

Sag T-342/99

Airtours plc mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber

»Konkurrence — forordning (EØF) nr. 4064/89 — beslutning, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet — annulationssøgsmål — det relevante marked — begrebet kollektiv dominerende stilling — bevis«

Rettens dom (Femte Udvidede Afdeling) af 6. juni 2002 II-2592

Sammendrag af dom

1. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — relevant marked — afgrænsning — kriterier — anvendelse på virksomhed med pakkerejser til udlandet (Rådets forordning nr. 4064/89)*

2. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — Kommissionens undersøgelse — konstateringer, der er nødvendige for at fastslå, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — forbindelse mellem den anmeldte fusion og den omhandlede kollektiv dominerende stilling — nærmere beskrivelse*
(Rådets forordning nr. 4064/89)
3. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — begreb*
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 3)
4. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — betingelser*
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2, stk. 3)
5. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — Kommissionens undersøgelse — omhyggelig undersøgelse af de omstændigheder, der findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet*
(Rådets forordning nr. 4064/89)
6. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — bevisbyrde*
(Rådets forordning nr. 4064/89)
7. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — Kommissionens undersøgelse — økonomiske vurderinger — skønsbeføjelse — domstolskontrol — grænser*
(Rådets forordning nr. 4064/89, art. 2)

8. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet— Kommissionens forpligtelse til i forbindelse med undersøgelsen at tage hensyn til den grad af konkurrence, der fandtes på det relevante marked på tidspunktet for anmeldelsen af fusionen*

(Rådets forordning nr. 4064/89)

9. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse eller styrkelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — forhold, der viser en hemmelig aftale mellem erhvervsdrivende — de historiske markedsandelenes stabilitet*

(Rådets forordning nr. 4064/89)

10. *Konkurrence — fusioner og virksomhedsovertagelser — bedømmelse af foreneligheden med fællesmarkedet — skabelse af en kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet — stabil efterspørgsel, der kun udviser små udsving — relevant forhold ved karakteriseringen af en kollektiv dominerende stilling*

(Rådets forordning nr. 4064/89)

1. En korrekt definition af det relevante marked er en nødvendig forudgående betingelse for vurderingen af virkningerne på konkurrencen af en virksomhedsfusion, der er anmeldt i medfør af forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser. Det relevante produktmarked for en transaktion skal herved defineres under hensyn til de økonomiske forhold under ét, således at den pågældende virksomheds eller de pågældende virksomheders faktiske økonomiske styrke kan vurderes, og det er hertil af betydning først at afgrænse de produkter, der, uden at kunne erstattes af andre, dog er tilstrækkeligt substituerbare i forhold til de produkter, virksomhederne tilbyder, ikke alene ud fra særlige karakteristika ved de omhandlede varer, men ligeledes under hensyn

til konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet.

(jf. præmis 19 og 20)

2. Når Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser undersøger en mulig kollektiv dominerende stilling, skal den afgøre, om skabelsen eller styrkelsen af en sådan stilling, der efter sin art mærkbart og varigt kan hindre den effektive konkurrence på markedet, er fusionens

direkte og umiddelbare virkning. Såfremt der ikke er en væsentlig ændring af den aktuelle konkurrence, skal transaktionen godkendes.

Ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal Kommissionen på grundlag af en analyse af den forventede situation på referencemarkedet vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne.

(jf. præmis 58 og 59)

transaktionen — under hensyn til det relevante markeds særlige kendetegn og den ændring af dets struktur, som gennemførelsen af denne transaktion indebærer — medfører, at hvert medlem af det dominerende oligopol (under hensyntagen til fælles interesser) finder det muligt, økonomisk rationelt og således hensigtsmæssigt varigt at vedtage samme adfærd på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurrence ville begrunde, uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis i artikel 81 EF's forstand, og uden at de aktuelle eller potentielle konkurrenter eller endog kunderne og forbrugerne kan reagere på effektiv vis.

Ved den fremtidsanalyse af markedet, der hører til enhver bedømmelse af en påstået kollektiv dominerende stilling, må en sådan stilling ikke alene betragtes statisk på et givet tidspunkt, nemlig tidspunktet for transaktionens gennemførelse og for de indførte ændringer i konkurrencestrukturen, men den skal ligeledes bedømmes dynamisk, navnlig for så vidt angår dens interne sammenhæng og stabilitet, ligesom det skal bedømmes, hvorvidt den konkurrencebegrænsende parallelle adfærd, som transaktionen kan medføre, kan oprettholdes på længere sigt.

3. Efter en fusion kan der således opstå en situation med kollektiv dominerende stilling, der på mærkbar vis hindrer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, når

(jf. præmis 61 og 192)

4. Tre betingelser skal være opfyldt for, at der som følge af en fusion kan skabes en situation med kollektiv dominerende stilling, der mærkbart hindrer den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller på en væsentlig del af dette:

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

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

fælles adfærd på markedet. Således er det kun, hvis alle medlemmer af det dominerende oligopol opretholder en parallel adfærd, at de kan drage fordel heraf. Denne betingelse indeholder derfor begrebet modangreb i tilfælde af adfærd, der afviger fra den fælles adfærd. I denne sammenhæng skal Kommissionen ikke nødvendigvis godtgøre, at der er fastsat en mere eller mindre streng egentlig »straffemekanisme«, men den skal under alle omstændigheder godtgøre, at der er tilstrækkelige afskrækkelsesfaktorer til, at hvert medlem af det dominerende oligopol ikke har interesse i at fravige den fælles adfærd på bekostning af de andre oligopolmedlemmer. For at en situation med kollektiv dominerende stilling er bæredygtig, skal der derfor være tilstrækkeligt med afskrækkelsesfaktorer for at sikre, at der varigt er en tilskyndelse til ikke at fravige den fælles adfærd, hvilket vil sige, at hvert medlem af det dominerende oligopol skal vide, at et stærkt konkurrencepræget tiltag fra vedkommendes side for at forøge markedsandelen vil udløse samme tiltag fra de andre parter, således at han ikke høster nogen fordel ved sin handling.

— For det tredje skal det også godtgøres, at de nuværende og potentielle konkurrenters forudsigelige reaktion samt forbrugernes reaktion ikke sår

tvivl om de forventede resultater af den fælles adfærd.

vende, der angiveligt er medlemmer af et dominerende oligopol, og intet større konkurrencepres, der eventuelt kunne udøves af de andre erhvervsdrivende.

(jf. præmis 62 og 195)

(jf. præmis 63)

5. Den fremtidsanalyse, som Kommissionen skal foretage ved fusionskontrollen for så vidt angår en kollektiv dominerende stilling, forudsætter en omhyggelig undersøgelse, bl.a. af omstændigheder, som i den konkrete situation findes relevante med henblik på vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencevilkårene på referencemarkedet.

7. De materielle bestemmelser i forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, navnlig artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol med udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner.

(jf. præmis 63)

(jf. præmis 64)

6. Der påhviler Kommissionen en stor bevisbyrde, når den finder, at en fusion eller virksomhedsovertagelse bør forbydes, fordi den vil skabe en situation med kollektiv dominerende stilling. Dette bevis skal navnlig vedrøre de forhold, der angives at spille en væsentlig rolle ved vurderingen af, om der kan skabes en kollektiv dominerende stilling, som f.eks. manglende effektiv konkurrence mellem de erhvervsdrivende.

8. Den grad af konkurrence, der fandtes på markedet på tidspunktet for anmeldelsen af en fusion eller virksomhedsovertagelse, er en afgørende omstændighed ved bestemmelsen af, om der eventuelt skabes en situation med kol-

lektiv dominerende stilling i henhold til forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser. Et af de spørgsmål, som Kommissionen skal undersøge ved vurderingen af, om der foreligger en kollektiv dominerende stilling, er således spørgsmålet om, hvorvidt den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt. Når der imidlertid ikke sker en væsentlig ændring af det hidtidige konkurrenceaniveau, skal transaktionen godkendes, fordi den ikke hæmmer konkurrencen.

(jf. præmis 82)

9. I forbindelse med karakteriseringen af en kollektiv dominerende stilling udgør de historiske markedsandele stabilitet et forhold, der er gunstigt for udviklingen af en stiltiende forståelse, idet den letter markedsopdelingen i stedet for en hård konkurrence, således at

hver erhvervsdrivende henholder sig til den markedsandel, han historisk råder over for at fastsætte produktionen i forhold hertil.

(jf. præmis 111)

10. Ifølge den økonomiske teori gør udsving i efterspørgslen det vanskeligere at skabe en kollektiv dominerende stilling. En stabil efterspørgsel, hvor der således kun er små udsving, udgør derimod et forhold, der er relevant ved karakteriseringen af en kollektiv dominans, idet efterspørgslen gør det lettere at opdage afvigelser i forhold til den fælles adfærd (dvs. snydery), eftersom det gøres muligt at skelne afvigelserne fra tilpasninger af kapaciteten, der skyldes væksten eller nedgangen på det ustabile marked.

(jf. præmis 139)