsaknad av konkurrens som kännetecknar en sådan strategi och ta initiativ till konkurrensmässigt agerande och dra nytta av dess fördelar (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 227 beträffande insynen på marknaden och punkterna 276 och 281 beträffande de strukturella sambanden).
- 194 Möjligheten till repressalier säkerställer i viss mån en varaktig sammanhållning mellan de i oligopolet ingående företagen genom att avskräcka vart och ett av dem från att avvika från det gemensamma agerandet.

- 195 I detta sammanhang behöver kommissionen inte nödvändigtvis bevisa att det finns ett visst "repressaliesystem" som är mer eller mindre strikt. Den måste emellertid i vart fall visa att det finns tillräckligt avskräckande faktorer för att vart och ett av de företag som ingår i det dominerande oligopolet skall sakna intresse av att avvika från det gemensamma agerandet på bekostnad av de övriga i oligopolet ingående företagen.
- 196 Kommissionen har i förevarande fall åberopat följande avskräckande faktorer i det omtvistade beslutet:
- den avskräckande faktor som utgörs av blotta hotet om återgång till en situation med överkapacitet, då erfarenheterna från år 1995 illustrerar vad som kan hända i en strid rörande kapaciteten (det omtvistade beslutet, skäl 151; se även skäl 170),
 - möjligheten att öka kapaciteten under försäljningssäsongen, åtminstone fram till i februari, med högst 10 procent (det omtvistade beslutet, skäl 152),
 - möjligheten att lägga till kapacitet mellan två säsonger, varvid researrangören deklarerar att hans handlande är en repressalie för en viss åtgärd för att tydliggöra sambandet mellan avsteget och sanktionsåtgärden (det omtvistade beslutet, skäl 152),
 - möjligheten att avbryta hyllexponeringen eller rikta försäljningen på bekostnad av den avvikande aktören under försäljningssäsongen för att tvinga denne att sälja en större del av sina semesterresor till nedsatt pris (det omtvistade beslutet, skäl 152; se även skäl 170).

- 197 Rätten noterar för det första att den relevanta marknadens egenskaper och sätt att fungera medför att repressalier svårigen kan vidtas med sådan snabbhet och effektivitet att de framstår som tillräckligt avskräckande.
- 198 Om avsteg, eller med andra ord fusk, förekom — det vill säga om en av de största researrangörerna till exempel försökte att under planeringsstadiet dra nytta av den totala begränsningen av kapaciteten som följer av det konkurrensbegränsande parallella beteendet — skulle de övriga i oligopolet ingående företagen sålunda, på grund av den avsaknad av tillräcklig insyn som förstainstansrätten redan har behandlat, ha svårigheter att upptäcka avsteget. Ett eventuellt avsteg är nämligen svårt att upptäcka under planeringsstadiet med hänsyn till en stor researrangörs svårigheter att exakt förutse sina största konkurrenters beslut med avseende på kapacitet.
- 199 I detta sammanhang tycks de avskräckande faktorer som kommissionen har åberopat inte spela någon roll.
- 200 Vad för det första beträffar blotta hotet om återgång till en situation med överkapacitet konstaterar rätten att kommissionen har gjort en felaktig bedömning av dess avskräckande verkan. Kommissionen har hänvisat till 1995 års kris för att illustrera konsekvenserna av överkapacitet på marknaden. Rätten noterar emellertid att 1995 års händelser tilldrog sig i ett motsatt sammanhang jämfört med det som är för handen i förevarande fall. Under planeringsstadiet år 1994 ökade samtliga aktörer — utan åtskillnad mellan stora och små researrangörer — sin kapacitet för att anpassa sig till den förutsedda ökning av den totala efterfrågan som indikatorerna inom sektorn och de två föregående tillväxtåren tydde på. I förevarande fall har kommissionen däremot föreställt sig en situation i vilken de tre stora researrangörerna är märkbart försiktigare än vanligt, och minskar sin kapacitet så att den understiger den förutsedda efterfrågan, och i vilken fusk förekommer. Det är i denna situation, som i hög

grad skiljer sig från situationen med överkapacitet år 1995, som den avskräckande verkan av en eventuell återgång till en situation med överkapacitet skall undersökas. En sådan återgång kan emellertid inträffa först en säsong senare, och endast om de övriga företag som ingår i oligopolet bestämmer sig för att öka kapaciteten så att den överstiger efterfrågans uppskattade utveckling, det vill säga mycket märkbart jämfört med den underkapacitetsnivå som skulle förekomma i det sammanhang med tyst samordning som kommissionen har föreställt sig.

- 201 För det andra kan möjligheten att öka kapaciteten under försäljningssäsongen inte utgöra en avskräckande faktor av följande skäl.
- 202 Inledningsvis utmärks denna marknad, såsom anges i det omtvistade beslutet, av en naturlig tendens till försiktighet med avseende på beslut om kapaciteten (se skälen 60—66, 97 och 136 i det omtvistade beslutet), eftersom anpassningen av kapaciteten till efterfrågan är ett av de avgörande kriterierna för lönsamhet, då paketresor är förgängliga tillgångar (det omtvistade beslutet, skäl 60).
- 203 Vidare är denna marknad sådan att ett beslut att göra avsteg från den gemensamma hållningen genom att öka kapaciteten under försäljningssäsongen skulle fattas under ett stadium som skulle göra beslutet svårt att upptäcka i tid. När de övriga i oligopolet ingående företagen lyckades upptäcka det avvikande beteendet, skulle deras eventuella reaktion bestående i att som repressalie öka kapaciteten dessutom inte kunna äga rum tillräckligt snabbt och effektivt. En sådan repressalie skulle nämligen — vilket underförstått medges i det omtvistade beslutet — endast i mycket begränsad omfattning kunna äga rum under samma säsong och vara mer och mer begränsad allteftersom försäljningssäsongen fortskred (i bästa fall skulle kapaciteten kunna ökas med endast 10 procent fram till i februari månad avseende kommande sommarsäsong) (se det omtvistade beslutet, skälen 152 och 62).
- 204 Slutligen kan vetskapen om att de som utför repressalierna riskerar att få det svårt att sälja de paketresor som lagts till i sista stund på grund av dessa produkters

underlägsna kvalitet (föga praktiska flygtider, dålig kvalitet på inkvarteringen) anses medföra att de övriga företag som ingår i det dominerande oligopolet skulle vara tveksamma till att vidta sådana ökning av kapaciteten som repressalie. Den kapacitet som skulle skapas på detta sätt torde inte heller kunna konkurrera effektivt med den kapacitet som den avvikande aktören har tillagt under planeringsperioden, eftersom den både är försenad och av lägre kvalitet. Den avvikande aktören skulle sålunda ha fördel av att vara den första som hade agerat.

205 Vad för det tredje beträffar möjligheten att öka kapaciteten under kommande säsong eller den omständigheten att kapacitet kan läggas till mellan två säsonger (slutet av skäl 152 i det omtvistade beslutet), noterar rätten att en sådan åtgärd riskerar att bli ineffektiv som repressalie, med hänsyn till den oförutsägbara utvecklingen av efterfrågan från ett år till ett annat och till vilken tid som krävs för att genomföra en sådan åtgärd.

206 För det fjärde skulle en repressalie på distributionsnivå (genom avbruten hyllexponering eller riktad försäljning), som var utförd av de övriga företag som ingår i oligopolet och riktad mot Airtours, endast beröra cirka 16 procent av företagets försäljning (varav mindre än 10 procent genom Lunn Poly (Thomson) och endast 6 procent genom Thomas Cook). Som sökanden har anfört utgör sådana reaktioner från dessa sekundära källor för utbudet inte tillräckligt tunga motvikt. Dessutom skulle sådana repressalier innebära en ekonomisk förlust för dem som utförde dem, eftersom dessa skulle tvingas avstå från den provision som Airtours betalar för försäljningar som sker genom företagets största konkurrenters nät av resebyråer. En sådan repressalie har således inte så stor avskräckande verkan som antyds i det omtvistade beslutet.

207 Av det anförda följer att kommissionen hade fel i sin bedömning att de omständigheter som anförs i skälen 151 och 152 i det omtvistade beslutet under förevarande omständigheter utgör tillräckligt avskräckande faktorer för att ge de företag som ingår i det dominerande oligopolet ett incitament att inte avvika från den gemensamma strategin.

4. Huruvida de små researrangörernas, de potentiella konkurrenternas och konsumenternas förutsägbara reaktion har underskattats som tillräcklig motvikt för att förhindra att det påstådda dominerande oligopolet blir stabilt

,

208 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har underskattat de små researrangörernas (även kallade de oberoende researrangörerna eller de mindre aktörerna), de potentiella konkurrenternas (i synnerhet de som har ett utbud av paketresor till avlägsna resmål i utlandet) och konsumenternas förutsägbara reaktion som möjlig motvikt som kan förhindra att en kollektiv dominerande ställning skapas. Det går inte att skapa en sådan ställning om inte de stora researrangörerna tillsammans har makt att i någon mätbar utsträckning agera oberoende av de övriga faktiska och potentiella konkurrenterna och av konsumenterna.

209 Kommissionen har svarat att det för att kunna trotsa en samordnad begränsning av kapaciteten som de i oligopolet ingående företagen har beslutat om krävs att ett stort antal mycket små aktörer ökar sin kapacitet avsevärt, vilket inte är möjligt med hänsyn till deras nuvarande storlek. Kommissionen har vidare framhållit att hindren för tillträde till marknaden och mot tillväxt över en viss storlek hindrar de mindre och de nya aktörerna från att med framgång utmana de integrerade researrangörernas makt och de sistnämndas möjlighet att fastställa sin kapacitet till en lägre nivå än den konkurrensmässiga jämviktens. De mindre aktörerna kan således inte tillhandahålla tillräcklig kapacitet för att tillgodose eventuell ytterligare efterfrågan på grund av de avsevärda hinder som föreligger för deras utveckling.

210 Rätten erinrar inledningsvis om att kommissionen för att styrka att det finns en kollektiv dominerande ställning i förevarande fall även måste visa att de faktiska och potentiella konkurrenternas samt konsumenternas förutsägbara reaktioner inte skulle äventyra de förväntade resultaten av de stora researrangörernas gemensamma strategi. I förevarande fall innebär detta att de stora researrangö-

rernas minskning av kapaciteten på marknaden i konkurrensbegränsande syfte, det vill säga under vad som behövs för att anpassa sig till den förutsedda utvecklingen av efterfrågan, inte skall uppvägas av deras faktiska konkurrenters — det vill säga de små researrangörernas —, deras potentiella konkurrenters — det vill säga de i andra länder eller på marknaden för avlägsna resmål verksamma researrangörernas — och deras kunders — det vill säga de brittiska konsumenternas — reaktioner, så att det dominerande oligopolet blir ohållbart.

a) De faktiska konkurrenternas — det vill säga de små researrangörernas — möjliga reaktion

i) Inledande synpunkter i frågan om de små researrangörernas storlek

211 I skälen 77 och 78 i det omtvistade beslutet har kommissionen uppgivit att de små ”marginella” leverantörernas möjlighet att effektivt konkurrera med de fyra stora researrangörerna hämmas ytterligare av att de inte är vertikalt integrerade. Vidare hämmas nämnda möjlighet av att de är små, vilket bland annat medför att de inte får de stora företagens stordriftsfördelar.

212 I detta hänseende noterar rätten inledningsvis att kommissionen (svaromålet, punkt 103) har medgivit att sektorn för paketresor — såsom sökandens sakkunnige, professor Neven, uppgav under det administrativa förfarandet — är en sektor där alternativa kommersiella strategier kan ge goda resultat och där medelstora researrangörer endast kan få en liten plats. Enligt den sakkunnige kan nämligen företagen fungera i liten skala och köpa kapacitet på fria marknader (flygstolar och bäddplatser) som de behöver för att kunna ha ett utbud av paketresor. Alternativt kan företagen enligt den sakkunnige besluta att sälja stora volymer av paketresor. Emellertid kommer företagen finna det riskabelt att köpa

kapacitet i stora volymer, i synnerhet flygstolar, på den fria marknaden, varför de måste integrera sig vertikalt, åtminstone med avseende på flygtransporttjänster. Denna alternativa handelsstrategi behöver inte medföra lägre kostnader och en systematisk konkurrensfördel i förhållande till de små företagen. Strategin är också väsentligen mer riskabel än strategin att fortsätta att vara liten och köpa kapacitet på den fria marknaden.

213 Rätten noterar emellertid att frågan inte gäller huruvida en liten researrangör kan få den storlek som erfordras för att effektivt kunna konkurrera med de integrerade researrangörerna och göra anspråk på deras ställningar som ledande researrangörer. Rätten skall i stället avgöra huruvida de hundratals små researrangörer som redan finns på marknaden i ett sådant konkurrensbegränsande sammanhang som kommissionen har förutsatt generellt kan reagera effektivt på de stora researrangörernas minskning av kapaciteten till en nivå som understiger den uppskattade utvecklingen av efterfrågan genom att öka sin kapacitet för att dra nytta av en sådan situation med underkapacitet totalt sett, och huruvida de små researrangörerna därigenom kan motverka att en kollektiv dominerande ställning skapas.

214 För att visa att de små researrangörerna inte effektivt kan motverka att en kollektiv dominerande ställning skapas kan kommissionen under sådana omständigheter inte endast åberopa den icke bestridda omständigheten att en mindre researrangör i det sammanhang som för närvarande råder på den relevanta marknaden för att effektivt konkurrera med de integrerade researrangörerna åtminstone måste bli så stor att den kan bedriva verksamhet i tillräcklig skala och således måste uppnå viss grad av vertikal integration. Kommissionens argument för att visa de små researrangörernas svårigheter att bli så stora som de skulle behöva för att effektivt kunna konkurrera med de stora researrangörerna saknar således relevans vid bedömningen av de små researrangörernas och de nya aktörernas möjligheter att öka sin kapacitet för att dra nytta av den brist på produkter som enligt kommissionen skulle uppstå om koncentrationen tilläts.

215 Såsom sökanden har anfört finns det dessutom — trots de stora researrangörernas många förvärv av små researrangörer under det senaste decenniet —

fortfarande väldigt många (flera hundra) små researrangörer. Dessa förnyas konstant genom att nya aktörer inträder på marknaden och utgör fortfarande en betydande del av marknaden.

- 216 Det är sålunda mot bakgrund av nämnda överväganden som det skall avgöras huruvida de små researrangörerna i förevarande fall kan uppbringa tillräcklig ytterligare kapacitet för att trotsa de stora researrangörernas eventuella begränsning av kapaciteten på marknaden.

ii) De små researrangörernas möjlighet att uppbringa ytterligare kapacitet

- 217 Rätten konstaterar inledningsvis att de företag som ingår i det påstådda dominerande oligopolet i förevarande fall inte enskilt eller tillsammans kontrollerar marknaderna för de råvaror eller tjänster som behövs för att framställa eller sälja produkten i fråga. I detta avseende framgår det av det omtvistade beslutet (skälen 5—42) att kommissionen utöver marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet även undersökte koncentrationens effekter uppåt, på marknaden för tillhandahållande av flygstolar på charterflyg till närliggande resmål, och neråt, på marknaden för resebyråer. Emellertid drog kommissionen inte för den skull slutsatsen att koncentrationen om den genomfördes skulle medföra att de tre sista konkurrenterna skulle skapa en kollektiv dominerande ställning på dessa marknader uppåt och nedåt eller att det bildade företaget (Airtours/First Choice) skulle få en egen dominerande ställning.

- 218 För det första noterar rätten att sökanden utan att motsägas av kommissionen har givit flera exempel på små researrangörer som har lagt till kapacitet för att ta vara på möjligheter som har uppkommit på grund av marknads oväntade utveck-

ling. År 1996 (till följd av de svårigheter som uppstod i och med 1995 års kris) minskade eller frös sålunda de dåvarande tre största researrangörerna sin kapacitet, medan flera små researrangörer expanderade avsevärt, såsom Virgin Holidays (+ 28 procent), Kuoni Travel (+ 20 procent), Direct Holidays (+ 68 procent) eller Sun Express (+ 109 procent).

- 219 För det andra har sökanden utan att motsägas av kommissionen gjort gällande att de små researrangörerna tenderar att fastställa sin kapacitet efter det att de stora researrangörerna har fattat sina viktigaste beslut i frågan och att de därefter ännu, i viss mån och som alla researrangörer, kan öka sin kapacitet.
- 220 För det tredje framgår det även av handlingarna i målet att ett flertal små researrangörer har givit uttryck för en avsikt att förbättra sin marknadsandel. Härav kan den slutsatsen dras att de i vart fall är mycket benägna att snabbt ta till vara de möjligheter som skulle ges om de största researrangörerna begränsade kapaciteten så att den inte motsvarade den förutsedda utvecklingen av efterfrågan.
- 221 I skäl 85 i det omtvistade beslutet har kommissionen bemött sökandens argument under det administrativa förfarandet, enligt vilket mindre aktörer som Cosmos och Virgin Sun borde betraktas som troliga nya konkurrenter i framtiden, eftersom de har ambitioner att utöka affärsverksamheten. Kommissionen svarade med att uppge "att inget av dessa företag har någon större möjlighet att utmana de stora researrangörerna inom överskådlig framtid", eftersom Cosmos (Monarch) är starkt beroende av försäljningen av flygstolar till de stora researrangörerna och inte är vertikalt integrerat vad gäller resebyråverksamheten och eftersom Virgin Suns verksamhet för närvarande är mycket liten och inte heller detta företag har egna resebyråer. Slutligen har kommissionen framhållit att Virgin Sun har haft stora problem med att sluta avtal om inkvartering på viktiga närliggande resmål.

- 222 Det sålunda anförda bestyrker emellertid inte kommissionens påstående, eftersom den avgörande frågan är hur de små researrangörerna skulle kunna reagera i framtiden i ett fall där de tre sista stora researrangörerna minskade kapaciteten på marknaden till en nivå som understeg den konkurrensmässiga. Det anförda tyder tvärtom på att dessa två mindre researrangörer har en klar vilja att ta alla tillfällen i akt att dra nytta av marknaden.
- 223 Kommissionen kan inte göra gällande att den omständigheten att Cosmos (Monarch) för närvarande tenderar att ge de stora researrangörerna företräde framför de små med avseende på försäljning av flygstolar visar att denna aktör, i ett fall där kapaciteten minskades till en nivå som understeg den konkurrensmässiga, inte skulle ge företräde åt sina egna intressen på bekostnad av de företag som ingick i det påstådda dominerande oligopolet. Researrangören Cosmos nye direktör har uppgivit sig ha avsikten att höja företagets marknadsandel från 3,5 till 5 procent på två år. I detta syfte har Cosmos ATOL-tillstånd för 1,1 miljoner passagerare (ATOL, Air Travel Organisers' License, tillstånd utfärdat av Civil Aviation Authority).
- 224 Vidare skulle Virgin Suns svårigheter att sluta avtal om inkvartering på vissa närliggande resmål av samma skäl lätt avhjälpas om de stora aktörerna sänkte sin efterfrågan på rum. Det framgår av en skrivelse av den 16 augusti 1999 från Virgin Sun till kommissionen, som gavs in inom ramen för åtgärder för processledning, att det är lätt att få bäddplatser i tillräcklig kvantitet och kvalitet på de flesta resmålen runt Medelhavet, förutom på de mest efterfrågade, som Balearerna, där de stora researrangörerna i allt större utsträckning sluter långvariga avtal med hotellägarna, vilket gör det svårt för de små att hitta de platser de vill ha. Av skrivelsen framgår emellertid också att researrangörer som Virgin Sun är uppmärksamma och försöker att utnyttja alla tillfällen som erbjuds på dessa mest efterfrågade marknader. Om de stora researrangörerna i ett försök att begränsa kapaciteten skulle avstå från att använda de avtalade bäddplatserna, skulle de små researrangörerna snabbt teckna avtal beträffande dem, för att öka kvantiteten av paketesor på marknaden. Slutligen erinrar rätten om att Virgin

Sun är den researrangör som säljer de semesterresor till närliggande resmål som nyligen lanserades av Virgin Travel Group, som sedan i maj 1999 har ett utbud av organiserade resor till de mest efterfrågade resmålen, det vill säga Korfu, Costa Blanca, Costa del Sol, Mallorca, Menorca, Ibiza, Portugal, Rhodos, Gran Canaria, Tenerife och Turkiet, med flygningar från flygplatsen i London Gatwick och från flygplatsen i Manchester. Vidare erinrar rätten om att Virgin Suns mål enligt ordföranden för Virgin Travel Group är att om tio år från nu ha samma marknadsandel som Thomson. Virgin Travel Group har ATOL-tillstånd för 400 000 passagerare.

225 Slutligen är British Airways Holidays (375 000 ATOL-tillstånd år 1999) och Kuoni (230 000 sålda organiserade semesterresor i Förenade kungariket år 1998) två konkurrenter på marknaden för organiserade semesterresor till närliggande resmål som har stora ekonomiska tillgångar. Även dessa båda skulle snabbt kunna öka sin kapacitet om de stora researrangörerna försökte skapa en kollektiv dominerande ställning.

226 För det fjärde noterar rätten att en studie, som gavs in under det administrativa förfarandet och som inte har bestridits av kommissionen, av 59 utvalda små researrangörers resor till ett flertal närliggande resmål som de stora researrangörerna har trafik till, varav tolv hör till de mest efterfrågade, visar att åtminstone fyra små researrangörer har trafik till samtliga dessa resmål. Vidare har ett större antal av dem (20—30 små researrangörer) trafik till de populäraste resmålen, såsom Korfu, Rhodos, Mallorca eller den spanska kontinenten, och ett flertal små researrangörer (såsom Cosmos, Manos eller Virgin Holidays) har trafik till praktiskt taget samtliga resmål (se tabell 1 i bilaga 8 till ansökan, rapport av professor D. Neven, som sökanden har åberopat som sakkunnig, med titeln "Konkurrensen på marknaden för paketresor till utlandet i Förenade kungariket, en ekonomisk analys", juli 1999). Denna studie visar även att de små researrangörerna har ett utbud av liknande produkter (med avseende på övernattningar och tjänster) till jämförbara priser, eller till och med till bättre priser än de stora researrangörernas.

227 För det femte framgår det — i motsats till vad kommissionen har gjort gällande i skäl 83 i det omtvistade beslutet — av nämnda studie, som kommissionen inte

har bestridit, att de små researrangörerna i regel lyckas få villkor som är jämförbara med de stora researrangörernas för inkvarteringen på närliggande resmål. I studien undersöks 20 hotell på närliggande och populära resmål, varvid de priser som Airtours betalar jämförs med de priser som Panorama och Direct, två små, oberoende researrangörer som Airtours senare förvärvade, betalar. Undersökningen visar att priserna är jämförbara och att de mindre aktörerna i vissa fall har fått bättre villkor än Airtours trots att det sistnämnda företaget bokade mycket fler nätter än de små researrangörerna.

- 228 Av det anförda följer att de små researrangörerna i det fall som förutsätts skulle försöka att tillföra ytterligare kapacitet. Vid analysen av deras möjlighet att göra så måste det emellertid undersökas närmare huruvida de skulle ha tillfredsställande tillträde till marknaden för flygstolar och till marknaden för resebyråer.

iii) De små researrangörernas tillgång till flygstolar

- 229 I det omtvistade beslutet anges att de små researrangörerna inte har tillfredsställande tillgång till flygstolar och att denna situation skulle förvärras om den anmälda koncentrationen genomfördes (det omtvistade beslutet, skälen 78, 79 och 83 *in fine*). Små företag får enligt kommissionen inte de stora företagens stordriftsfördelar. De kan sålunda inte boka ett helt flygplan för charterflyg (utom kanske under några enstaka dagar vid högsäsong), vilket ökar flygbolagets risk att behöva genomföra flygningar utan att planet är fullsatt. Därför tar flygbolagen sannolikt ut ett högre pris av de små researrangörerna än av de stora för att kompensera sig för den större risken (det omtvistade beslutet, skäl 78). Mindre researrangörer har enligt kommissionen påpekat att de redan har problem med att få flygstolar på attraktiv tid (särskilt helger) och från de stora

turistflygplatserna som Gatwick och Manchester. Researrangörer och flygbolag har uppgett att avresor från dessa båda flygplatser behövs för att nå de viktigaste kundcentrumen och kunna tillhandahålla ett verkligt rikstäckande utbud, för att kunna expandera från dagens position som småskaliga aktörer (det omtvistade beslutet, skäl 79).

230 I skäl 80 i det omtvistade beslutet har kommissionen tillagt följande:

”De större arrangörerna nedan tycks ha avsevärd styrka på marknaden för försäljning av flygstolar till oberoende arrangörer. En researrangör påpekar till exempel att Monarch, som efter koncentrationen skulle vara den oberoende sektorns enda leverantör av någon betydelse, redan nu först fyller de större leverantörernas behov (som tillsammans köper över hälften av försäljningen till tredje man) och först därefter överväger vad som erbjuds de oberoende arrangörerna. Monarch vägrade till och med att diskutera det kommande årets program med arrangören i fråga innan man fått uppgift om de stora arrangörernas behov.”

231 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att det framgår av tabell 2 i det omtvistade beslutet (skäl 159), i vilken marknadsandelarna för de huvudsakliga leverantörerna av flygstolar till utomstående anges (uppgifter där all försäljning till utomstående ingår, inklusive försäljning till och mellan stora researrangörer och försäljning till små researrangörer), att Airtours/First Choice, om koncentrationen genomfördes, skulle kunna kontrollera mindre än en fjärdedel av utbudet av flygstolar till utomstående och att de tre stora researrangörerna tillsammans skulle stå för mindre än hälften av utbudet. Härvid skall nämnas att Thomson endast finns på denna marknad i mycket liten utsträckning. Härav följer att de utomståendes behov av flygstolar i huvudsak skulle fortsätta att tillgodoses av aktörer som är oberoende av de stora researrangörerna. I en sådan situation har de små researrangörerna vissa garantier, eftersom det endast är två av de tre stora researrangörerna som i någon betydande utsträckning finns på denna marknad och eftersom de oberoende utomstående är en viktig källa för utbudet av flygstolar.

232 I motsats till vad kommissionen har gjort gällande finns det inget stöd för slutsatsen att denna situation skulle förändras märkbart på grund av koncentrationens verkningar. Kommissionen fruktar att det nya företaget, bestående av sökanden och First Choice, efter fusionen troligen skulle rationalisera flygstolar ännu hårdare och därmed förvärra de små researrangörernas problem genom att minska antalet tillgängliga platser. Som sökanden har anfört skulle fusionen inte få några negativa konsekvenser för utomståendes tillgång till flygstolar. Om Airtours och First Choice till följd av koncentrationen skulle behålla fler flygstolar inom gruppen (och därmed avskärma de utomstående researrangörer som för närvarande flyger med Airtours International och Air 2000), skulle ett motsvarande antal flygstolar frigöras från de utomstående flyglinjer som tidigare var uppbokade av Airtours och First Choice. Kommissionen har för övrigt själv fört detta resonemang i sitt beslut Westdeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook av den 8 mars 1999 (ärende nr IV/M.1341) (EGT C 102, s. 9, punkt 36), där den anförde följande: ”I den utsträckning det nya företaget Thomas Cook skulle kunna lägga om sin strategi och använda sin kapacitet för charterflyglinjer inom koncernen (till exempel den kapacitet som är tillgänglig inom Caledonian) i stället för att köpa kapacitet av andra, skulle motsvarande kapacitet hos andra frigöras och bli tillgänglig för de kunder som hittills hade handlat av Flying Colours eller av Caledonian.” Kommissionen har inte anfört några övertygande argument för att visa att logiken i detta resonemang inte är giltig i förevarande fall.

233 Vad beträffar de överväganden som kommissionen har redogjort för i skäl 80 i det omtvistade beslutet, behöver rätten vidare endast konstatera att sökanden, utan att motsägas av kommissionen, under förfarandet vid förstainstansrätten har gjort gällande att Monarch har uppgivit att detta företag inte gynnar de stora researrangörerna på bekostnad av de mindre. Vidare har Monarch enligt sökanden medgivit att fusionen mellan Thomas Cook och Carlson gjorde företaget mer beroende av utomstående researrangörer som inte har sina egna charterlinjer, vilket även skulle gälla för fusionen mellan Airtours och First Choice.

234 För det andra noterar rätten att uppgifterna från en av de främsta mäklarna av flygstolar, Hunt & Palmer — vars verksamhet består i att få utbud och efterfrågan att mötas genom att sälja den ”resterande” kapacitet som flygbolagen vill få avsättning för till researrangörerna (bilaga 39 till ansökan) — såsom sökanden har gjort gällande, vittnar om att de små researrangörerna kan få

flygstolar för en säsong (eller för en kortare tid) med avresa under helgen från fyra källor: Från utländska flygbolag, från reguljära flygbolag, från lågpris-flygbolag och från oberoende charterbolag i Förenade kungariket. Rätten noterar att det finns minst femton oberoende mäklare i Förenade kungariket och att kommissionen inte har bestridit nämnda uppgifter.

235 Kommissionens argument för att dessa källor inte skulle vara hållbara som leverantörer är inte övertygande.

236 Den första källan är de utländska flygbolagen på flygplatsen på resmålet (såsom Spanair, Air Europa eller Futura).

237 Kommissionen anser att dessa flygbolag inte kan erbjuda någon hållbar lösning, eftersom de har svårt att få tillräckligt med avgångs- och ankomsttider vid lämpliga tider på de största brittiska flygplatserna, i synnerhet på Gatwick. Eftersom deras flygplansflotta inte är stationerad på de brittiska flygplatserna, måste flygplanen dessutom flyga till Förenade kungariket om morgnarna och flyga tillbaka om kvällarna, vilket för deras kunder innebär utresor sent om kvällarna och hemresor tidigt om morgnarna. Sådana flygtider minskar dock avsevärt semesterresans faktiska längd, vilket konsumenterna inte uppskattar. Rätten noterar emellertid att detta argument motsägs av uppgifterna från Hunt & Palmer, enligt vilka flygningar tur och retur kan göras från Gatwick.

238 Rätten finner att den avgörande frågan i detta sammanhang i vart fall är huruvida de små researrangörerna i ett fall av underkapacitet i utbudet av paketresor skulle kunna få ytterligare flygstolar på rimliga villkor, och inte huruvida de skulle kunna få de bästa avreseflygplatserna och de bästa tiderna. I detta avseende erinrar rätten om att kommissionen inte fann skäl att göra närmare indelningar

av de brittiska marknaderna för organiserade semesterresor till närliggande resmål och av försäljningen av platser på charterflygningar till researrangörerna, till exempel beroende på från vilken region eller flygplats avresan sker. Kommissionen ansåg tvärtom i det omtvistade beslutet (skäl 45) att de relativt enhetliga priserna och kostnaderna tyder på att de regionala och lokala marknader man eventuellt kan urskilja när det gäller efterfrågan överlappar varandra i tillräcklig utsträckning för att vid bedömningen av förevarande fall kunna anses utgöra en enda nationell marknad (i termer av en utbyteskedja). Kommissionen drog denna slutsats (skäl 45) efter att ha åberopat att konsumenterna föredrar att påbörja resan på en flygplats nära hemmet. Härvid anförde kommissionen att landningsavgifter och andra kostnader gör att det ofta kostar mer att resa från mindre, regionala flygplatser än från de vanligaste turistflygplatserna London Gatwick eller Manchester, men att de kostnaderna eller rabatterna dock brukar vara ganska små i förhållande till resans pris, särskilt med hänsyn till att kostnader för att åka till en billigare flygplats längre bort tillkommer. Kommissionen har vidare dragit samma slutsats beträffande utbudet och gjort bedömningen (det omtvistade beslutet, skäl 45) att researrangörernas produkter säljs nationellt till konsumenter i olika regioner utan någon egentlig differentiering av pris eller andra villkor. Dessutom kan researrangörer och flygbolag vanligen enkelt boka om plan och avgångar mellan olika flygplatser, förutom Gatwick, där tillgängligheten är begränsad (det omtvistade beslutet, skäl 46).

- 239 Rätten finner att kommissionens argument att de flygplan som används av utländska flygbolag i regel till nackdel för kunderna måste flyga till Förenade kungariket om morgnarna och flyga tillbaka om kvällarna bygger på felaktiga sakförutsättningar, eftersom den genomsnittliga flygtiden till ett europeiskt resmål är cirka två timmar. De flygbolag som är stationerade på resmålens flygplatser kan således göra flygningar tur och retur under samma dag och till exempel ha en första flygning från Spanien till Förenade kungariket och en andra flygning från Förenade kungariket till Spanien på morgonen och därefter ha en första flygning från Spanien till Förenade kungariket och en andra flygning från Förenade kungariket till Spanien på kvällen.

- 240 Slutligen noterar rätten att sökanden under det administrativa förfarandet utan att motsägas av kommissionen gjorde gällande att de flygbolag som är stationerade på resmålens flygplatser tillhandahöll mer än en miljon flygstolar under år 1998 (det senaste år för vilket uppgifter fanns tillgängliga när det omtvistade beslutet fattades) till semesterresenärer som hade köpt paketresor och semesterresenärer som bara hade köpt flygresor samt att antalet flygstolar som de på resmålen stationerade flygbolagen tillhandahåller har ökat snabbt under senare år.
- 241 Härav följer att dessa flygbolag i motsats till vad kommissionen har gjort gällande skulle kunna spela en viktig roll om de små researrangörerna försökte att öka antalet paketresor om tillfälle gavs.
- 242 Den andra källan är reguljära flygbolag (såsom Debonair, Flightline eller CityFlyer), som i avsaknad av affärsresenärer har låg beläggning under helgerna.
- 243 Kommissionen anser att de flygstolar som reguljära flygbolag tillhandahåller är en marginell faktor i Förenade kungariket, där British Airways endast använder en liten andel av sin kapacitet till detta slags flygningar. Detta beror på de högre priserna, den omständigheten att de reguljära flygbolagen inte har direktflyg till semesterorter, bristen på tillgängliga flygstolar och de strikta flygtiderna.
- 244 Rätten finner emellertid att dessa omständigheter inte kan utgöra några betydande hinder för små flygbolag som vill öka sin kapacitet. Beträffande prisskillnaderna noterar rätten att flygkostnaden endast utgör en marginell del av kostnaden för en paketresa. En flygning från Liverpool till Malaga i augusti med EasyJet kostade till exempel 108 GBP, och en flygning från Stansted till Malaga med Go kostade 140 GBP, medan en paketresa på 14 dagar i augusti till Marbella

i Spanien kostade 1 598 GBP med Virgin Holidays, 1 698 GBP med Bath Travel och 1 738 GBP med Airtours (ansökan, bilaga 8, tabell 2, och bilaga 40). Kostnaden för flygresan utgör således i vart fall mindre än 10 procent av paketresans pris. I detta avseende gav sökanden in en tabell (tabell 5 i den ekonomiska sakkunnigrapporten, bilaga 8 till ansökan) under det administrativa förfarandet där priserna för reguljära flygresor jämförs med priserna för charterflygresor för olika resmål vid olika tidpunkter. Tabellen har sammanställts med utgångspunkt i uppgifter från Panorama, som är en liten researrangör som Airtours nyligen förvärvade. Det får antas att andra små researrangörer kan lämna liknande uppgifter. Av den ekonomiska sakkunnigrapporten framgår att prisskillnaden varierar mellan 20 och 30 GBP, vilket i slutändan endast har mycket liten inverkan på priserna för paketresor och således på konkurrenskraften för de små researrangörerna som använder reguljärflyg. I detta avseende noterar rätten att prisskillnaden huvudsakligen har sin förklaring i skyldigheten att betala flygplatsskatter på reguljärflyg.

- 245 Vad beträffar vilka villkor de reguljära flygbolagen kan erbjuda, i synnerhet avseende datum och start- och landningstider, noterar rätten att två av de fem exempel som sökanden har angivit med utgångspunkt i uppgifterna från Panorama avseende perioden innan företaget köptes upp visar att det går att få avresor på lördagar och söndagar. Vidare framgår det av uttalandet från Hunt & Palmer att flygstolsmäklarens arbete består just i att hitta flygningar som avgår under helgerna. Dessutom anges det i själva det omtvistade beslutet (fotnot 38) att British Airways erbjuder vissa fulla charterflygningar från brittiska regionala flygplatser under helgerna och därvid använder de flygplan som företaget inte behöver för sina reguljära flygningar just då. Vad vidare beträffar avreseflygplatserna hänvisar rätten till vad som ovan har anförts beträffande utländska flygbolag. Vad slutligen beträffar frågan huruvida det är en betydande nackdel att bara köpa en del av flygstolarna i ett flygplan och inte samtliga, noterar rätten att de exempel på mäklarnas priser som sökanden har givit in visar att prisskillnaden är minimal (mindre än 10 procent) och att priset för en flygstol vid ett köp av endast en del av platserna i ett flygplan kan visa sig vara lägre än priset för en plats vid ett köp av samtliga platser i ett flygplan (se professor Nevens rapport i bilaga 8 till ansökan).

- 246 Vad beträffar det begränsade antal resmål som de reguljära flygbolagen har trafik till, erinrar rätten om att de reguljära bolag som sökanden har angivit förutom de huvudsakliga turistorterna i Spanien även har trafik till södra Frankrike och Italien. I vart fall tycks de utländska flygbolagen i förekommande fall kunna kompensera för att de reguljära bolagen inte har trafik till övriga resmål.
- 247 Av det anförda följer att de små researrangörerna i motsats till vad kommissionen har gjort gällande kan använda de reguljära bolagen för att på ett effektivt sätt öka sin kapacitet och trotsa de största researrangörernas eventuella begränsningar.
- 248 Den tredje källan är lågprisflygbolag (såsom Ryanair eller Go), vars kapacitet har ökat kraftigt under senare år och som kan erbjuda skraddarsydda tjänster. Rätten noterar i detta avseende att sökanden har givit in en karta över de resmål till vilka lågprisflygbolagen huvudsakligen har trafik (ansökan, bilaga 40), av vilken det framgår att åtminstone ett bolag, och ofta två eller till och med tre, har trafik till de huvudsakliga resmålen på den spanska Medelhavskusten. Dessa resmål är Barcelona (från flygplatsen i Luton med Debonair, från flygplatsen i Liverpool med EasyJet och från flygplatsen Gatwick med AB Airlines), Palma (från flygplatsen i Luton med EasyJet och från flygplatsen Stansted med Go), Ibiza (från flygplatsen Stansted med Go), Alicante (från flygplatsen Stansted med Go) och Malaga (från flygplatsen i Liverpool med EasyJet och från flygplatsen Stansted med Go).
- 249 Den fjärde källan är oberoende charterbolag i Förenade kungariket (såsom Monarch, men även European Air Charter, British World eller Titan), som också använder små flygplan till låga driftskostnader. Rätten noterar att dessa står för mer än 50 procent av det totala utbudet på marknaden för tillhandahållande av flygstolar till utomstående på charterflyg (se tabell 2 i det omtvistade beslutet,

skäl 159). Härav drar rätten slutsatsen att dessa bolag i motsats till vad kommissionen har gjort gällande har tillräcklig kapacitet för att kunna utgöra en trolig källa för de små researrangörerna.

250 Slutligen noterar rätten att kommissionen inte har beaktat den omständigheten att det för de integrerade researrangörerna är avgörande att de kan fylla sina flygplan maximalt om de vill säkerställa att deras verksamhet skall vara hållbar. Eftersom deras flygplansflottor står för en mycket stor del av deras fasta kostnader skulle de stora researrangörernas flygbolag frestas att erbjuda de små researrangörerna de platser som skulle stå tomma i en sådan situation med avsevärd begränsning av de stora researrangörernas kapacitet som kommissionen har förutsatt.

251 Av det anförda följer att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att de små researrangörerna inte skulle ha en sådan tillfredsställande tillgång till flygstolar att de skulle försöka att öka sin kapacitet i syfte att dra nytta av den brist på produkter som skulle föreligga i en sådan konkurrensbegränsande situation som enligt kommissionen skulle uppstå om koncentrationen tilläts.

iv) De små researrangörernas tillgång till distributionen

252 Kommissionen har i skälen 81 och 82 i det omtvistade beslutet åberopat vissa svårigheter som de små researrangörerna möter, såsom de diskriminerande villkor som de utsätts för av de integrerade researrangörernas resebyråer med avseende på provision, riktad försäljning av de integrerade researrangörernas produkter, förekomst av broschyrer och marknadsföring, vilket hindrar de små researrangörerna från att effektivt konkurrera med de stora researrangörerna.

- 253 Sökanden har bestridit kommissionens påstående att de största researrangörernas vertikala integration har minskat tillgången till distributionen. Enligt sökanden ger nämligen vertikal integration bara upphov till oacceptabel avstängning om det finns en horisontell marknadskraft på distributionsnivå, vilket inte är fallet här.
- 254 Kommissionen har gjort gällande att de stora researrangörerna kontrollerar alla stora nationella resebyråkedjor och de flesta försäljningsställena. De övriga aktörerna utsätts av dessa resebyråer för riktad försäljning, det vill säga förmånsbehandling av moderbolagets produkter, vilket utgör ett stort hinder för de små researrangörernas tillträde till marknaden och tillväxt. Vad beträffar övriga distributionskanaler, såsom försäljning via telefoncentraler och Internet, har kommissionen gjort gällande att dessa ännu inte är hållbara som substitut till resebyråerna, vilket framgår av de största aktörernas, bland annat First Choice, försök att grunda eller förvärva resebyråkedjor.
- 255 Rätten erinrar om att det i förevarande fall inte skall avgöras vilken storlek som erfordras för att tävla med de stora researrangörerna om de främsta platserna. Den avgörande frågan är huruvida de små researrangörer som redan finns på marknaden, om en sådan konkurrensbegränsande situation uppstod som kommissionen har förutsatt, på tillfredsställande villkor skulle kunna få tillträde till distributionsmarknaden och sälja större mängder av sina paketresor till konsumenterna. En snabb analys av det omtvistade beslutet ger vid handen att så — liksom sökanden har gjort gällande — är fallet.
- 256 Rätten noterar inledningsvis att koncentrationen, såsom kommissionen har uppgivit i skäl 32 i det omtvistade beslutet, inte skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning inom sektorn för resebyråtjänster i dess helhet, oavsett om marknaden anses omfatta även researrangörernas direktförsäljning av paketresor och resebyråernas distansförsäljning på telefon, eftersom parternas sammanlagda

andel av marknaden för resebyråtjänster i termer av försäljningsställen är liten (cirka 15 procent).

257 Det framgår vidare av det omtvistade beslutet (skäl 81) att nästan 40 procent av de paketresor till utlandet som säljs via resebyråer säljs av oberoende resebyråer. För det andra har kommissionen själv medgivit (skäl 31) att det finns andra distributionsmetoder som håller på att utvecklas snabbt, såsom direktförsäljning via telefon eller Internet, vilka redan står för nästan 20 procent av den totala försäljningen av paketresor, vilket ökar de små researrangörernas möjligheter att effektivt distribuera sina produkter i en situation med begränsat utbud. I detta avseende är det kännetecknande att Direct Holidays (en oberoende researrangör som Airtours har förvärvat), som säljer alla sina semesterresor direkt, växte avsevärt under perioden 1995—1996 (en period då de stora researrangörerna hade finansiella svårigheter) (ansökan, punkt 9.18). Tilläggas skall i detta avseende att sökanden utan att motsägas av kommissionen har framhållit (ansökan, punkt 9.19) att kommissionen under det administrativa förfarandet fick nedanstående uppgifter från utomstående avseende direktförsäljning som hållbart sätt att få tillträde till marknaden (återgivna i punkt 3.57 i svaret på meddelandet om anmärkningar, bilaga 7 till ansökan).

— Thomas Cook uppgav följande: ”Tendensen är för närvarande att avlägsna sig från det traditionella sättet att boka semesterresor personligen via en resebyrå. Av rapporten från British National Travel Survey framgår att antalet indirekta bokningar har ökat sedan slutet av 80-talet och stigit från 29 procent av de sammanlagda bokningarna år 1992... till 34 procent år 1998.”

— Thomson uppgav följande: ”Antalet konsumenter som bokar semesterresor med direkta, icke-traditionella köpmetoder ökar, liksom andelen konsumenter som betraktar direktköp som ett alternativ till bokning genom en traditionell resebyrå på en affärsgata.”

— Virgin Holidays uppgav följande: ”Vi har ingen distributionskedja i egenskap av researrangör. Med utgångspunkt i vår egen försäljning har vi kunnat konstatera en markant ökning av antalet semesterresor som har köpts genom ’call centers’. Vi har också kunnat konstatera en ökning av antalet resor som har köpts via text-TV-byråer.”

258 De svårigheter som de små researrangörerna enligt kommissionen skulle möta (som anges i skälen 81 och 82 i det omtvistade beslutet) skulle — även om det hade styrkts att bruket i fråga tillämpades och var lagligt — inte märkbart begränsa de små researrangörernas möjligheter att dra nytta av sådan underkapacitet som enligt kommissionen skulle uppstå om den anmälda koncentrationen genomfördes. I en sådan situation får det antas att resebyråerna, med hänsyn till konsumenternas förväntningar och till behovet av att maximera intäkterna, inte skulle kunna avhålla sig från att bjuda ut de små researrangörernas produkter till rimliga villkor, även om de vertikalt integrerade researrangörernas resebyråer i första hand skulle marknadsföra gruppens produkter och inte konkurrenternas.

259 Eftersom nästan 40 procent av samtliga paketresor inte säljs av resebyråer som kontrolleras av de stora researrangörerna, borde de små researrangörerna i vart fall ha tillfredsställande tillgång till distributionen för att sälja den kapacitet som de skulle lägga till om de största researrangörerna beslutade sig för att begränsa kapaciteten till en nivå som understiger den konkurrensmässiga.

260 Härav följer att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att de små researrangörerna inte skulle ha tillfredsställande tillgång till distributionen

av sina produkter till konsumenterna för att märkbart kunna öka sin kapacitet i syfte att dra nytta av den brist på produkter som enligt kommissionen skulle uppstå om koncentrationen tilläts.

- 261 Av det anförda följer att kommissionen underskattade de små researrangörernas möjligheter att öka sin kapacitet för att dra nytta av den situation med underkapacitet totalt sett som de stora researrangörerna skulle ge upphov till och därigenom motverka att en kollektiv dominerande ställning skapas till följd av den anmälda koncentrationen.

b) De potentiella konkurrenternas — det vill säga de övriga researrangörernas — möjliga reaktion

- 262 Vidare skall rätten undersöka om de researrangörer som finns i övriga länder i gemenskapen eller på den brittiska marknaden för paketresor till avlägsna resmål i utlandet inte skulle kunna ta sig in på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i utlandet om de stora researrangörerna skulle begränsa kapaciteten på marknaden till en konkurrensbegränsande nivå.

- 263 Rätten erinrar om att MMC har uppgivit följande i sin rapport från år 1997 (punkt 1.6):

”Aktörerna kommer och går. Det finns inga betydande hinder mot att ta sig in på marknaden för researrangörer eller marknaden för resebyråer.”

Vidare anges följande i rapporten (punkt 4.15):

”Om priset för något slags semesterresor eller semesterresor med avresa från en viss flygplats eller under vissa datum på året skulle bli för högt, skulle researrangörerna förhandla på vart och ett av dessa områden och föreslå lägre priser.”

264 Kommissionen har i skäl 114 i det omtvistade beslutet medgivit att en kollektiv dominerande ställning inte kan bestå om det inte finns betydande hinder för tillträde till marknaden för researrangemang, drift av charterflygbolag och resebyråer. Vidare har kommissionen medgivit att MMC:s rapport från år 1997 i stort sett stöder sökandens ståndpunkt avseende avsaknaden av hinder för tillträde till den relevanta marknaden.

265 I skäl 115 i det omtvistade beslutet har kommissionen emellertid uppgivit att branschen har koncentrerats väsentligt sedan MMC:s rapport upprättades år 1997. Kommissionen anser att hindren för tillträde till marknaden sedan dess har blivit större (de har fått ”större effekt”) och att de skulle öka ytterligare om den anmälda koncentrationen genomfördes. Vidare har kommissionen anfört följande.

”För att inte en dominerande ställning skall skapas krävs inte bara att inträde på marknaden skall vara möjligt. Det måste bland annat vara hållbart, vilket på sådana här marknader där kapacitet är viktigt innebär att man snabbt måste nå eller få tillräcklig volym för att kunna konkurrera med de dominerande researrangörerna. Kommissionen anser inte att det är troligt i detta fall.”

266 Rätten erinrar emellertid om att den avgörande frågan i detta fall — liksom avseende de faktiska konkurrenterna — inte är huruvida de potentiella konkurrenterna kan bli tillräckligt stora för att vara likställda med de stora researrangörerna, utan bara huruvida konkurrenterna skulle ha möjlighet att dra nytta av de stora researrangörernas begränsning av kapaciteten på den relevanta marknaden till en nivå som understiger den konkurrensmässiga. I ett sådant sammanhang kan kommissionen inte med framgång hävda att researrangörer som har ett utbud av andra produkter (som paketresor till avlägsna resmål i utlandet) eller som finns i andra länder (som Tyskland eller Nederländerna), bara för att de har svårt att utvecklas utöver en viss storlek, inte effektivt och snabbt kan ta sig in på den brittiska marknaden för paketresor till närliggande resmål i

utlandet om de stora researrangörerna skulle bestämma sig för att begränsa konkurrensen avsevärt. I detta avseende noterar rätten att sökanden har nämnt andra betydande researrangörer i Europa, som Neckermann och TUI, som potentiella konkurrenter som snabbt skulle kunna ta sig in på marknaden i Förenade kungariket om kapaciteten begränsades eller priserna höjdes.

267 Rätten noterar för övrigt i detta avseende att konkurrenssituationen med avseende på semesterboende inte undersöks i det omtvistade beslutet. Tillhandahållandet av inkvarteringskapacitet är emellertid en mycket viktig faktor för förståelsen av den relevanta marknads dynamik, särskilt med avseende på dels de i det påstådda dominerande oligopolet ingående företagens möjlighet att agera oberoende av hotellägarna på de närliggande resmålen, dels — följaktligen — de faktiska och potentiella konkurrenternas möjlighet att reagera på de stora researrangörernas eventuella minskning av kapaciteten. Det är föga troligt att de hotellsängar som blev lediga till följd av begränsningar av kapaciteten som hade beslutats av de stora researrangörerna inte omedelbart skulle bokas av andra researrangörer. Dessa har under det administrativa förfarandet givit in ett flertal handlingar och vittnesmål som tyder på att de skulle vilja få sådan kapacitet med avseende på inkvartering (se till exempel Virgin Suns ovan i punkt 224 nämnda skrivelse).

268 Varje stor researrangör skulle således behöva ta hänsyn till de risker som är förenade med hotellägarnas reaktion på en märkbar minskning av antalet bokade bäddplatser som i verkligheten inte svarar mot en minskad efterfrågan, utan mot ett beslut om begränsning i konkurrensbegränsande syfte. Varje stor researrangörs tillgång till bäddplatser på tillfredsställande villkor och i tillfredsställande mängd under kommande säsonger skulle kunna äventyras.

269 Av det anförda följer att kommissionen, även om den undersökte hindren mot tillväxt utöver en viss storlek på marknaden, inte har tagit erforderlig hänsyn till den omständigheten att avsaknaden av hinder för tillträde till marknaden skulle göra det möjligt för de potentiella konkurrenterna att ta sig in på den relevanta

marknaden och bjuda ut sina produkter, och sålunda effektivt och snabbt kunna ingripa om en underkapacitet uppstod till följd av de stora researrangörernas anpassning av sin strategi i fråga om kapacitet.

c) Konsumenternas möjliga reaktion

- 270 Om det skall kunna visas att det oligopol som koncentrationen skulle ge upphov till skulle kunna agera oberoende av konsumenterna, måste det utredas hur de brittiska konsumenterna skulle reagera och om de inte skulle vara i stånd att söka andra alternativ om priset för paketresor till närliggande resmål avsevärt skulle höjas eller om det uppstod brist på paketresor till sådana resmål.
- 271 Kommissionen har i skäl 124 i det omtvistade beslutet uppgivit att konsumenterna inte har någon möjlighet att påverka och att denna omständighet i förening med andra av marknadens egenskaper gör det svårt för konsumenterna att jämföra konkurrerande produkter utifrån den begränsade information som finns tillgänglig i researrangörernas broschyrer, vilket begränsar konsumenternas möjlighet att motverka konkurrensbegränsningar i utbudet.
- 272 Enligt sökanden finns det ett flertal marknadsstudier som visar att en majoritet av semesterresenärerna besöker mer än en resebyrå innan de väljer semesterresa och att 85 procent av dem anser att priset är den viktigaste faktorn när de beslutar vilken resa de skall köpa. De enskilda konsumenterna är således i stånd att "rösta med fötterna" och söka billigare semesterresor, vilket ger researrangören ett incitament till att sätta ett konkurrensmässigt pris.

- 273 Enligt kommissionen är det fel att påstå att konsumenterna har något betydande kompensande konsumentinflytande på en sådan marknad för konsumtionsprodukter som marknaden för paketresor.
- 274 Rätten vill emellertid framhålla att den omständigheten att konsumenterna på grund av sin spridning inte har något betydande konsumentinflytande inte skall sammanblandas med frågan huruvida de kan reagera på den prishöjning som de stora researrangörernas begränsning av kapaciteten på marknaden till en konkurrensbegränsande nivå skulle medföra. Liksom sökanden har gjort gällande, är det ostridigt att konsumenterna gör jämförelser innan de köper semesterresor. Kommissionen har för övrigt själv medgivit i skäl 98 i det omtvistade beslutet att ”konsumenter... reagerar på relativt små skillnader i pris på likartade semestrar”.
- 275 I detta sammanhang har kommissionen underskattat den roll som de brittiska konsumenterna skulle kunna spela genom att försöka erbjudas bättre priser av de små researrangörerna.
- 276 Dessutom noterar rätten att det har konstaterats inom ramen för den första grunden att kommissionen visserligen har gjort en snäv definition av den relevanta produktmarknaden inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, men att den inte för den skull har ifrågasatt att konsumenterna i allt högre utsträckning uppskattar paketresor till avlägsna resmål i utlandet. Kommissionen har inte heller ifrågasatt att det i de marknadsstudier som sökanden har åberopat i sitt svar på meddelandet om anmärkningar (bilaga 7 till ansökan, British National Travel Surveys och Mintels rapport från år 1997 med namnet Holidays: The booking procedure) betonas att briter tenderar att utöka det geografiska fältet för sina semesterresor, särskilt mot andra sidan av Atlanten. Rätten finner att denna omständighet stöder sökandens påstående att det är möjligt att efterfrågan delvis skulle riktas mot andra slags semesterresor om priserna närmade sig varandra i tillräcklig mån. Studierna i fråga visar nämligen en klar tendens till utveckling av konsumenternas preferenser, där dessa på intet sätt tycks vara fast i tankarna på att ha Medelhavsområdet som enda resmål.

d) Slutsats

277 Med beaktande av det anförda finner rätten att kommissionen inte har gjort en riktig bedömning av de små researrangörernas, de potentiella konkurrenternas, konsumenternas och hotellägarnas förutsägbara reaktioner och att den har underskattat nämnda reaktioner som möjlig motvikt som kan förhindra att en kollektiv dominerande ställning skapas.

5. Bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen

278 Kommissionen redogjorde för sin bedömning av den anmälda koncentrationens inverkan i skälen 139—147 i det omtvistade beslutet.

279 För det första (skäl 139) uppgav den att transaktionen skulle resultera i ökad koncentrationsnivå, eftersom den totala marknadsandelen för de tre största researrangörerna skulle öka avsevärt och bli 83 procent enligt kommissionens beräkningar (85 procent enligt Nielsen) jämfört med cirka 70 procent i dagsläget (för Airtours, Thomson och Thomas Cook). Dessutom skulle den fjärde (Cosmos) ha mindre än 5 procent, medan den aktör som i dag innehar fjärdeplatsen (First Choice) har 11 procent. Det framgår emellertid av skälen 139—147 i det omtvistade beslutet att kommissionen inte har ansett att den omständigheten att den sammanlagda marknadsandelen är hög (högre än 80 procent) är tillräcklig för att det skall kunna anses styrkt att en kollektiv dominerande ställning föreligger.

280 För det andra hävdade kommissionen (skälen 140 och 141 i det omtvistade beslutet) att koncentrationen skulle medföra att First Choice skulle försvinna som leverantör/distributör för de mindre företagen, vilket ytterligare skulle marginalisera de små oberoende och icke-integrerade researrangörerna. Vad beträffar undersökningen av hur troligt det är att en kollektiv dominerande ställning skulle

skapas, noterar rätten emellertid att utvärderingen av koncentrationens förutsägbara inverkan på övriga konkurrenter på marknaden beror på bedömningen av huruvida dessa skulle vara i stånd att motverka det påstådda dominerande oligopolets stabilitet. Det har dock avgjorts att kommissionen inte har kunnat styrka att konkurrenterna inte skulle kunna motverka den.

281 För det tredje gjorde kommissionen gällande (det omtvistade beslutet, skälen 142—147) att koncentrationen skulle medföra ökad insyn och ökat ömsesidigt beroende mellan de stora researrangörerna. I skäl 143 i det omtvistade beslutet uppgav kommissionen att den omständigheten att koncentrationen skulle medföra att antalet möjliga konkurrenskraftiga förhållanden mellan de stora researrangörerna skulle minska från sex till tre avsevärt skulle stärka de i oligopolet ingående företagens beroende av varandra, vilket skulle öka drivkraften att begränsa kapaciteten, eftersom det skulle bli mycket tydligare för dem att en konkurrens om marknadsandelar endast skulle få till resultat att alla skulle få minskade vinster. Att de mindre företagen ytterligare skulle marginaliseras förstärker enligt kommissionen intrycket att detta är vad som skulle komma att hända. I skäl 144 uppgav kommissionen att denna minskning av antalet bilaterala konkurrens- och samarbetsrelationer dessutom skulle öka insynen på marknaden, eftersom det skulle bli enklare för de stora aktörerna att upptäcka försök att störa marknaden, till exempel genom att konkurrera om marknadsandelar. Den ökade insynen skulle alltså öka risken för att konkurrensbeteendet skulle leda till en mättad marknad, vilket skulle ge minskade vinster och därför motverka sitt syfte.

282 Kommissionen drog därför slutsatsen (det omtvistade beslutet, skäl 147) att den marknadsstruktur som koncentrationen skulle resultera i skulle komma att skapa drivkrafter för och göra det rationellt för de i oligopolet ingående företagen att begränsa utbudet.

283 Rätten erinrar emellertid om, beträffande den förutsedda insynen på marknaden efter koncentrationen, att det har slagits fast att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att den befintliga graden av insyn på denna marknad var tillräcklig för att var och en av de stora researrangörerna skulle kunna få

kännedom om de övrigas ageranden, upptäcka eventuella avvikelser i förhållande till den gemensamma strategin och tolka repressalier som sådana. Kommissionen har inte heller kunnat styrka att övergången från fyra stora researrangörer till tre skulle ändra på denna situation. Även om insynen på marknaden visserligen skulle öka något om antalet konkurrensutsatta tvåpartsförhållanden mellan de stora resesarrangörerna minskade från sex till tre, skulle var och en av de kvarvarande tre stora researrangörernas svårigheter att i tid förutse var och en av de två övrigas respektive avsikter och att tolka deras avvikande ageranden som sådana kvarstå.

284 Vad beträffar bedömningen att koncentrationen avsevärt skulle stärka de stora researrangörernas beroende av varandra, konstaterar rätten att kommissionen förde ett motsägelsefullt resonemang. Å ena sidan gjorde den gällande att det är nödvändigt att vara vertikalt integrerad för att i realiteten kunna konkurrera på denna marknad. Å andra sidan hävdade den att den omständigheten att var och en av de integrerade researrangörerna säljer sina charterflygstolar till de övriga uppåt på marknaden och säljer de övrigas paketresor nedåt på marknaden har konkurrensbegränsande verkningar, eftersom det ökar deras beroende av varandra. Om inget annat bevisas, måste det emellertid, med hänsyn till marknadens spelregler, förutsättas att den vertikala integrationen stärker varje stor researrangörs oberoende i förhållande till de övriga och således minskar deras beroende av varandra.

285 Vidare förklarade kommissionen inte varför det som den betraktar som handelsförbindelser (att köpa flygstolar av de övriga och att även sälja sina egna produkter på de övrigas resebyråer) endast skall förklaras i termer av starka ekonomiska band mellan de stora aktörerna (det omtvistade beslutet, skäl 142) och inte bara kan förklaras med att det är lönsamt att ha dessa förbindelser i ett konkurrenssammanhang eftersom de stora researrangörerna utgör ekonomiska koncerner som är väl etablerade på flera marknader inom denna sektor, och eftersom det är intressant för researrangörerna att vara lönsamma och göra största möjliga vinster inom samtliga dessa marknader.

286 Det anges nämligen inte uttryckligen något i det omtvistade beslutet angående de starka ekonomiska banden mellan de stora researrangörerna eller angående på vilket sätt dessa band förstärker de integrerade researrangörernas beroende av varandra. I skäl 57 i det omtvistade beslutet uppgav kommissionen att "den vertikala integrationens omfattning och karaktär bland de större leverantörerna [och] de betydande affärsmässiga och andra kopplingar som finns dem emellan" hör till de egenskaper som påverkar konkurrensvillkoren på den relevanta produktmarknaden. Vidare angavs i skäl 71 i det omtvistade beslutet något närmare vad för slags förbindelser som är i fråga. Där framhölls det att de integrerade företagen har flera affärsmässiga kopplingar till varandra som delvis hänger samman med deras vertikala integration, dels nedåt, genom användning av varandras resebyråkedjor, dels uppåt, genom att de integrerade bolagen i viss mån delar på kapaciteten med avseende på flygstolar, både genom direkta köp av varandra och genom byten och konsolideringsarrangemang varigenom de maximerar användningen av sina respektive flygplansflottor. Vidare redogör kommissionen i skälen 102—113 för en rad överväganden under rubriken "Insyn, oberoende och affärsförbindelser". Dessa skäl ägnas åt kommissionens uppfattning angående den befintliga graden av insyn på marknaden, och kommissionen uppgav i detta hänseende att de största arrangörernas vertikala integration och deras affärsförbindelser med varandra ger dem möjlighet att få exakta och uppdaterade beräkningar av sina och konkurrenternas marknadsandelar. Emellertid anges inte i dessa skäl varför de integrerade researrangörerna är beroende av varandra och vad affärsförbindelserna till följd av den vertikala integrationen har för inverkan eller hur marknaden fungerar i detta avseende, med undantag för den ökade insynen.

287 Vidare uppgav kommissionen i skäl 142, vid bedömningen av koncentrationens inverkan, att det redan för närvarande finns ett visst ömsesidigt beroende mellan researrangörerna, vilket hänger samman med hur den allmänna kapacitetsnivån på marknaden en viss säsong påverkar marknadsvillkoren. Kommissionen tillade följande: "Härigenom skapas starka ekonomiska band mellan de stora arrangörerna." Det anges emellertid inte uttryckligen vilket slags ekonomiska band som avses i denna del, och det anges inte i det omtvistade beslutet vad starka ekonomiska band är. Kommissionen tycks i denna del av beslutet i vart fall inte

avse de handelsförbindelser som följer av den vertikala integrationen (det vill säga köpen av flygstolar av de övriga, och försäljningen av de övrigas semesterresor).

- 288 Av det anförda följer att kommissionen beträffande läget före koncentrationen inte undersökte i vilken mån de handelsförbindelser som fanns till följd av den vertikala integrationen och till följd av marknadens funktion stärkte de integrerade researrangörernas beroende av varandra, förutom med att ange att förbindelserna ökade insynen på denna marknad.
- 289 I avsaknad av analys av kommissionen som visar motsatsen, får det dock med hänsyn till omständigheterna på den relevanta marknaden före koncentrationen förutsättas att en integrerad researrangörs köp av flygstolar och försäljning av sina produkter hos en konkurrents bolag inte är ett större indicium på ömsesidigt beroende än på oberoende. Denna omständighet tycks endast höra till ekonomins normala funktion, där handel förhärskar och där de integrerade researrangörerna måste försöka att maximalt utnyttja kapaciteten och möjligheten att handla i en sektor med mycket höga fasta kostnader och begränsade vinstmarginaler. Såsom anges i det omtvistade beslutet, agerar de integrerade researrangörerna på tre marknader och handlar således på tre områden: Med charterflyg för närliggande resmål, med arrangemang av paketresor till närliggande resmål och med reseförsäljning på resebyråer. First Choice handlar i själva verket på ett fjärde område, nämligen med flygstolsförsäljning (se skäl 1 i det omtvistade beslutet). De ekonomiska spelreglerna i en företagskoncern medför att vart och ett av de företag som en integrerad researrangör består av försöker att uppnå så goda resultat som möjligt.
- 290 I detta avseende noterar rätten att kommissionen vid sin bedömning av koncentrationens inverkan inte tycks ha beaktat den inverkan som de ekonomiska spelreglerna för koncerner har, det vill säga att intäkterna maximeras genom att vinsterna maximeras i sin helhet på koncernnivå. I det omtvistade

beslutet anges dock (skäl 59) att researrangörernas marginaler har varit relativt låga, kring 7 procent under senare år, att vertikalt integrerade aktörer i gengäld normalt även har inkomster från flyg- och resebyråverksamheten och att marginalerna kan vara högre på dessa områden, särskilt för flygverksamheten. I det omtvistade beslutet medges även att detta medför att ”bruttomarginalerna från de integrerade aktörernas totala verksamhet kan vara större än marginalerna från enbart researrangörsverksamheten”.

291 Eftersom ekonomiska spelregler generellt sett gör det förmånligt att uppnå så stor synergieffekt som möjligt, skulle full optimering av fördelarna med den vertikala integrationen medföra ännu högre vinster för koncernens olika handelsområden (charter, paketresearrangemang och resebyråer.)

292 Även om de synergieffekter som koncentrationen skulle ge upphov till skulle uppgå till mindre än 1 procent av de totala kostnaderna i det nya företaget (det omtvistade beslutet, skäl 146), konstaterar rätten slutligen att det inte finns något indicium på att Airtours beslutade att betala priset (som i regel är dyrare vid ett fientligt anbud om uppköp) för First Choices aktier med förutsättningen att denna tunga investering skulle löna sig tack vare fördelarna med en varaktig kollektiv dominerande ställning.

293 Mot bakgrund av det anförda, och eftersom det saknas en mer precis bedömning av omfattningen av den ökade insynen på marknaden och av det ömsesidiga beroende mellan de stora researrangörerna som koncentrationen skulle medföra, finner rätten att kommissionen inte har styrkt att koncentrationen skulle förändra den relevanta marknadens struktur på så sätt att de största aktörerna skulle upphöra att agera som de tidigare har gjort och en kollektiv dominerande ställning skulle skapas.

D — *Allmänna slutsatser*

- 294 Mot bakgrund av det anförda måste slutsatsen dras att prognoserna i det omtvistade beslutet är långt ifrån grundade på säkra bevis och att en rad oriktiga bedömningar har gjorts i beslutet avseende faktorer som är väsentliga vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning skapas. Kommissionen förbjöd således koncentrationen utan att ha styrkt att den skulle leda till att de tre stora researrangörerna fick en kollektiv dominerande ställning som skulle kunna medföra att den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmades.
- 295 Talan skall således bifallas på den tredje grunden. Det omtvistade beslutet skall därför ogiltigförklaras utan att det finns skäl att pröva sökandens övriga invändningar och grunder.

Rättegångskostnader

- 296 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att svaranden skall förpliktas att bära sin rättegångskostnad och ersätta sökandens rättegångskostnad. Eftersom svaranden har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) **Kommissionens slutliga beslut K(1999)3022 av den 22 september 1999 om att förklara en företagskoncentration oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende IV/M.1524 — Airtours/First Choice) ogiltigförklaras.**

- 2) **Kommissionen skall bära sin rättegångskostnad och ersätta sökandens rättegångskostnad.**

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Vilaras

Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 juni 2002.

H. Jung

P. Lindh

Justitiesekreterare

Ordförande

II - 2694

Innehållsförteckning

| | |
|--|---------|
| Bakgrund och förfarande | II-2593 |
| Förfarandet och parternas yrkanden | II-2595 |
| Prövning i sak | II-2597 |
| Den första grunden: Oriktig definition av den relevanta produktmarknaden och överträdelse av artikel 253 EG | II-2597 |
| A — Det omtvistade beslutet | II-2597 |
| B — Definitionen av den relevanta produktmarknaden | II-2600 |
| Den andra grunden: Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och överträdelse av artikel 253 EG, då kommissionen vid bedömningen av förevarande fall tillämpade begreppet kollektiv dominerande ställning på ett nytt och felaktigt sätt | II-2609 |
| Den tredje grunden: Överträdelse av artikel 2 i förordning nr 4064/89, då kommissionen konstaterade att den anmälda företagskoncentrationen skulle skapa en kollektiv dominerande ställning, och överträdelse av artikel 253 EG | II-2611 |
| A — Allmänna överväganden | II-2611 |
| B — Det omtvistade beslutet | II-2615 |
| C — Kommissionens påstådda oriktiga bedömningar | II-2618 |
| 1. Inledande synpunkter | II-2619 |
| 2. Slutsatsen att företagskoncentrationen skulle ge de tre sista stora researrangörerna ett incitament att sluta konkurrera med varandra | II-2620 |
| a) Bedömningen av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna | II-2620 |
| i) Den påstådda tendensen till kollektiv dominans före den föreslagna koncentrationen | II-2622 |
| — De stora researrangörernas försiktiga hållning vid planeringen av kapaciteten och den särskilda hänsynen till huvudkonkurrenternas uppskattningar | II-2622 |

| | |
|--|-----------|
| — Bedömningen av den utveckling mot horisontell och vertikal integration som kännetecknar marknaden sedan rapporten av Monopolies and Mergers Commission offentliggjordes | II - 2625 |
| ii) Bedömningen av marknadsandelarnas historiska volatilitet | II - 2631 |
| iii) Slutsats angående bedömningen av den befintliga konkurrensen mellan de största researrangörerna | II - 2634 |
| b) Bedömningen av den tidigare och den prognosticerade utvecklingen av efterfrågan, efterfrågans volatilitet och graden av insyn på marknaden | II - 2634 |
| i) Bedömningen av den långsamma ökningen av efterfrågan | II - 2635 |
| ii) Bedömningarna av efterfrågans volatilitet | II - 2639 |
| iii) Bedömningen av graden av insyn på den relevanta marknaden | II - 2643 |
| iv) Slutsats angående bedömningen av den tidigare och den prognosticerade utvecklingen av efterfrågan, efterfrågans volatilitet och graden av insyn på marknaden | II - 2654 |
| c) Slutsats | II - 2655 |
| 3. Huruvida de av kommissionen åberopade avskräckande faktorerna inte är tillräckliga för att säkerställa sammanhållningen inom det påstådda dominerande oligopolet | II - 2655 |
| 4. Huruvida de små researrangörernas, de potentiella konkurrenternas och konsumenternas förutsägbara reaktion har underskattats som tillräcklig motvikt för att förhindra att det påstådda dominerande oligopolet blir stabilt | II - 2663 |
| a) De faktiska konkurrenternas — det vill säga de små researrangörernas — möjliga reaktion | II - 2664 |
| i) Inledande synpunkter i frågan om de små researrangörernas storlek | II - 2664 |
| ii) De små researrangörernas möjlighet att uppbringa ytterligare kapacitet | II - 2666 |
| iii) De små researrangörernas tillgång till flygstolar | II - 2670 |
| iv) De små researrangörernas tillgång till distributionen | II - 2678 |
| b) De potentiella konkurrenternas — det vill säga de övriga researrangörernas — möjliga reaktion | II - 2682 |
| c) Konsumenternas möjliga reaktion | II - 2685 |
| d) Slutsats | II - 2687 |
| 5. Bedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen | II - 2687 |
| D — Allmänna slutsatser | II - 2693 |
| Rättegångskostnader | II - 2693 |