

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

4. juli 2006*

I sag T-177/04,

easyJet Airline Co. Ltd, Luton (Det Forenede Kongerige), først ved solicitors J. Cook, J. Parker og S. Dolan, derefter ved avocats M. Werner og M. Waha, solicitor L. Mills og avocats M. de Lasala Lobera og R. Malhotra,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Oliver, A. Bouquet og A. Whelan, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

Den Franske Republik ved G. de Bergues, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 11. februar 2004, hvorved fusionen mellem selskabet Air France og Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV erklæres forenelig med fællesmarkedet med forbehold af, at de givne tilsagn overholdes (sag COMP/M.3280 — Air France/KLM),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne N.J. Forwood og S. Papasavvas,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. november 2005,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

- ¹ I henhold til sin artikel 1 finder Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, som berigtiget (EFT 1990 L 257, s. 13, og som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 (EFT L 180, s. 1)) anvendelse på alle sammenslutninger af fællesskabsdimension som defineret i denne artikels stk. 2 og 3.
- ² Ifølge artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 skal sammenslutninger af fællesskabsdimension forud anmeldes til Kommissionen.
- ³ Artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89 bestemmer, at hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte sammenslutning ganske vist er omfattet af denne forordning, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den ikke at modsætte sig den, og erklærer den for forenelig med fællesmarkedet (herefter »fase I«).

4 Derimod bestemmer artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, at hvis Kommissionen konstaterer, at den anmeldte sammenslutning er omfattet af denne forordning og rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den at indlede proceduren (herefter »fase II«).

5 Artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 bestemmer:

»Hvis Kommissionen fastslår, at en anmeldt fusion efter ændringer foretaget af de deltagende virksomheder ikke længere rejser alvorlig tvivl som omhandlet i stk. 1, litra c), kan den beslutte at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet efter stk. 1, litra b).

Kommissionen kan til beslutninger vedtaget efter stk. 1, litra b), knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder indfrier de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.«

6 I henhold til artikel 6, stk. 3, litra b), i forordning nr. 4064/89 kan Kommissionen tilbagekalde den vedtagne beslutning, hvis de deltagende virksomheder undlader at efterkomme et til beslutningen knyttet påbud.

7 I meddelelse fra Kommissionen om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 (EFT 2001 C

68, s. 3, herefter »meddelelsen om løsninger«), har Kommissionen redegjort for de retningslinjer, som den agter at følge med hensyn til tilsagn, og anfører bl.a. følgende:

- Det påhviler parterne på overbevisende måde at dokumentere, at løsningerne genskaber betingelserne for en vedvarende effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet (punkt 6) og lige fra begyndelsen at fjerne enhver usikkerhed omkring den foreslåede løsnings art, omfang og rækkevidde samt sandsynligheden for, at det vil lykkes parterne at gennemføre den fuldt ud og i rette tid (punkt 7).

- Det grundlæggende mål med tilsagn er at sikre konkurrenceprægede markedsstrukturer; tilsagn af strukturel karakter, som f.eks. tilsagn om salg af et datterselskab, er principielt at foretrække, henset til det i forordning nr. 4064/89 definerede formål, for så vidt som et sådant tilsagn hindrer, at en dominerende stilling, som Kommissionen forud har påvist, skabes eller styrkes, uden at der i øvrigt kræves kontrolforanstaltninger på mellemlang eller lang sigt; imidlertid kan det ikke på forhånd udelukkes, at andre typer tilsagn også kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, og det skal så afgøres fra sag til sag, om sådanne tilsagn kan accepteres (punkt 9).

- De tilsagn, der afgives over for Kommissionen i fase I, skal være tilstrækkelige til klart at fjerne den »alvorlige tvivl«, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89 (punkt 11).

- Hvis en påtænkt fusion truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, der kan hæmme en effektiv konkurrence, er den mest virkningsfulde metode til at genoprette en effektiv konkurrence — bortset fra et forbud — at skabe de rette betingelser for oprettelse af en ny konkurrencedygtig enhed eller for styrkelse af de eksisterende konkurrenter gennem afhændelse af interesser (punkt 13).

- Afhændede aktiviteter skal bestå af et levedygtigt aktivitetsområde, som — under ledelse af en egnet køber — vedvarende kan konkurrere effektivt med den fusionerede enhed. Et levedygtigt aktivitetsområde er normalt et eksisterende område, som bortset fra en overgangsperiode kan fungere selvstændigt, dvs. uafhængigt af fusionsparterne med hensyn til levering af inputmaterialer eller andre former for samarbejde (punkt 14).

 - Der er tilfælde, hvor afhændelsespakkens levedygtighed — i betragtning af de aktiver, der indgår i aktivitetsområdet — i høj grad afhænger af køberens identitet. Under sådanne omstændigheder vil Kommissionen ikke godkende fusionen, medmindre parterne afgiver tilsagn om ikke at afslutte den anmeldte transaktion, før de har indgået en bindende aftale med en køber til den afhændede aktivitet, som Kommissionen har godkendt (punkt 20).

 - Afhændelse er måske nok den fortrukne løsning, men dog ikke den eneste løsning, der kan accepteres af Kommissionen. Der kan være situationer, hvor det er umuligt at afhænde et aktivitetsområde. Under sådanne omstændigheder må Kommissionen afgøre, om andre løsningstyper eventuelt har en tilstrækkelig virkning på markedet til at genoprette en effektiv konkurrence (punkt 26).
- 8 I Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, herefter »meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked«) hedder det, at konkurrence udsætter virksomhederne for tre store begrænsninger, nemlig efterspørgselssubstitution, udbudssubstitution og potentiel konkurrence. Ud fra et økonomisk synspunkt med henblik på definitionen af det relevante marked har efterspørgselssubstitution den mest umiddelbare og effektive disciplinerende indflydelse på leverandørerne af et givet produkt og især på deres prissætning (punkt 13).

Sagens faktiske omstændigheder

De berørte virksomheder

- 9 Den 11. februar 2004 ved afslutningen af fase I traf Kommissionen en beslutning, hvorved fusionen blev erklæret forenelig med fællesmarkedet med forbehold af, at de tilbudte tilsagn overholdes, i henhold til artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 (sag COMP/M.3280 — Air France/KLM) (EUT C 60, s. 5, herefter »den anfægtede beslutning«). Sagsøgeren er et lavprisluftfartsselskab med hjemsted i Det Forenede Kongerige, som tilbyder sine tjenesteydelser til attraktive priser til forskellige destinationer i Europa.
- 10 Air France er et luftfartsselskab med hjemsted i Frankrig, som hovedsageligt udøver sin aktivitet i tre sektorer, nemlig flytransport af passagerer, fragt og vedligeholdelse. Air France driver et stjerneformet rutenet, hvor de vigtigste knudepunkter for forbindelserne er lufthavnen Roissy-Charles-de-Gaulle (herefter »CDG«) for internationale flyvninger og lufthavnen Paris-Orly (herefter »Orly«) for indenlandske flyvninger. Air France er ligeledes et af de stiftende medlemmer af sammenslutningen SkyTeam; de øvrige medlemmer af denne sammenslutning er selskaberne Aeromexico, Alitalia, Continental Airlines, CSA Czech Airlines, Delta, Northwest Airlines og Korean Air.
- 11 KLM er et luftfartsselskab med hjemsted i Nederlandene, som hovedsagelig udøver sin aktivitet i fire sektorer, nemlig flytransport af passagerer, fragt, vedligeholdelsestjenesteydelser og charterflyvninger samt lavpriseruteflyvninger gennem sit datterselskab Transavia. KLM driver et stjerneformet net, hvis vigtigste knudepunkt er lufthavnen Amsterdam-Schiphol. KLM har indgået en aftale med Northwest Airlines, som hovedsageligt vedrører forbindelserne over Nordatlanten.

Den administrative procedure for Kommissionen

- 12 Den 18. december 2003 anmeldte Air France og KLM i henhold til forordning nr. 4064/89 en rammeaftale undertegnet den 16. oktober 2003 til Kommissionen. Denne aftale gik ud på, at Air France erhvervede samtlige KLM's økonomiske interesser og gradvist erhvervede den retlige kontrol med KLM. Air France skulle således først erhverve 49% af stemmerettighederne i KLM, hvilket gav Air France en vetoret med hensyn til de strategiske operationer, nemlig vedtagelse af en strategiplan, af budgettet og udnævnelse af KLM's direktører, og dernæst de øvrige stemmerettigheder (herefter »fusionen«).
- 13 Den 23. december 2003 rettede Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89 en begæring om oplysninger om fusionen til over 90 konkurrenter, herunder sagsøgeren. Den 14. januar 2004 fremsatte sagsøgeren sine bemærkninger.
- 14 Den 21. januar 2004 tilbød Air France og KLM i henhold til artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 tilsagn over for Kommissionen. Den 23. januar 2004 tilstillede denne de berørte tredjemænd disse tilsagn for at indhente deres bemærkninger. Den 30. januar og den 4. februar 2004 fremsatte sagsøgeren sine bemærkninger til de tilsagn, som parterne i fusionen havde tilbudt.
- 15 Den 11. februar 2004 ved afslutningen af fase I vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvorved den fandt, at fusionen var forenelig med fællesmarkedet, med forbehold af, at de tilbudte tilsagn blev overholdt.

De af Kommissionen accepterede tilsagn

¹⁶ For at ophæve den alvorlige tvivl, som fusionen havde givet anledning til med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet, tilbød Air France og KLM en række tilsagn med henblik på at løse konkurrenceproblemerne på 14 forbindelser, hvoraf 9 er beliggende i Europa (Paris-Amsterdam, Lyon-Amsterdam, Marseille-Amsterdam, Toulouse-Amsterdam, Bordeaux-Amsterdam, Milano-Amsterdam, Rom-Amsterdam, Venedig-Amsterdam og Bologna-Amsterdam). Tilsagnene, der er undergivet tilsyn af en befuldmægtiget, kan sammenfattes således:

- Tilsagn afgivet med hensyn til de korte forbindelser (eller de europæiske forbindelser): Den fusionerede enhed afgiver tilsagn om, uden økonomisk kompensation og i overensstemmelse med den i tilsagnene specificerede procedure, at stille en række ankomst- og afgangstidspunkter til rådighed i Amsterdam og/eller Paris og/eller Lyon og/eller Milano og/eller Rom og at tillade en eller flere nytilkomne at udføre daglige (nye eller supplerende) ruteflyvninger af passagerer på de nævnte europæiske forbindelser uden mellemlanding; for forbindelsen Paris-Amsterdam skal der overdrages indtil seks afgang dagligt, for forbindelsen Milano-Amsterdam indtil fire afgang dagligt, for forbindelserne Lyon-Amsterdam og Rom-Amsterdam indtil tre afgang dagligt og for forbindelserne Marseille-Amsterdam, Toulouse-Amsterdam, Bordeaux-Amsterdam, Venedig-Amsterdam og Bologna-Amsterdam indtil to afgang dagligt.

- Tilsagn afgivet for de lange ruter (eller interkontinentale ruter): der stilles ankomst- og afgangstidspunkter til rådighed i lufthavnene i Amsterdam og Paris for de lange ruter, der i den anfægtede beslutning er identificeret som dem, hvor der opstår konkurrenceproblemer.

- Tilsagn om betingelserne for frigivelse af ankomst- og afgangstidspunkter: De ankomst- og afgangstidspunkter, der frigives af den fusionerede enhed, vil ligge inden for et tidsrum, der ikke er mere end 90 minutter forskelligt fra det tidspunkt, som begæres af den nytilkomne for lange ruter og inden for et tidsrum, der ikke er mere end 30 minutter forskelligt fra det tidspunkt, som begæres af den nytilkomne for europæiske forbindelser; da CDG og Orly kan substitueres indbyrdes for europæisk passagerflyvning, kan de potentielle nytilkomne begære ankomst- og afgangstidspunkter i den ene eller den anden af disse lufthavne.

- Varigheden af tilsagnene om ankomst- og afgangstidspunkter er ubegrænset; den fusionerede enhed vil imidlertid have mulighed for at påberåbe sig klausulen om fornyet undersøgelse, såfremt usædvanlige omstændigheder eller radikale ændringer i markedsvilkårene, f.eks. et konkurrerende luftfartsselskabs beflyvning af en lang eller europæisk forbindelse, berettiger det; Kommissionen kan i så fald beslutte at ophæve, ændre eller erstatte et eller flere af de afgivne tilsagn; såfremt Kommissionen efter denne fornyede undersøgelse konkluderer, at den forpligtelse, der påhviler den fusionerede enhed til at frigive ankomst- og afgangstidspunkter på en bestemt rute, er bortfaldet, kan den nyankomne fortsat udnytte de tidligere modtagne ankomst- og afgangstidspunkter; hvis den pågældende ophører med at udnytte ankomst- og afgangstidspunkterne på en bestemt rute, skal disse tilbagegives til koordinatoren af ankomst- og afgangstidspunkter.

- Fastfrysning af afgang: Den fusionerede enhed forpligter sig til ikke at tilføje afgang på ruterne Paris-Amsterdam eller Lyon-Amsterdam, alt efter tilfælde, i en periode, der begynder med starten af den nye flytransportudbyders transaktioner på den pågældende rute; denne fastfrysning af afgang strækker sig over seks på hinanden følgende sæsoner som fastsat af International Air Transport Association (IATA); desuden forpligter den fusionerede enhed sig til dels ikke at tilføje afgang ud over i alt 14 om ugen på ruten Amsterdam-New-York (J.F. Kennedy-lufthavn), dels ikke at tilføje afgang på ruten Amsterdam-New-York (Newark lufthavn) i seks på hinanden følgende sæsoner som fastsat af IATA, som begynder med starten af den nye flytransportudbyders flyvning uden mellemlanding på denne rute.

- Interlining-aftaler: Hvis en nytilkommen begærer det, forpligter den fusionerede enhed sig til at indgå en interlining-aftale med denne for alle de i den anfægtede beslutning identificerede ruter.

- Specielle pro rata-aftaler: hvis en potentiel nytilkommen begærer det, forpligter den fusionerede enhed sig til at indgå en speciel pro rata-aftale med denne for flyvninger med reel afgang og ankomst i Frankrig og/eller i Nederlandene, på betingelse af, at en del af rejsen sker på ruten Paris-Amsterdam.

- Loyalitetsskabende program: Hvis en potentiel nytilkommen begærer det, tillader den fusionerede enhed denne at deltage i sit loyalitetsskabende program for de i den anfægtede beslutning identificerede ruter på samme betingelser som de øvrige deltagere i den sammenslutning, som den fusionerede enhed deltager i.

- Kombineret transport: Hvis et jernbaneselskab eller et andet landtransportselskab, der opererer mellem Frankrig og Nederlandene og/eller Italien og Nederlandene, anmoder herom, forpligter den fusionerede enhed sig til at indgå en aftale med denne om kombineret transport; i henhold til denne aftale varetager den fusionerede enhed flytransport af passagerer på en del af strækningen, og transporten på resten af strækningen varetages af partneren i den kombinerede transport.

- Sædefordelingsaftaler: På begæring fra et potentielt nytilkommet luftfartsselskab forpligter den fusionerede enhed sig til at indgå en sædefordelingsaftale med dette for flyvninger, der reelt har afgang- og ankomststed dels i Nederlandene dels i Marseille, Toulouse eller Bordeaux, på betingelse af, at en del af rejsen sker på ruten Paris-Amsterdam; sædefordelingsaftalen er baseret på et fast antal sæder og forbliver i kraft i mindst en hel sæson, således som fastsat af IATA; denne aftale dækker maksimalt dels 15% af pladserne på en bestemt afgang, dels 30 sæder på et fly.

- Forpligtelser vedrørende billetpriser: Hver gang den fusionerede enhed sænker en officiel billetpris på ruten Paris-Amsterdam, forpligter den sig til at gennemføre en lige så stor nedsættelse på den tilsvarende billetpris på ruten Lyon-Amsterdam, såfremt denne rute ikke beflyves af et konkurrerende luftfartsselskab.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 17 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. maj 2004 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.
- 18 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 24. september 2004 har Den Franske Republik fremsat begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Den 9. november 2004 har sagsøgeren fremsat begæring om, at visse oplysninger, som ifølge sagsøgeren er forretningshemmeligheder, bliver behandlet fortroligt. Ved kendelse af 17. december 2004 har formanden for Rettens Anden Afdeling tilladt Den Franske Republik at intervenere. Intervenienten har afgivet indlæg, og de øvrige parter har fremsat bemærkninger til dette indlæg inden for de fastsatte frister.
- 19 Da intervenienten ikke har fremsat indvendinger mod begæringen om fortrolig behandling, er en ikke-fortrolig version af de pågældende dokumenter blevet tilstillet denne, som det oprindeligt var bestemt i den nævnte kendelse af 17. december 2004.
- 20 Ved skrivelse af 26. oktober 2005 har intervenienten underrettet Rettens Justitskontor om, at intervenienten ikke havde til hensigt at deltage i retsmødet.

21 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under retsmødet den 23. november 2005.

22 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Kommissionen og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Begæringen om bevisoptagelse

24 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 3. oktober 2005 har sagsøgeren fremsat begæring om bevisoptagelse gående ud på, at Kommissionen fremlægger dels samtlige svar, der er modtaget på dens begæring om oplysninger af 23. december 2003, samt samtlige dokumenter, som er blevet tilstillet den af luftfartsselskaberne

Meridiana, Virgin Express og Volare, dels samtlige sine arbejdsdokumenter vedrørende de tilbudte tilsagn samt hele korrespondancen vedrørende disse med fusionens parter.

- 25 Retten finder, at denne begæring er en angivelse af beviser, der påberåbes. Ifølge artikel 48, stk. 1, i Rettens procesreglement kan parterne i replikken og duplikken anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender og skal begrunde, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt.
- 26 I det foreliggende tilfælde må det nødvendigvis konstateres, at sagsøgeren har fremsat begæring om bevisoptagelse næsten 11 måneder efter at have indgivet sin replik uden i denne forbindelse at forklare grundene til denne forsinkelse. Følgelig er sagsøgeren under retsmødet blevet opfordret til at begrunde, hvorfor begæringen først fremsættes på nuværende tidspunkt. I denne forbindelse har sagsøgeren forklaret, at denne forsinkelse skyldes, at sagsøgeren oprindeligt havde påtænkt at anlægge sag til prøvelse af Kommissionens beslutning, hvorved Kommissionen nægtede sagsøgeren adgang til de dokumenter, som denne ønskede at opnå. Skønt denne tøven med hensyn til valg af retsmidler kan forklare, at sagsøgeren ikke straks har fremsat sin begæring efter dette afslag, kan den dog ikke berettige, at sagsøgeren har ventet flere måneder med at handle i konsekvens heraf.
- 27 I øvrigt bemærkes, uafhængigt af, at denne begæring er fremsat sent, at Retten mener sig tilstrækkeligt oplyst af parternes dokumenter og mundtlige indlæg, til at den kan afsige dom i denne sag. Følgelig tages begæringen om bevisoptagelse ikke til følge.

Formaliteten

Parternes argumenter

- 28 Sagsøgeren hævder at være umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning. Da sagsøgeren er aktiv på de markeder, hvor den fusionerede enhed opererer, mener selskabet at være umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning. Sagsøgeren er ligeledes individuelt berørt, da selskabet er en af Air Frances og KLM's vigtigste konkurrenter på forskellige ruter, og da det også må anses for at være en potentiel konkurrent til Air France på andre ruter i Frankrig, navnlig ruterne til og fra CDG og Orly. Sagsøgeren har i øvrigt fremhævet, at selskabet har spillet en aktiv rolle under den administrative procedure, der har ført til den anfægtede beslutning, en deltagelse, som på baggrund af retspraksis individualiserer sagsøgeren på tilsvarende måde som denne beslutnings adressater (Rettens dom af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323, præmis 44).
- 29 Kommissionen finder det tvivlsomt, om nærværende søgsmål kan antages til realitetsbehandling, da sagsøgeren ikke er berørt af de ruter, som er påvirket af fusionen.

Rettens bemærkninger

Søgsmålskompetencen

- 30 Ifølge artikel 230, stk. 4, EF kan enhver fysisk eller juridisk person indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham »umiddelbart og individuelt«.

- 31 I det foreliggende tilfælde er sagsøgeren ikke en af parterne i fusionen og er således ikke adressat for den anfægtede beslutning. Det må følgelig undersøges, om sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af denne beslutning.
- 32 Da den anfægtede beslutning i nærværende sag muliggør en øjeblikkelig gennemførelse af fusionen, kunne den medføre en øjeblikkelig ændring af situationen på de berørte markeder. Da der ikke var tvivl om, at parterne i fusionen havde vilje til at gennemføre denne, kunne de virksomheder, som opererede på det eller de berørte markeder, på tidspunktet for den anfægtede beslutning anse det for givet, at der ville ske en øjeblikkelig eller hurtig ændring af markedet (jf. i denne retning Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 80). Det følger heraf, at sagsøgeren er umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning.
- 33 Der skal herefter tages stilling til, om sagsøgeren ligeledes er individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 34 Det fremgår af fast retspraksis, at andre personer end en beslutnings adressater kun vil kunne påstå, at de berøres individuelt, såfremt beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten for denne beslutning (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223, og af 23.5.2000, sag C-106/98 P, Comité d'entreprise de la Société française de production m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3659, præmis 39, samt Rettens dom af 27.4.1995, sag T-435/93, ASPEC m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1281, præmis 62).
- 35 Når der er tale om en beslutning, hvorved det fastslås, at en fusion er forenelig med fællesmarkedet, og når det drejer sig om en tredje virksomhed, skal det fastslås dels

på grundlag af dens deltagelse i den administrative procedure, dels på grundlag af påvirkningen af dens stilling på markedet, om den er individuelt berørt. Selv om den blotte deltagelse i proceduren naturligvis ikke i sig selv kan godtgøre, at sagsøgeren er individuelt berørt af beslutningen, især ikke når der er tale om fusioner, hvor en omhyggelig undersøgelse kræver regelmæssig kontakt med mange virksomheder, forholder det sig ikke desto mindre således, at den aktive deltagelse i den administrative procedure er et forhold, der jævnlige tages hensyn til i retspraksis på konkurrenceområdet, herunder også i forbindelse med fusionskontrollen, med henblik på i forening med andre specifikke omstændigheder at godtgøre, at sagen kan antages til påkendelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 391, præmis 24 og 25, og af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig mod Kommissionen, den såkaldte »Kali & Salz-sag«, Sml. I, s. 1375, præmis 54-56, samt Rettens dom af 19.5.1994, Air France mod Kommissionen, præmis 44-46, og af 3.4.2003, sag T-114/02, BaByliss mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 95).

³⁶ For det første bemærkes med hensyn til deltagelsen i den administrative procedure, at sagsøgeren aktivt har deltaget i denne, navnlig ved den 14. januar 2004 at besvare Kommissionens anmodning om oplysninger af 23. december 2003 og ved den 30. januar 2004 at fremsætte sine bemærkninger til indholdet af de af Air France tilbudte tilsagn. Desuden har sagsøgeren den 30. januar 2004 deltaget i en telefonisk drøftelse af de tilbudte tilsagn med Kommissionen og har den 4. februar 2004 besvaret Kommissionens spørgsmål om de tilsagn, som fusionens parter havde tilbudt.

³⁷ Hvad for det andet angår påvirkningen af sagsøgerens stilling på markedet fremgår det af de af sagsøgeren fremlagte dokumenter, som ikke bestrides af Kommissionen, at sagsøgeren er en af Air Frances vigtigste konkurrenter i Frankrig og på forskellige direkte ruter, f.eks. Paris-Marseille, Paris-Nice, Paris-London, og til KLM, på forskellige direkte ruter, herunder Amsterdam-Edinburgh, Amsterdam-London og Amsterdam-Nice. Desuden opererer sagsøgeren på ét af de markeder, hvor parterne i fusionen driver virksomhed, nemlig forbindelsen Amsterdam-Nice.

- 38 Følgelig er sagsøgeren individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 39 I betragtning af det foregående er sagsøgeren umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning og har således søgsmålskompetence til at anlægge sag til prøvelse af denne.

Søgsmålsinteresse

- 40 Med hensyn til sagsøgerens søgsmålsinteresse skal det bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at et annullationssøgsmål anlagt af en fysisk eller juridisk person kun kan admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den anfægtede retsakt annulleres (Rettens dom af 14.9.1995, forenede sager T-480/93 og T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 59, af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 40, og af 30.1.2002, sag T-212/00, Nuove Industrie Molisane mod Kommissionen, Sml. II, s. 347, præmis 33). Det skal herved godtgøres, at den pågældende har en eksisterende og faktisk interesse (Rettens dom af 17.9.1992, sag T-138/89, NBV og NVB mod Kommissionen, Sml. II, s. 2181, præmis 33), og interessen skal bedømmes på det tidspunkt, hvor søgsmålet er anlagt (Domstolens dom af 16.12.1963, sag 14/63, Forges de Clabecq mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 453, org. ref.: Rec. s. 719, på s. 748, og Rettens dom af 24.4.2001, sag T-159/98, Torre m.fl. mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 83, og II, s. 395, præmis 28). En sådan interesse foreligger kun, såfremt søgsmålet med sit resultat kan tilføre sagsøgeren en fordel (jf. Rettens dom af 28.9.2004, sag T-310/00, MCI mod Kommissionen, Sml. II, s. 3253, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 I det foreliggende tilfælde havde sagsøgeren på den dag, da sagen blev anlagt, en eksisterende og faktisk interesse i, at den anfægtede beslutning blev annulleret, da denne på visse betingelser tillader en fusion mellem to af sagsøgerens konkurrenter, der kan påvirke sagsøgerens forretningsmæssige situation. Det kan følgelig ikke bestrides, at sagsøgeren har søgsmålsinteresse med hensyn til den anfægtede beslutning. Dette resultat kan ikke drages i tvivl af det af Kommissionen anførte om, at der ikke er tale om søgsmålsinteresse med hensyn til det tredje og det femte

anbringende. Selv hvis det nemlig antages, at begrebet afvisning på grund af manglende søgsmålsinteresse skulle kunne anvendes selvstændigt på et enkelt anbringende, er det tredje og det femte anbringende i dette tilfælde rettet mod enkelte led i Kommissionens argumentation, som har foranlediget den til at medtage konklusionen i den anfægtede beslutning, og det er sidstnævnte, der berører sagsøgerens interesser.

42 Det følger af det foregående, at sagen kan antages til realitetsbehandling.

Realiteten

43 Sagsøgeren har fremført fem anbringender til støtte for annullationsøgsmålet. Med det første anbringende gør selskabet gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at undlade at undersøge styrkelsen af den fusionerede enheds dominerende stilling på ruter, hvor der ikke forelå nogen direkte eller indirekte overlapninger mellem fusionens parters aktiviteter. Med det andet anbringende har sagsøgeren anført, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at undlade at undersøge, om den fusionerede enheds dominerende stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser eventuelt er blevet styrket. Med sit tredje anbringende har sagsøgeren fremført den opfattelse, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at CDG og Orly kunne substituere hinanden. Med det fjerde anbringende har sagsøgeren anført, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at tage den fremtidige konkurrencesituation i betragtning for det tilfælde, at fusionen ikke gennemføres. Endelig har sagsøgeren med det femte anbringende gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, fordi tilsagnene er utilstrækkelige til at fjerne de alvorlige betænkeligheder, som Kommissionen har givet udtryk for med hensyn til spørgsmålet, om fusionen var forenelig med fællesmarkedet.

44 Ifølge fast retspraksis skal den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen foretager som led i sin skønsmæssige efter forordning nr. 4064/89, begrænse sig til en kontrol af, om

procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller er begået magtfordrejning (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolesence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101, og af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 151).

- ⁴⁵ Artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 bestemmer, at Kommissionen skal erklære en fusion uforenelig med fællesmarkedet, såfremt fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, og konkurrencen på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf hæmmes betydeligt som følge af, at en sådan position skabes eller styrkes. Omvendt skal Kommissionen erklære en fusion, der er omfattet af forordningen, forenelig med fællesmarkedet, såfremt disse to betingelser i den nævnte bestemmelse ikke er opfyldt. Såfremt en dominerende stilling ikke skabes eller styrkes, skal fusionen derfor tillades, uden at det er nødvendigt at undersøge dens virkninger for den effektive konkurrence (dom af 19.5.1994, Air France mod Kommissionen, præmis 79).
- ⁴⁶ Der skal tages stilling til sagsøgerens fem anbringender på baggrund af disse betragtninger.

Det første anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af, om den fusionerede enheds dominerende stilling er blevet styrket på de ruter, hvor der ikke forelå nogen overlappning mellem Air Frances og KLM's aktiviteter

Parternes argumenter

- ⁴⁷ Med hensyn til passagertransport ved ruteflyvning har sagsøgeren anført, at Kommissionen har afgrænset det relevante produktmarked på grundlag af parvise

kombinationer af afgangsstedet og ankomststedet (herefter »A&A-fremgangsmåden«), således at hver kombination udgør et særskilt marked ud fra et efterspørgselssynspunkt. Sagsøgeren mener derimod, at Kommissionen skulle have undersøgt udbuddet af »fritidsflyrejser« på et bredere grundlag end opdeling efter bypar inden for det »almindelige marked for fritid/ferie«.

48 Desuden er det sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen skulle have taget stilling til, om der var risiko for, at fusionen skabte eller styrkede en dominerende stilling på hele markedet i Den Europæiske Union. Følgelig har Kommissionen anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at undlade at undersøge fusionens virkninger på de ruter, hvor der ikke er overlapninger mellem Air Frances og KLM's aktiviteter. Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at Kommissionen ikke har kontrolleret, om de yderligere fordele ved fusionen samt forøgelsen af Air Frances net og betydning på internationalt plan bevirkede, at selskabets stilling blev styrket på disse ruter. Sagsøgeren mener således, at Kommissionen har fraveget sin praksis for vurdering af styrkelse af en dominerende stilling, således som den illustreres af flere beslutninger vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, hvori den har taget anmeldte koncentrationers større indvirkning på de forbundne markeder i betragtning, ud over den zone, hvor der er direkte overlapning (jf. i denne retning Kommissionens beslutning 2004/134/EF af 3.7.2001 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.2220 — General Electric mod Honeywell) (EUT 2004 L 48, s. 1)).

49 Det åbenbare urigtige skøn, som følger af denne undladelse i undersøgelsen af, om den fusionerede enheds dominerende stilling er blevet styrket, understreges yderligere af, at Kommissionen i henhold til artikel 81, stk. 3, EF har anerkendt de fordele, som gives forbrugerne af de fælles virksomheder eller de øvrige samarbejdsaftaler, der forener luftfartsselskaberne. I det foreliggende tilfælde er det sagsøgerens opfattelse, at den mulighed, der gives et luftfartsselskab eller en sammenslutning for at tilbyde konkurrencemæssige fordele, herunder bedre forbindelser, lavere priser, men også nye ruter, kan påvirke forbrugernes valg af luftfartsselskab eller sammenslutning. Kommissionen har imidlertid med urette anset disse fordele for at være gunstige for konkurrencen og ikke for at udgøre en styrkelse af en dominerende stilling.

- 50 Som eksempel har sagsøgeren med hensyn til forøgelsen af antallet af forbindelser gjort gældende, at passagerer, der ønsker at rejse fra Biarritz til Amsterdam, ikke har en direkte flyvning og må vælge mellem at rejse via lufthavnen i Clermont-Ferrand, Lyon, Paris eller Nice. Fusionen forstærker således ifølge sagsøgeren Air Frances stilling på markedet Biarritz-Amsterdam. De passagerer, der ønsker at rejse fra Biarritz til Amsterdam, vil nemlig være tilbøjelige til at rejse med Air France, fordi fusionen gør det muligt at forøge forbindelserne mellem disse fire lufthavne og Amsterdam. En tilsvarende argumentation kunne fremføres for ruten Brest-Amsterdam, hvor forøgelsen af forbindelserne som følge af fusionen har styrket Air Frances stilling.
- 51 Kommissionen er af den opfattelse, at markedet for tjenesteydelser inden for flytransport af passagerer i dette tilfælde skulle afgrænses ved at følge A&A-fremgangsmåden. Den har i denne forbindelse anført, at sagsøgeren ikke har præciseret, hvad denne forstod ved »fritidsflyrejser« eller ved »det almindelige marked for fritid/ferie«, og således har undladt klart at angive, hvad en fremgangsmåde, der havde til formål at afgrænse markedet på et bredere grundlag, skulle bestå i.
- 52 Med hensyn til virkningerne på de ruter, hvor der ikke er overlapninger, kan sagsøgeren efter Kommissionens opfattelse ikke blot hævde, at Kommissionen skulle have undersøgt dem, uden at præcisere, hvilke forbindelser det her drejer sig om. Desuden har hverken parterne i fusionen eller de tredjemænd, der er blevet hørt under den administrative procedure, givet udtryk for, at der var risiko for, at fusionen ville have konkurrencebegrænsende virkninger på de forbindelser, hvor der ikke er overlapninger, med undtagelse af dem, hvor Air France eller KLM var potentielle konkurrenter. Med hensyn til sagsøgerens udtalelser om ruten Biarritz-Amsterdam mener Kommissionen, at denne er et særskilt marked, og at undersøgelsen heraf bør være baseret dels på den potentielle konkurrence i form af direkte flyvninger mellem Biarritz og Amsterdam, dels på den aktuelle eller potentielle konkurrence på de indirekte ruter mellem disse destinationer. Denne undersøgelse viser imidlertid, at fusionen ikke begrænser konkurrencen, og en tilsvarende konstatering gælder for ruten Brest-Amsterdam. Efter Kommissionens opfattelse savner dette anbringende derfor grundlag.

53 Intervenienten har anført, at Kommissionen har defineret det relevante marked korrekt, og at sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke har undersøgt fusionens virkninger på de markeder, hvor der ikke er overlapninger, savner grundlag.

Rettens bemærkninger

54 Dette anbringende består af to led. For det første gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen ikke har undersøgt transaktionens konkurrencemæssige indflydelse på markedet »for fritidsflyrejser«. For det andet har sagsøgeren anført, at Kommissionen har undladt at undersøge fusionens virkninger på de markeder, hvor der ikke er overlapninger.

55 Ved afgørelsen af, om den påtænkte fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, skal Kommissionen først definere det relevante marked (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 32, og Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 46 og 64).

56 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen for at definere det relevante produktmarked foretaget en undersøgelse af substitutionen fra efterspørgselsiden. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at et produktmarked for tjenesteydelser inden for flybefordring af passagerer ifølge Kommissionen skal defineres efter A&A-fremgangsmåden. Efter denne fremgangsmåde skal hver rute mellem et afgangssted og et ankomststed anses for et særskilt marked. For at fastslå, om kombinationen af et afgangssted og et ankomststed udgør et relevant produktmarked, har Kommissionen med rette i niende betragtning til den anfægtede beslutning undersøgt de forskellige befordringsmuligheder, der tilbydes kunderne mellem disse to steder (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m.fl., Sml. s. 803, præmis 39-41, og dommen af 19.5.1994 i sagen Air France mod Kommissionen, præmis 84).

57 Retten har under retsmødet anmodet sagsøgeren om at afklare sin stillingtagen til afgrænsningen af markedet og herved angive, om sagsøgeren har til hensigt at bestride den af Kommissionen foretagne afgrænsning af markedet. Sagsøgeren har svaret benægtende og forklaret, at selskabet ikke havde til hensigt at bestride berettigelsen af den anvendte A&A-fremgangsmåde, men ønskede at fremhæve den omstændighed, at Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse skulle have foretaget sin konkurrencemæssige undersøgelse af andre relevante markeder, som skulle have været afgrænset anderledes.

— Den manglende undersøgelse af fusionens indvirkning på markedet for fritidsflyrejser

58 Det bemærkes, at i henhold til artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement skal stævninger indeholde en angivelse af søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være tilstrækkelig klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald på det således foreliggende grundlag kan tage stilling til sagen. Af retssikkerheds- og retsplejehensyn er det en forudsætning for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, eventuelt kortfattet, men dog på en sammenhængende og forståelig måde, fremgår af selve stævningen (jf. Rettens kendelse af 28.4.1993, sag T-85/92, De Hoe mod Kommissionen, Sml. II, s. 523, præmis 20, og Rettens dom af 29.1.1998, sag T-113/96, Dubois et Fils mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 125, præmis 29).

59 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke fremført nogen argumentation til støtte for sin udtalelse ud over omtalen af en manglende undersøgelse af fusionen med hensyn til »fritidsflyrejser«, hvilket marked sagsøgeren ikke klart har defineret i sine skriftlige indlæg. Sagsøgeren har nemlig blot anført, at forskellige destinationssteder var substituerbare for nogle passagerer, der ønskede at foretage en fritidsrejse. Sagsøgeren har imidlertid ikke beskrevet kendetegnene ved dette påståede marked. I mangel af en mere præcis afgrænsning af det marked, som sagsøgeren hævder eksisterer, er det umuligt for Retten at tage stilling til, om Kommissionen skulle have undersøgt det.

- 60 Følgelig må det nødvendigvis konkluderes, at kravene i procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), ikke er opfyldt i dette tilfælde.
- 61 Under alle omstændigheder finder Retten, at sagsøgeren ikke har godtgjort, hvorledes en afgrænsning af markedet baseret på A&A-fremgangsmåden, som i vidt omfang omfatter de ruter, der vedrører »fritidsflyrejser«, ikke skulle gøre det muligt at undersøge samtlige konkurrenceproblemer, som fusionen kan give anledning til.
- 62 Følgelig kan anbringendets første led ikke antages til realitetsbehandling.

— Den manglende undersøgelse af fusionens indvirkning på de markeder, hvor der ikke er nogen overlapning

- 63 Det bemærkes, at Kommissionen, navnlig i henhold til artikel 2 i forordning nr. 4064/89, skal undersøge de konkurrencemæssige virkninger på markeder, for hvilke der består en risiko for, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, som kan hæmme konkurrencen på afgørende måde. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at en fusion kan fremkalde sådanne virkninger på markeder, hvor der ikke foreligger nogen overlapning mellem de aktiviteter, der udøves af parterne i en fusion.
- 64 Selv om den konkurrencemæssige undersøgelse, som Kommissionen foretager, delvis ledes af de betænkeligheder, som er blevet rejst af tredjemænd, der er blevet hørt under den administrative procedure, skal denne, selv uden nogen udtrykkelig tilskyndelse fra disse tredjemænd, men i lyset af tungvejende indicier, påvise de konkurrencemæssige problemer, som fusionen skaber på samtlige markeder, der kan blive berørt deraf.

- 65 Ikke desto mindre bemærkes, at når det gøres gældende, at Kommissionen ikke har taget et eventuelt konkurrencemæssigt problem i betragtning på markeder, hvor der ikke er nogen overlapning mellem de aktiviteter, der udøves af parterne i en fusion, påhviler det sagsøgeren at tilvejebringe tungvejende indicier, som konkret kan godtgøre, at der foreligger et konkurrencemæssigt problem, som på grund af sin virkning skulle have været undersøgt af Kommissionen.
- 66 For at opfylde dette krav påhviler det sagsøgeren at identificere de relevante markeder, at beskrive konkurrencesituationen uden fusionen og at angive, hvad der ville være de sandsynlige virkninger af en fusion med hensyn til konkurrencesituationen på disse markeder.
- 67 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren blot anført, at Kommissionen med urette har begrænset sin konkurrencemæssige undersøgelse til de markeder, på hvilke der var direkte og indirekte overlappinger mellem fusionens parters aktiviteter, og undlod at underbygge sin argumentation. Sagsøgeren har nemlig blot fremhævet, at Air France har et monopol på 27 af 42 indenlandske ruter fra Paris, at selskabet råder over 61,8% af den samlede kapacitet for ruter, der udgår fra Frankrig, og at det besidder 53% af det samlede antal ankomst- og afgangstidspunkter, der er til rådighed i Orly, samt 74% af dem, der er til rådighed i CDG.
- 68 Dette talmateriale er dog utilstrækkeligt til at konkludere, at der er grundlag for sagsøgerens udtalelser om de markeder, hvor der ikke er overlappinger, fordi sagsøgeren har undladt at identificere dem klart.
- 69 Med hensyn til de af sagsøgeren fremførte eksempler vedrørende passagerer, der ønsker at rejse fra Brest eller Biarritz til Amsterdam, og som ville være tilbøjelige til at vælge Air France på grund af det øgede antal forbindelser som følge af fusionen, har sagsøgerens bevisførelse begrænset sig til en henvisning til denne blotte konstatering, som på ingen måde er underbygget med beviskræftige faktiske omstændigheder. Desuden bemærkes, som Kommissionen har påvist, at der ved

undersøgelsen af markedet skal tages hensyn dels til den potentielle konkurrence på direkte flyvninger mellem Biarritz eller Brest og Amsterdam, dels til den aktuelle eller potentielle konkurrence på indirekte flyvninger mellem de samme byer. Ifølge Kommissionen er der imidlertid intet konkret bevis for, at Air France og KLM var potentielle konkurrenter på ruten Biarritz-Amsterdam for direkte flyvninger, eller for, at KLM kunne betegnes som en potentiel konkurrent til Air France på indirekte flyvninger mellem disse byer.

- 70 Desuden har Kommissionen med hensyn til ruten Brest-Amsterdam, uden at blive modsagt på dette punkt af sagsøgeren, fremhævet, at der ikke var nogen direkte flyvning, således at passagererne måtte rejse via Lyon, Marseille, Nice eller Paris. I denne forbindelse bemærkes, at det erkendes i den anfægtede beslutning, at markederne Lyon-Amsterdam, Marseille-Amsterdam og Paris-Amsterdam rejste konkurrencemæssige problemer, og at der var blevet tilbudt tilsagn for at afhjælpe disse. Med hensyn til markedet Nice-Amsterdam, som kun vedrører et ringe antal passagerer, fremgår det af den anfægtede beslutning, at KLM og dets datterselskab Basiq Air konkurrerer med sagsøgeren, som har en betydelig markedsandel på denne rute. Omvendt har Air France kun én forbindelse med flyskift og har på denne rute en markedsandel på under 1% (betragtning 79 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har følgelig antaget, at denne rute ikke gav anledning til konkurrenceproblemer.
- 71 Retten finder, at sagsøgeren ikke har fremført nogen omstændighed, der kan godtgøre, at disse konstateringer er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.
- 72 Endelig kan den omstændighed, at Kommissionen angiveligt har erkendt de fordele, som de fælles virksomheder eller samarbejdsaftalerne mellem luftfartsselskaberne giver forbrugerne, jf. artikel 81, stk. 1 og 3, EF, ikke godtgøre, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn. En fusionstransaktion kan nemlig, ligesom en aftale mellem konkurrenter, der er fritaget efter artikel 81, stk. 3, EF, skabe betydelige konkurrencemæssige fordele, som forbrugerne kan drage fordel af. I denne forbindelse bemærkes, at fusionskontrollen ikke er baseret på et forbud mod sådanne fordele, men på ønsket om at undgå, at der på nogen måde skabes eller

styrkes en dominerende stilling, der har til følge, at en effektiv konkurrence i betydelig grad bliver hindret på fællesmarkedet. Muligheden for som følge af fusionen at kunne tilbyde passagererne ydelser til en mere fordelagtig pris kan kun i grænsetilfælde være en eventuel indikator for, at der er skabt eller styrket en dominerende stilling, f.eks. i tilfælde af, at den fusionerede enhed skulle have til hensigt eller være i stand til at praktisere ublu priser.

- 73 Det bemærkes, at da sagsøgeren i det foreliggende tilfælde ikke har påvist konkret, at den fusionerede enhed vil være i stand til at tilbyde passagererne attraktive konkurrencemæssige fordele på andre markeder, som sagsøgeren i øvrigt ikke definerer, er det ikke godtgjort, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling og i tilknytning hertil gøres indgreb i konkurrencen som følge heraf på de nævnte markeder.
- 74 Retten finder derfor, at sagsøgeren ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at lade sin undersøgelse omfatte de markeder, hvor der ikke er overlapninger.
- 75 Det følger heraf, at anbringendets andet led og dermed det første anbringende i sin helhed bør forkastes.

Det andet anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af styrkelsen af den fusionerede enheds dominerende stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser

Parternes argumenter

- 76 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har undladt at tage hensyn til Air Frances og KLM's egenskab af købere af lufthavnstjenesteydelser, skønt dens beslutnings-

praksis går ud på at undersøge virkningerne af en fusion på markederne for køb (Kommissionens beslutning 97/277/EF af 20.11.1996 om en fusions uforenelighed med fællesmarkedet (sag IV/M.784 — Kesko/Tuko) (EFT 1997 L 110, s. 53), Kommissionens beslutning 97/816/EF af 30.7.1997 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas) (EFT L 336, s. 16) og Kommissionens beslutning 1999/674/EF af 3.2.1999 vedrørende en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag (IV/M.1221 — Rewe/Meinl) (EFT L 274, s. 1)). I det foreliggende tilfælde er det forudliggende marked markedet for tjenesteydelser knyttet til lufthavnsfaciliteter, for hvilke der skal betales en afgift; det drejer sig om tjenesteydelser i form af drift og vedligeholdelse af start- og landingsbaner, brug af rullebaner og forpladser samt indflyvningskontrol for civile fly (Kommissionens beslutning 2008/521/EF af 26.7.2000 i henhold til EF-traktatens artikel 86, stk. 3 (EFT L 208, s. 36)).

77 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har erkendt i den anfægtede beslutning, at den har taget de af konkurrenterne fremførte betænkeligheder i betragtning, navnlig om, at der er tale om en dominerende stilling på knudepunkterne (betragtning 161 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har således krævet, at der blev afgivet visse tilsagn for at afhjælpe den dominerende stilling, som Air France har på knudepunktet i Paris. Med denne fremgangsmåde har Kommissionen stiltiende antaget, at fusionen kunne styrke Air Frances stilling i CDG og i Orly på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser.

78 Sagsøgeren har gjort gældende, at CDG og Orly domineres af Air France, og har i øvrigt fremhævet, at Aéroports de Paris (herefter »AdP«), som administrerer disse lufthavne og tildeler ankomst- og afgangstidspunkter, og Air France var offentlige virksomheder. I denne forbindelse har sagsøgeren henvist til, at de organer, der varetager tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter, kan anses for at udøve erhvervmæssig virksomhed (Rettens dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. II, s. 3929, præmis 121). Kommissionen har imidlertid ikke taget i betragtning, at fusionen kan medføre, at der skabes eller

styrkes en dominerende stilling på et marked for køb af lufthavnstjenesteydelser, f. eks. markedet i Paris, der domineres af AdP.

- 79 Kommissionen har anført, at sagsøgeren for første gang under denne sag påberåber sig, at der findes et marked for køb af lufthavnstjenesteydelser, idet dette spørgsmål aldrig er blevet rejst under den administrative procedure. Desuden har den bemærket, at sagsøgeren ikke har præciseret, hvad selskabet forstår ved »lufthavnstjenesteydelser«, men har begrænset sig til at påberåbe sig argumenter vedrørende tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter. Der henvises på ingen måde til lufthavnstjenesteydelser, således som de i almindelighed forstås, nemlig f.eks. restaurationstjenesteydelser og indflyvningsbistand. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at argumenterne ikke bør behandles, og har fremhævet, at der ikke er beviser for, at markedet for disse tjenesteydelser skulle være genstand for dens undersøgelse.
- 80 For det første har Kommissionen anført, at det er almindeligt kendt, at ankomst- og afgangstidspunkter er nødvendige for at udføre tjenesteydelser inden for flytransport. Den har følgelig anført, at der ikke var nogen grund til at anse disse tjenesteydelser for en særskilt virksomhed. Desuden er tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter ifølge Kommissionen en administrativ og ikke en erhvervs-mæssig virksomhed, således at AdP handlede som offentlig myndighed og ikke som virksomhed. Desuden er det organ, der er ansvarligt for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Frankrig for koordinerede lufthavne, Association pour la coordination des horaires (COHOR), og ikke AdP, som sagsøgeren hævder. Endvidere kan hverken den fusionerede enhed eller nogen anden virksomhed udøve nogen kontrol over de organer, der skal varetage tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter, som kan anses for at være en dominerende stilling som omhandlet i forordning nr. 4064/89 eller artikel 82 EF.
- 81 For det andet mener Kommissionen med hensyn til de tjenesteydelser, der defineres som tjenesteydelser knyttet til adgangen til lufthavnsfaciliteter, for hvilke der betales en afgift, at det ikke er tilstrækkeligt, at sagsøgeren godtgør, at der består et sådant marked; sagsøgeren må ydermere bevise, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at lade sin undersøgelse omfatte dette marked.

Rettens bemærkninger

82 Dette anbringende indeholder to led. For det første gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen har undladt at undersøge styrkelsen af den fusionerede enheds stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser, som sagsøgeren definerer som markedet for tjenesteydelser knyttet til faciliteter, f.eks. drift og vedligeholdelse af start- og landingsbaner, brug af rullebaner og forpladser samt indflyvningskontrol for civile fly, for hvilke der betales en afgift. For det andet har sagsøgeren anført, at Kommissionen har undladt at undersøge, hvilken kommerciel indflydelse den fusionerede enhed eventuelt kan udøve på AdP.

83 Parterne er under retsmødet blevet anmodet om at udtale sig om, hvorvidt disse tjenesteydelser udgør et eller flere relevante markeder, som må skelnes fra dem, der defineres efter A&A-fremgangsmåden. Kommissionen, som ikke er blevet modsagt af sagsøgeren på dette punkt, har anført, at disse tjenesteydelser udgjorde flere relevante markeder, som er forskellige fra dem, der defineres efter den nævnte fremgangsmåde.

— Den manglende hensyntagen til styrkelsen af den dominerende stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser

84 Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde begrænset sig til blot at postulere, at der består et særskilt marked for tjenesteydelser knyttet til adgangen til lufthavnsfaciliteter, for hvilke der betales en afgift, og på hvilket den fusionerede enhed angiveligt har en forøget købekraft, uden at føre det mindste bevis for, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, der kan hindre konkurrencen på dette marked.

- 85 Sagsøgeren er under retsmødet blevet anmodet om at angive, på hvilken måde fusionen efter sagsøgerens opfattelse skulle medføre en styrkelse af en dominerende stilling på det pågældende marked, da sagsøgerens skriftlige indlæg er mangelfulde på dette punkt. Retten finder imidlertid, at sagsøgeren ikke har været i stand til at fremføre relevante oplysninger, der kan godtgøre, at der er tale om en sådan styrkelse, og dermed om et åbenbart urigtigt skøn, der kan tilregnes Kommissionen i denne forbindelse.
- 86 For fuldstændighedens skyld skal Retten bemærke, at det anføres i betragtning 73 til den anfægtede beslutning, at parterne i fusionen »i forhold til deres konkurrenter har stordriftsfordele i de to lufthavne [...] samt en stærkere position i prisforhandlinger med eksterne leverandører med hensyn til ingeniørvirksomhed, indflyvningskontrol, lufthavnsanlæg osv.« Det følger ifølge den anfægtede beslutning heraf, at »den fusionerede enhed har en meget stærk position på denne forbindelse mellem trafikknudepunkter«, nemlig Paris og Amsterdam.
- 87 Kommissionen har altså erkendt de konkurrencemæssige virkninger, som fusionen kan få på trafikknudepunkter. At Kommissionen har anset det for fastslået, at der er konkurrenceproblemer med hensyn til de forretningsaktiviteter, som fusionens parter udøver på knudepunkterne, uden at fortage en præcis undersøgelse af disse markeder, kan ikke være et åbenbart urigtigt skøn, som kan rejse tvivl om den anfægtede beslutnings lovlighed. Denne konstatering har nemlig foranlediget Kommissionen til at acceptere tilsagn, hvis tilkendegivne formål var at afhjælpe den fusionerede enheds forøgede vægt, samlet set, og navnlig i forbindelse med anerkendelsen af en dominerende stilling, på trafikknudepunkterne.
- 88 Følgelig bør anbringendets første led forkastes.

— Den fusionerede enheds styrkede indflydelse over for AdP

89 Sagsøgeren hævder, at AdP, som ifølge sagsøgeren navnlig skal varetage tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter, kan blive påvirket af den fusionerede enheds dominerende stilling i Paris.

90 For det første bemærkes med hensyn til tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter, at denne på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var omfattet af Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18. januar 1993 om fælles regler for tildeling for ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne (EFT L 14, s. 1). Denne forordnings artikel 4 bestemte følgende:

»[...] Medlemsstaten indestår for, at koordinatoren udfører sit arbejde i henhold til denne forordning på en uafhængig måde [...] Koordinatoren udøver sin funktion [...] på en neutral og gennemsigtig måde uden nogen form for forskelsbehandling [...], er ansvarlig for tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter [...] og] overvåger anvendelsen af ankomst- og afgangstidspunkter [...]«

91 Det følger af det foregående, at tildelingen af ankomst- og afgangstidspunkter er omfattet af forordningsbestemmelser, som i princippet forhindrer, at det organ, der varetager tildelingen, giver den fusionerede enhed en fortrinsstilling ved at give den flere ankomst- og afgangstidspunkter end dens konkurrenter. I denne forbindelse har sagsøgeren og Kommissionen under retsmødet anført, at de ikke ønsker at udtale sig om den kompetente enheds faktiske identitet (AdP eller COHOR).

92 I øvrigt må det nødvendigvis konstateres, at sagsøgeren ikke har fremført nogen relevant omstændighed, der kan godtgøre, at parterne i fusionen i dette tilfælde på den ene eller den anden måde kan udøve indflydelse på dette organ.

- 93 For det andet bemærkes, at der i almindelighed sondres mellem AdP's rent administrative opgaver, herunder politiarbejde, og virksomhed inden for forvaltning og drift af de parisiske lufthavne, for hvilken der betales afgifter, der opgøres på grundlag af omsætningen (dommen i sagen Aéroports de Paris mod Kommissionen, præmis 112). Det kan således ikke bestrides, at AdP varetager to væsentlige forskellige former for virksomhed, dels såkaldt »offentlig servicevirksomhed«, dels forretningsvirksomhed, som nødvendigvis er omfattet af konkurrencereglerne. Følgelig kan den omstændighed, at Air France og AdP var to offentlige virksomheder, ikke give grundlag for en formodning om et kartel, som sagsøgeren synes at underforstå.
- 94 På baggrund af det foregående bør anbringendets andet led og dermed det andet anbringende i sin helhed forkastes.

Det tredje anbringende om et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til substituerbarheden mellem CDG og Orly

Parternes argumenter

- 95 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens argumentation om substituerbarheden mellem CDG og Orly. I betragtning af disse lufthavnes placering har sagsøgeren anført, at CDG ligger næsten dobbelt så langt fra Paris' centrum som Orly (30 km mod 18 km), og at Orly ligger syd for Paris' centrum og CDG nordøst for dette. Desuden mener sagsøgeren, at da Orly er en mindre lufthavn, tager det her kortere tid end i CDG at stå af et fly og nå frem til steder, hvor der er forbindelse med andre transportmidler. Følgelig er det hurtigere at rejse til Paris' centrum fra Orly.

96 Sagsøgeren har gjort gældende, at størstedelen af de luftfartsselskaber, som foretager langdistanceflyvninger og driver virksomhed via net, har koncentreret deres aktiviteter i CDG, da Orly mere er beregnet til kort europæisk og indenlandsk kortdistancetrafik. Ifølge sagsøgeren behandler CDG betydelige mængder transit mellem fly, mens Orly er en ældre lufthavn og således mindre godt udstyret til at betjene sådanne mængder. Også Air France koncentrerer sine interkontinentale langdistanceflyvninger i CDG og anvender Orly til sine indenlandske flyvninger. Følgelig er det nødvendigt at afrejse fra CDG for at have adgang til interkontinentale flyvninger, da de selskaber, der driver virksomhed i net, er etableret dér. Da lufthavnsafgifterne desuden er betydeligt højere end i Orly, er lavprisselskaberne således mere tilbøjelige til at drive virksomhed fra Orly. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen selv har erkendt, at en stor del af forbrugerne ikke anser de to lufthavne for indbyrdes substituerbare (betragtning 28 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har anført, at skønt Kommissionen har erklæret, at lufthavnes substituerbarhed må tages i betragtning, såvel med hensyn til efterspørgsel som med hensyn til udbud, har den dog ikke ved sin undersøgelse af situationen anset lufthavnene for direkte leverandører af tjenesteydelser til luftfartsselskaberne. Kommissionen har således ikke draget den konklusion, som følger deraf, nemlig at luftfartsselskaberne som forbrugere af lufthavnstjenesteydelser har forskellige behov, alt efter om der er tale om rutenetselskaber som f.eks. Air France eller om lavprisselskaber.

97 Kommissionen har henvist til, at en anerkendelse af substituerbarhed mellem CDG og Orly vil gøre det muligt for potentielle nytilkomne at ansøge om ankomst- og afgangstidspunkter i den ene eller den anden af disse lufthavne (punkt 1.3.9 i tilsagnspakken). Under disse omstændigheder er den anfægtede konklusion på ingen måde bebyrdende for sagsøgeren, da denne ikke har nogen retlig interesse i at påberåbe sig dette anbringende, som følgelig må afvises (dommen i sagen NBV og NVB mod Kommissionen, præmis 31 ff.).

98 Med hensyn til anbringendets realitet er den omstændighed, der er afgørende for, om den geografiske substituerbarhed kan anerkendes, ikke de to lufthavnes afstand fra Paris' centrum, men den tid, der er nødvendig for at begive sig dertil. I modsætning hvad sagsøgeren lader forstå, betjenes CDG fyldestgørende af offentlig transport, og begge lufthavne er i øvrigt lige godt forbundet med Paris' centrum.

Desuden bestrider Kommissionen ikke sagsøgerens argumenter om, at CDG hovedsagelig benyttes til langdistanceflyvninger, mens Orly i det væsentlige koncentrerer sig om kortdistanceflyvninger. Ikke desto mindre drejer disse argumenter sig om udbuddet, som er et mindre væsentligt kriterium end efterspørgslen ved afgørelsen af, om der er tale om substituerbarhed.

Rettens bemærkninger

- ⁹⁹ Som Kommissionen har anført i meddelelsen om afgrænsningen af markedet, findes der tre hovedårsager til de konkurrencebegrænsninger, som virksomhederne udsættes for, nemlig efterspørgselssubstitution, udbudssubstitution og potentiel konkurrence. Ved afgrænsning af det relevante marked har efterspørgselssubstitution ud fra et økonomisk synspunkt den mest umiddelbare og effektive disciplinerende indflydelse på leverandørerne af et givet produkt og især på deres prissætning (punkt 13). Substituerbarhed må således tages i betragtning, ikke blot ud fra et udbudssynspunkt, men ligeledes ud fra et efterspørgselssynspunkt, som i princippet er og bliver det mest effektive vurderingskriterium.

— De to lufthavnes beliggenhed

- ¹⁰⁰ Som Kommissionen har fremhævet, er den afgørende omstændighed ved vurderingen af substituerbarheden mellem CDG og Orly set fra efterspørgselssiden ikke den afstand, der er mellem et udgangspunkt og de to lufthavne, men den tid, der kræves for at nå til disse fra dette punkt. Sagsøgeren har ikke fremført nogen omstændighed, der kan godtgøre, at dette kriterium ikke er en væsentlig indikator for, om der foreligger geografisk substituerbarhed.

- 101 Sagsøgeren kan ikke i det foreliggende tilfælde bestride den omstændighed, at transporttiden til disse to lufthavne er den samme, da selskabet selv har fremført, at det tager 33 minutter (i RER B-tog) at nå CDG fra boulevard Saint-Michel og 30 minutter at nå til Orly (i RER B-tog eller med Orlyval-linjen). Sagsøgerens argument — hvorefter denne transporttid for at nå til Paris' centrum varierer alt efter de to lufthavne på grund af den tid, der medgår fra flyets landing til at nå frem til andre transportmidler — støttes herved ikke af nogen beviskraftig faktisk omstændighed.
- 102 Følgelig har sagsøgeren ikke godtgjort, at Kommissionen har begået nogen åbenbar fejl ved at anerkende, at de to lufthavne er substituerbare, fordi det ikke gør nogen forskel for forbrugeren, om denne begiver sig til CDG eller Orly for at nå et fly, eller om denne begiver sig til Paris' centrum fra den ene eller den anden af de to lufthavne.

— Den type flyvninger, der varetages fra de to lufthavne

- 103 Hvad for det første angår substituerbarheden set fra efterspørgselssiden har Kommissionen anført, at for de passagerer, der rejser fra et givet punkt til et andet, og som både omfatter passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren, og passagerer, der ikke gør det, var CDG og Orly indbyrdes substituerbare, fordi de betjente det samme område og rådede over sammenlignelige adgangsfaciliteter (betragtning 29 til den anfægtede beslutning).
- 104 Det bemærkes, at Kommissionen ved undersøgelsen af de to lufthavnes substituerbarhed skal tage efterspørgslen som helhed i betragtning, da kunder, som ikke lægger vægt på tidsfaktoren, stiller andre krav, fordi de er mere fleksible. Kommissionen kunne således antage, at CDG og Orly for mange forretningskunder ikke var substituerbare, da Orly tilbyder færre omstigningsmuligheder (betragtning 28 til den anfægtede beslutning). Forretningskundernes egne forventninger har

således foranlediget Kommissionen til at antage, at der fandtes »undermarkeder«, alt efter om passagererne lægger vægt på tidsfaktoren eller ikke. Imidlertid kan disse betragtninger, som specielt gælder for nogle forretningskunder, som kun repræsenterer en del af efterspørgslen, ikke rejse tvivl om konklusionen vedrørende substituerbarheden. Dels har Kommissionen udtrykkeligt erkendt denne passagergruppes særlige krav. Dels har sagsøgeren ikke fremført nogen omstændighed, der kan godtgøre, at forventningerne hos de passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren, som svarer til de fleste forretningskunders forventninger, skulle have haft forrang for forventningerne hos andre kunder, som ikke lægger vægt på tidsfaktoren, og som anser de to lufthavne for substituerbare.

105 Med hensyn til det af sagsøgeren anførte om, at Kommissionen ikke har taget i betragtning, at luftfartsselskaberne som kunder og dermed som forbrugere af lufthavnstjenesteydelser har forskellige behov, alt efter om der er tale om luftfartsselskaber med rutenet eller lavprisselskaber, således at de to lufthavne ikke kan anses for substituerbare, bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremført beviskraftige oplysninger, der kan forklare denne opfattelse.

106 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har fremført nogen relevant omstændighed, der kan godtgøre, at Kommissionen fejlagtigt har konkluderet, at de to parisiske lufthavne set fra efterspørgselssiden er substituerbare.

107 Hvad for det andet angår luftfartsselskabernes udbud til forbrugerne fra den ene af lufthavnene, må det antages, at sagsøgerens argumenter, som dels vedrører de typer flyvninger, som lufthavnene tilbyder alt efter deres særlige infrastrukturer, dels de to lufthavnes egne karakteristika, som allerede tidligere nævnt, er af mere begrænset betydning.

- 108 Det bemærkes, at Kommissionen har erkendt de to lufthavnes funktionelle særenheder, som sagsøgeren har henvist til, fordi den har fastslået, at de fleste luftfartsselskaber med rutenet set fra udbudssiden fandt, at de to lufthavne var substituerbare, selv om de har koncentreret deres aktiviteter i CDG, mens de luftfartsselskaber, der opererer i Orly, hovedsagelig koncentrerer deres aktiviteter om den indenlandske trafik. For nogle luftfartsselskaber er de to lufthavne muligvis ikke substituerbare alt efter de markeder, der betjenes (transittrafik eller direkte trafik, indenlandske forbindelser eller internationale forbindelser) og de påløbne omkostninger (jf. i denne retning betragtning 28 til den anfægtede beslutning). Det nævnes således i den anfægtede beslutning, at substituerbarheden kan vurderes forskelligt, navnlig for lavprisluftfartsselskaberne, for hvem det er væsentligt at kunne vælge lufthavnen for at formindske deres omkostninger, da lufthavnsafgifterne kan være forskellige fra lufthavn til lufthavn (betragtning 28 til den anfægtede beslutning). Det følger heraf, at Kommissionen har foretaget en samlet undersøgelse og på grundlag deraf anerkendt, at de to lufthavne er substituerbare, og herved blandt andre kriterier har taget lavprisselskabernes særlige forretningsmæssige kendetegn i betragtning.
- 109 I betragtning af det foregående har sagsøgeren ikke fremført noget bevis, der kan godtgøre, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til substituerbarheden mellem CDG og Orly.
- 110 Det tredje anbringende bør følgelig forkastes.

Det fjerde anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af fusionens virkninger på den potentielle konkurrence

Parternes argumenter

- 111 Sagsøgeren har for det første anført, at Kommissionen skulle have taget hensyn til KLM's forretningsstrategi for det tilfælde, at fusionen ikke blev gennemført, og har i

denne forbindelse henvist til virkningen af de ændringer, der er skabt ved liberaliseringen af luftfartssektoren, og til den bemyndigelse, der er givet Kommissionen til at forhandle aftaler om luftfart mellem Fællesskabet og tredjelande. Sagsøgeren har gjort gældende, at luftfartselskaberne i Fællesskabet, herunder KLM, bør opnå frihed til at tilbyde ubegrænsede tjenesteydelser, navnlig med vidtgående trafikale rettigheder uden begrænsninger med hensyn til priser eller tidspunkter.

- 112 Sagsøgeren mener for det andet, at KLM uden en fusion med Air France må være den mest sandsynlige nytilkomne i Paris, fordi KLM's hjemmemarked er noget begrænset, hvilket tilskynder KLM til at udvide på internationalt niveau og i Europa. Desuden udøver KLM sine aktiviteter i nærheden af Paris, hvilket givet selskabet mulighed for at have et solidt kendskab til det fransk-belgiske marked, og konkurrencen på de internationale flyforbindelser fra Paris er i øvrigt begrænset. Sagsøgeren mener således, at fusionen gør det muligt for Air France at eliminere sin mest sandsynlige potentielle konkurrent i Paris og at bevare sin dominerende stilling på hjemmemarkederne.
- 113 Kommissionen har anført, at på grund af omfanget af liberaliseringen i luftfartssektoren og det store antal berørte aftaler kan forudsigelser om varigheden af en sådan proces kun være rent teoretiske. Derudover har den fremhævet, at da KLM ikke er en virksomhed, der kan have reelle og konkrete muligheder for at komme ind på det pågældende marked, kan selskabet ikke anses for at være en potentiel konkurrent til Air France i Paris.

Rettens bemærkninger

- 114 Dette anbringende indeholder to led, som for det første drejer sig om de konkurrencemæssige følger af liberaliseringen af luftfartssektoren og for det andet om KLM's egenskab af potentiel konkurrent i Paris.

- 115 Med hensyn til liberaliseringen af luftfartssektoren bemærkes, at da sagsøgeren ikke har fremført nogen konkret omstændighed til støtte for sine udtalelser, har selskabet ikke formået at godtgøre, at denne liberalisering, hvis virkning fortsat er vanskelig at måle, har gjort det muligt for KLM at udvikle sit konkurrencemæssige grundlag og således forøge sin økonomiske vægt og konkurrere med Air France i Paris, navnlig ved at tilbyde flyvninger fra Paris og til ikke-europæiske lande. Følgelig bør anbringendets første led forkastes.
- 116 Med hensyn til KLM's egenskab af potentiel konkurrent i Paris bemærkes, at ifølge fast retspraksis er undersøgelsen af konkurrencevilkårene ikke alene baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence, således at det kan fastslås, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de pågældende virksomheder konkurrerer indbyrdes, eller for, at en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 137).
- 117 I denne forbindelse skal der først tages stilling til argumentet om KLM's hjemmemarked, som sagsøgeren hævder er begrænset, og for det andet det argument, som sagsøgeren har fremført, bl.a. om, at Amsterdam, som er center for KLM's aktiviteter, er beliggende nær ved Paris.

— KLM's begrænsede hjemmemarked

- 118 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at et luftfartsselskab med et rutenet kun kan anses for at være en potentiel konkurrent på en rute, såfremt denne kan knyttes direkte til selskabets trafikknudepunkt. I betragtning 17 til den anfægtede beslutning

anføres det, at »stjernesystemet er afgørende for luftfartsselskabernes beslutning om at drive (eller ikke drive) passagerflyvning inden for et bestemt par ankomst- og afgangstidspunkter«. Det tilføjes, at »luftfartsselskaberne koncentrerer trafikken i et knudepunkt og spreder passagererne ved en forbindelse til de mange stråler i det stjerneformede net«, og at »luftfartsselskaberne som regel afholder sig fra at gå ind på bypar, som ikke er forbundet med deres knudepunkter«. I denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt, at luftfartsselskaberne faktisk koncentrerer deres aktiviteter om deres respektive knudepunkter.

119 Med hensyn til kortdistanceflyvninger er de omkostninger, der er opstået for luftfartsselskaberne, som Kommissionen har forklaret, af en sådan størrelse, at de i almindelighed kun forpligter sig til disse flyvninger, såfremt de er forbundet med deres knudepunkter, eller såfremt de er det eneste selskab på disse ruter. Følgelig vil enhver nyttilkommen på disse ruter logisk være det indenlandske selskab på ankomst- eller afgangstedet for disse ruter eller et lavprisselskab, hvilket forklarer, at KLM ikke er i stand til at drive virksomhed på disse markeder, såfremt ruterne ikke er forbundet med Amsterdam.

120 Med hensyn til langdistanceruterne fremgår det af Kommissionens skriftlige indlæg, at en vis del af passagererne skal bestå af passagerer i transit, for at et luftfartsselskab kan sælge et betydeligt antal sæder og opretholde sin rutes levedygtighed på lang sigt. Dette forudsætter altså, at det kan tilføre sin langdistancerute trafik fra andre ruter gennem sit knudepunkt.

121 I det foreliggende tilfælde er det ikke bestridt af parterne, at størstedelen af passagererne i Amsterdam er i transit, hvilket således gør det muligt for KLM at opretholde sin aktivitets levedygtighed på sit knudepunkt. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at KLM råder over et net, der gør det muligt for selskabet at befordre passagerer til andre destinationer i Frankrig med Paris som afgangssted. Hvis det

antages, at KLM har til hensigt at udvikle sine aktiviteter, som sagsøgeren betegner som begrænsede, synes KLM's organisation derfor ikke at give selskabet mulighed for at udøve et konkurrencemæssigt pres mod Air France i Paris.

- 122 Det må fastslås, at sagsøgeren i det foreliggende tilfælde ikke tilstrækkeligt har godtgjort, at den af Kommissionen valgte fremgangsmåde med hensyn til centraliseringen af KLM's aktiviteter i Amsterdam er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

— Den omstændighed, at Amsterdam, der er center for KLM's aktiviteter, er beliggende nær ved Paris, og at konkurrencen inden for international flytransport fra Paris er begrænset

- 123 Det fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, at oprettelsen af en forbindelse mellem to lufthavne, der ligger så tæt ved hinanden som Paris og Amsterdam, ikke forekommer strategisk levedygtig. Andre luftfartsselskaber har således mere åbenbare forretningsmæssige grunde end KLM til at gå ind på dette marked, i betragtning af, at det er lidet fordelagtigt for en passager at mellemlande både i Paris og i Amsterdam. Da KLM's vigtigste destinationer er med afgang fra Amsterdam til De Forenede Stater eller Fjernøsten, har sagsøgeren ikke godtgjort, at KLM har en økonomisk interesse i at udvikle aktiviteter med udgangspunkt i Paris, da selskabet i Amsterdam både drager fordel af passagerer i transit fra De Forenede Stater og lokale passagerer, der afgår til Fjernøsten. Desuden ville en sådan forretningsstrategi risikere at konkurrere direkte med den aktivitet, der er udviklet og centraliseret i Amsterdam, og som synes at være en integrerende del af KLM's organisatoriske særegenhed. Endelig ville det kræve betydelige investeringer, uden at de hertil knyttede fordele klart kan identificeres, hvilket væsentligt begrænser relevansen af sagsøgerens udtalelse om, at KLM angiveligt må betegnes som en potentiel konkurrent til Air France i Paris.

- 124 Hvad endelig angår sagsøgerens anbringende om, at konkurrencen på internationale flyvninger fra Paris er begrænset, må det fastslås, at sagsøgeren ud over denne blotte udtalelse ikke har fremført nogen argumentation til støtte for denne opfattelse. Retten kan følgelig ikke udtale sig om betydningen af denne udtalelse.
- 125 Følgelig har sagsøgeren ikke tilstrækkeligt godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at KLM ikke var en potentiel konkurrent til Air France i Paris.
- 126 Det følger heraf, at anbringendets andet led og dermed det fjerde anbringende i sin helhed bør forkastes.

Det femte anbringende om et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af de af fusionens parter afgivne tilsagn

- 127 Dette anbringende indeholder syv led. Med det første led gør sagsøgeren gældende, at tilsagnene skulle have omfattet de markeder, hvor der ikke er overlapning. Med det andet og det tredje led fremhæver sagsøgeren, dels at tilsagnene ikke er attraktive for lavprisselskaberne, dels den manglende overførsel af en levedygtig aktivitet. Med det fjerde og femte led gør sagsøgeren gældende, at overdragelsen af ankomst- og afgangstidspunkter og de øvrige løsninger er utilstrækkelige. Med det sjette led har sagsøgeren fremhævet den manglende identificering af en nyttilkommen og den omstændighed, at der ikke hurtigt og varigt er kommet en konkurrent til. Endelig har sagsøgeren med det syvende led fremhævet, at højhastighedstoget Thalys ikke er blevet taget i betragtning som konkurrent.

128 Ifølge fast retspraksis råder Kommissionen over et vidt skøn ved vurderingen af, om tilsagn er nødvendige for at fjerne den alvorlige tvivl, en fusion rejser. Det følger heraf, at det ikke tilkommer Retten at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, idet Rettens kontrol skal begrænses til at påse, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Især indebærer den angiveligt manglende hensyntagen til de af sagsøgeren foreslåede tilsagn ikke i sig selv, at den anfægtede beslutning er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, og den omstændighed, at Kommissionen kunne have accepteret andre tilsagn, som måske endog ville have været gunstigere for konkurrencen, kan ikke føre til annullation af beslutningen, såfremt Kommissionen med rimelighed kan konkludere, at tilsagnene i beslutningen gør det muligt at fjerne den alvorlige tvivl (Rettens dom af 30.9.2003, sag T-158/00, ARD mod Kommissionen, Sml. II, s. 3825, præmis 328 og 329).

129 Retten skal dog under udøvelsen af sin prøvelsesret tage hensyn til det specifikke formål med de tilsagn, der er afgivet i fase I, og som, i modsætning til de tilsagn, der afgives i fase II, ikke har til formål at forhindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, men at fjerne enhver alvorlig tvivl herom. Når Retten skal tage stilling til, om de i fase I afgivne tilsagn med hensyn til rækkevidde og indhold gør det muligt for Kommissionen at vedtage en beslutning om godkendelse uden at indlede fase II, påhviler det således Retten at undersøge, om Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn har været i stand til at vurdere, at de nævnte tilsagn er en direkte og tilstrækkelig reaktion, der klart fjerner enhver alvorlig tvivl (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 79 og 80).

Det første led om den manglende udvidelse af tilsagnene til de markeder, hvor der ikke er overlappning

— Parternes argumenter

130 Sagsøgeren har anført, at tilsagnene skulle have været udvidet til at omfatte de ruter, på hvilke Kommissionen ikke havde identificeret konkurrenceproblemer, fordi de

berørte markeder ikke var attraktive. Sagsøgeren har henvist til, at selskabet under den administrative procedure havde foreslået Kommissionen et betydeligt antal ankomst- og afgangstidspunkter til at overdrage, for at tilsagnene kunne få fuld virkning. Sagsøgeren finder det derfor tvivlsomt, om selskabets holdning reelt er blevet taget i betragtning. I øvrigt har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen har begrænset sig til at acceptere tilsagn vedrørende ruter uden at tage hensyn til de relevante markeder på hver af de pågældende ruter.

- 131 Kommissionen har anført, at når det ikke reelt er nødvendigt, ville det være uberettiget at anmode fusionens parter om at give afkald på ankomst- og afgangstidspunkter på ruter, hvor der ikke er konkurrenceproblemer.

— Rettens bemærkninger

- 132 Kommissionen erkender i punkt 17 i meddelelsen om løsninger, at »for at sikre, at der er tale om et levedygtigt aktivitetsområde, kan det være nødvendigt, at afhændelsen også omfatter aktiviteter vedrørende markeder, hvor Kommissionen ikke har givet udtryk for konkurrencemæssige betænkeligheder, fordi dette ville være den eneste måde til at skabe en effektiv konkurrent på de berørte markeder«. Den har præciseret i sine skriftlige indlæg, at disse løsninger skal besluttes på grundlag af proportionalitetsprincippet.

- 133 Det følger af fast retspraksis, at proportionalitetsprincippet indebærer, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det tilsigtede formål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmers’

Union m.fl., Sml. I, s. 2211, præmis 60, og Rettens dom af 27.9.2002, sag T-211/02, Tideland Signal mod Kommissionen, Sml. II, s. 3781, præmis 39, og af 13.4.2005, sag T-2/03, Verein für Konsumenteninformation mod Kommissionen, Sml. II, s. 1121, præmis 99).

- 134 Det følger af det foregående, at der skal træffes beslutning om tilsagnene på baggrund af de konkurrencemæssige problemer, der er opstået på de berørte markeder, idet det forudsættes, at såfremt konkurrencen kan opretholdes på disse markeder, er det ifølge proportionalitetsprincippet ikke nødvendigt, at Kommissionen udvider tilsagnene til at omfatte de ikke-berørte markeder.
- 135 Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde gjort gældende, at Kommissionen skulle have udvidet tilsagnene til at omfatte markeder, hvor der ikke er overlapninger, for at fjerne alle hindringer for adgang. Sagsøgeren fremsætter imidlertid dette som et postulat og har ikke identificeret de markeder, som Kommissionen skulle have udvidet disse tilsagn til at omfatte.
- 136 Desuden skal Retten bemærke, at sagsøgeren under den administrative procedure har vist sig tilbøjelig til at anvende nogle af de ankomst- og afgangstidspunkter, som blev overdraget af fusionens parter for markeder, der var fusionen ivedkommende. Sagsøgeren har således godtgjort, at selskabet havde til hensigt at drage fordel af de af den fusionerede enhed afgivne tilsagn for at forøge sin forretningsmæssige tilstedeværelse på de markeder, hvor der ikke var konkurrenceproblemer, uden herved at godtgøre, at denne anvendelse ville garantere en effektiv konkurrence på de berørte markeder.
- 137 Det skal imidlertid bemærkes, at tilsagnene ikke kan opfattes som et middel til uden konkurrencemæssig begrundelse at begunstige en eventuel konkurrent, der ønsker at trænge ind på et bestemt marked. Den omstændighed, at Kommissionen ikke har udvidet tilsagnene til markeder, hvor der ikke var overlapninger, skønt denne foranstaltning kunne have begunstiget sagsøgerens egne forretningsmæssige interesser på markeder, der ikke var berørt af fusionen, beviser således på ingen måde, at denne udvidelse ville være den eneste mulige måde til at skabe en effektiv konkurrent på de berørte markeder.

- 138 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen har begrænset sig til at acceptere tilsagn, som angår ruter, men ikke de berørte markeder på hver af de pågældende ruter, må det nødvendigvis fastslås, at sagsøgeren, som er blevet anmodet om at uddybe denne udtalelse under retsmødet, ikke har identificeret disse markeder og ikke har fremført nogen relevant omstændighed, der kan bevise, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn.
- 139 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Følgelig bør anbringendets første led forkastes.

Det andet led om, at tilsagnene ikke er attraktive for lavprisselskaberne

— Parternes argumenter

- 140 Ifølge sagsøgeren er de pågældende løsninger kun lidet fordelagtige for lavprisselskaberne eller de luftfartsselskaber, der ikke har et rutenet, fordi de indebærer forretningsmæssige bånd og afhængighedsforhold, der forøger omkostningerne. Ifølge sagsøgeren er den konkurrent, der er mest tilbøjelig til at trænge ind på ruten Paris-Amsterdam, et lavprisselskab. Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at på de ni berørte markeder i Europa er der kun tre ruter, der berører et antal passagerer, der er tilstrækkeligt til, at et lavprisselskab kan finde dem rentable. Desuden ville det kræve betydelige investeringer til reklame på disse markeder for at forøge de nytilkomnes synlighed og modvirke fusionens parters og Alitalias tilstedeværelse. Endelig byder knudepunkterne ikke lavprisselskaberne attraktive betingelser på grund af ophobning af trafik, som skaber forsinkelser og dermed omkostninger.

- 141 Kommissionen har bestridt sagsøgerens opfattelse, hvorefter løsningerne er lidet fordelagtige for lavprisluftfartsselskaberne.

— Rettens bemærkninger

- 142 Retten skal bemærke, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke har begrænset sig til at acceptere en overdragelse af ankomst- og afgangstidspunkter, fordi denne foranstaltning er blevet forstærket af andre tilsagn for at tilskynde samtlige luftfartsselskaber, herunder lavprisselskaberne, til at trænge ind på de berørte markeder.

- 143 Ifølge løsningen for loyalitetsskabende programmer kan passagererne på konkurrerende luftfartsselskabers flyvninger på de berørte markeder opnå »miles« hos den fusionerede enhed, hvilket således giver disse passagerer og dermed indirekte de konkurrerende luftfartsselskaber en ikke-ubetydelig fordel (tilsagnspakkens punkt 6). For det tilfælde, at sagsøgeren ikke skulle ønske at deltage i f.eks. det loyalitetsskabende program på grund af sine egne behov og sin organisation, er denne holdning et resultat af en forretningsmæssig beslutning, som er sagsøgerens egen. Følgelig kan et sådant strategisk valg ikke bevise, at de vedtagne løsninger er utilstrækkelige, og følgelig heller ikke, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, som kan tilregnes Kommissionen.

- 144 Det bemærkes, at lavprisselskaberne også kunne drage fordel af interlining-aftaler, som giver mulighed for at tilbyde en rejse tur/retur, hvor den ene af strækningerne beflyves af den fusionerede enhed (tilsagnspakkens punkt 5). Desuden hedder det i tilsagnene, at luftfartsselskaberne i Paris kan erhverve ankomst- og afgangstidspunkter enten i CDG eller i Orly for at opfylde de organisatoriske og forretningsmæssige præferencer, der er forskellige for de forskellige luftfartsselskaber.

- 145 Den omstændighed, at der ud af de ni ruter, som Kommissionen har identificeret som dem, der rejser konkurrenceproblemer, kun er tre, der ville være rentable for et lavprisluftfartsselskab, godtgør ikke, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. De tilsagn, der er afgivet ved slutningen af fase I, har nemlig til formål at fjerne den alvorlige tvivl, som Kommissionen nærede om fusionens forenelighed med fællesmarkedet, og kan ikke fritage de nytilkomne for at påtage sig omkostningerne i forbindelse med en indtrængen på et marked, da disse investeringer er en integrerende del af al forretningsvirksomheds logik.
- 146 Desuden kan det ringe antal passagerer på nogle berørte markeder, nemlig et antal på under 70 000 passagerer om året, ikke godtgøre, at tilsagnene ikke er attraktive for lavprisselskaberne. Det fremgår nemlig af Kommissionens skriftlige indlæg, at sagsøgeren har tilkendegivet interesse for at trænge ind på denne type markeder, således som det fremgår af sagsøgerens indtræden på markedet Amsterdam-Bristol i 2003, en rute, som kun benyttedes af 59 314 passagerer om året.
- 147 Desuden kan betydelige aktørers tilstedeværelse på et marked gøre en ny konkurrents indtræden mindre let, men kan ikke anses for at være en absolut bremse for en sådan indtræden. Herom vidner bl.a. det stigende antal lavprisselskaber, som trænger ind på markedet, hvor stærke luftfartsselskaber allerede opererer.
- 148 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at knudepunkterne ikke yder lavprisluftfartsselskaberne attraktive betingelser på grund af ophobning af trafik, som giver anledning til forsinkelser og dertil knyttede omkostninger, bemærkes, at sagsøgeren under den administrative procedure har bestræbt sig på at godtgøre, at overdragelsen af ankomst- og afgangstidspunkter var utilstrækkelige til at anspore nytilkomne. En sådan udtalelse er imidlertid i modstrid med indholdet af sagsøgerens svar til Kommissionen den 14. januar 2004, hvori sagsøgeren forklarer, at »med en begrænset tilstedeværelse i Paris er sagsøgeren imidlertid den nærmeste konkurrent til Air France med hensyn til indenlandske flyvninger på fransk område«, at »sagsøgeren aktivt søger at etablere en base for sine operationer i

[Orly]«, at »sagsøgeren på nuværende tidspunkt er i besiddelse af fire fly, som er baseret der [...], tre supplerende fly, der [opererer] i [CDG]«, og endelig at »sagsøgeren foretrækker at anvende [Orly] frem for [CDG], fordi den ligger nærmere ved Paris' centrum«.

- 149 Endelig bør det fremhæves, at Kommissionen har foretaget en markedsundersøgelse hos 90 konkurrenter og således ikke alene har begrænset sig til lavprisselskabernes betænkeligheder, hvilket forklarer, at tilsagnene muligvis ikke på alle punkter svarer til sagsøgerens behov. Tilsagnene skal nemlig bevare konkurrencen i sin helhed på de berørte markeder, som ikke kan begrænses til den konkurrence, der alene udøves af luftfartsselskaber, da jernbaneselskaber alt efter markederne er aktive konkurrenter, som Kommissionen har fremhævet (jf. i denne retning tilsagnspakkens punkt 7).
- 150 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har fremført nogen omstændighed, der kan bevise, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, som kan tilregnes Kommissionen.
- 151 Anbringendets andet led bør følgelig forkastes.

Det tredje led om manglende overførsel af en levedygtig aktivitet

— Parternes argumenter

- 152 Sagsøgeren har fremhævet, at Kommissionen har begrænset sig til at reducere hindringerne for adgang snarere end at garantere, at en konkurrent kan overføre en levedygtig aktivitet eller markedsandele, hvilket ikke svarer til dens sædvanlige praksis.

153 Kommissionen har anført, at sagsøgeren ikke kan gøre gældende, at den ikke har krævet overdragelse af en levedygtig aktivitet, når ingen af parterne i fusionen havde aktiviteter, der let kunne overføres. Den har desuden henvist til, at det i meddelelsen om løsninger hedder, at andre former for foranstaltninger kan accepteres.

— Rettens bemærkninger

154 Det bemærkes, at ifølge meddelelsen om løsninger skal afhændede aktiviteter bestå af et levedygtigt aktivitetsområde, som under ledelse af en egnet køber vedvarende kan konkurrere effektivt med den nye enhed. Afhændelse er måske nok den foretrukne løsning, men dog ikke den eneste løsning, der kan accepteres af Kommissionen. Der kan nemlig være situationer, hvor det er umuligt at afhænde et aktivitetsområde. Under sådanne omstændigheder må Kommissionen afgøre, om andre løsningstyper eventuelt har en tilstrækkelig virkning på markedet til at genoprette en effektiv konkurrence (meddelelsens punkt 14 og 26).

155 Det fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, at fusionens parter ikke rådede over et levedygtigt aktivitetsområde, der kunne afhændes, idet den vurderede, at den væsentligste hindring for adgangen til markedet var opstået i forbindelse med, at der var et utilstrækkeligt antal ankomst- og afgangstidspunkter til rådighed i de store lufthavne.

156 I denne henseende har Kommissionen på tilstrækkelig måde godtgjort, at afhændelse af fly muligvis ikke effektivt vil afhjælpe de konkurrenceproblemer, som fusionen giver anledning til, fordi det er vanskeligt eller umuligt at kontrollere, om køberne af disse fly faktisk anvender dem på de berørte markeder. Desuden kan en potentiel nytilkommen leje eller købe et brugt fly, således at det fremgår, at brug eller besiddelse af et fly ikke er den mest umiddelbare hindring for adgang.

157 Det må her nødvendigvis fastslås, at sagsøgeren ikke har fremført nogen konkret omstændighed, der kan bevise, at adgangen til ankomst- og afgangstidspunkter ikke var den vigtigste hindring for adgang.

158 Retten skal i denne forbindelse påpege, at sagsøgeren, på trods af de argumenter, som selskabet har fremført under nærværende sag, har erkendt, at adgangen til ankomst- og afgangstidspunkter udgjorde den væsentligste hindring for adgang, da selskabet i sine svar af 14. og 30. januar 2004 har givet udtryk for følgende opfattelse:

»Den manglende adgang til [ankomst- og afgangstidspunkter] er den mest åbenbare fysiske hindring for at komme ind på markedet. Uden adgang til [ankomst- og afgangstidspunkter] kan luftfartsselskaberne ikke indføre nye flyvninger eller oprette nye operationsbaser for at udvide deres aktivitet. [Sagsøgeren] er handicappet konkurrencemæssigt af den manglende adgang [ankomst- og afgangstidspunkter] og andre infrastrukturer, som selskabet har brug for for at udvide sit net. Den manglende adgang til [ankomst- og afgangstidspunkter] og andre infrastrukturer hindrer [sagsøgeren] i at oprette operationsbaser i byer som Paris.«

159 Følgelig har sagsøgeren ikke tilstrækkeligt godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at tillade fusionen, efter at der er afgivet et tilsagn, der er centreret om en begrænsning af hindringer for adgang til markedet frem for om afhændelse af levedygtige aktivitetsområder til en konkurrent.

160 Anbringendets tredje led bør følgelig forkastes.

Det fjerde led om et utilstrækkeligt antal afhændede ankomst- og afgangstidspunkter

— Parternes argumenter

- 161 Sagsøgeren har gjort gældende, at afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter ikke ansporer nytillkomne eller ikke fører til, at konkurrencen genoprettes, således som sagerne Lufthansa/SAS/United Airlines (sagerne COMP/D-2/36.201, 36.076 og 36.078) og Swissair/Sabena (sag IV/M.616) bevidner. Da en fusion medfører en varig strukturel ændring af markedet, må ethvert tilsagn desuden være af permanent art. Følgelig er det uden betydning, at afhændelsen af ankomst- og afgangstidspunkter er blevet pålagt for en ubegrænset varighed.
- 162 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen med urette begrænset sig til de hindringer for adgang til markedet, der udgøres af ankomst- og afgangstidspunkterne, uden at undersøge spørgsmålet om dominans på knudepunkterne eller de fordele, der følger af fusionens parters omdømme og de adgange, som disse tilbyder. Desuden har Kommissionen undladt at forklare, hvorledes antallet af ankomst- og afgangstidspunkter, der skal afhændes, skulle garantere en tilstrækkelig overførsel af markedsandele, som gør det muligt at ophæve fusionens parters så godt som monopolagtige stilling på de berørte markeder, da ankomst- og afgangstidspunkterne ikke er blevet afhændet »en bloc«. Afhændelsen af ankomst- og afgangstidspunkter er også utilstrækkelig, fordi den kun giver mulighed for maksimalt seks afgange om dagen, og kun på ruten Paris-Amsterdam.
- 163 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at tillade fusionens parter at bevare over 50% af samtlige ankomst- og afgangstidspunkter, der er til rådighed på de ruter, der berøres af tilsagnene, uden at sikre sig, at en enkelt konkurrent kan komme ind på disse ruter. Sagsøgeren har fremhævet, at fusionens parter på ruten Paris-Amsterdam beholder mindst 59% af samtlige afgange, en procentdel, som efter sagsøgerens opfattelse er for høj, da

denne rutes tiltrækningskraft er begrænset på grund af Thalys, som har en markedsandel på 45% på denne rute.

- 164 Kommissionen har bestridt argumentet om, at afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter er en uhensigtsmæssig foranstaltning, og henviser til sine nyere beslutninger [sagerne British Midland/Lufthansa/SAS (sag COMP/37.812) og British Airways/SN Brussels Airlines (sag COMP/A/38.477/D2)].
- 165 Intervenienten har fremhævet, at afhændelsen af ankomst- og afgangstidspunkter for første gang er pålagt for en ubegrænset tid, og har understreget, at tilsagnene indeholder alle de procedurermæssige garantier, der er nødvendige for at sikre, at de har reel indvirkning på konkurrencen.

— Rettens bemærkninger

- 166 Som Kommissionen med rette har påvist (jf. præmis 155 ff. ovenfor), er den væsentligste hindring for adgang til luftfartssektoren det utilstrækkelige antal ankomst- og afgangstidspunkter, der er til rådighed i de store lufthavne. Der skal følgelig tages stilling til, om Kommissionen med urette har antaget, at afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter som fastsat i tilsagnspakken i denne sag kunne være en effektiv foranstaltning, der kunne bevare en effektiv konkurrence. Inden for denne ramme skal sagsøgeren føre bevis for, at afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter som fastsat ved løsningerne var utilstrækkelig til at afhjælpe de opståede konkurrenceproblemer.

- 167 Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde begrænset sig til at påberåbe sig, at selskabet under den administrative procedure foreslog, at der skulle afhændes et større antal ankomst- og afgangstidspunkter, hvilket ifølge sagsøgeren ville have gjort det muligt for nytilkomne at konkurrere varigt med fusionens parter.
- 168 Hertil bemærkes, at Kommissionen ved fastsættelsen af det passende antal ankomst- og afgangstidspunkter, der skulle afhændes, har taget samtlige de omstændigheder i betragtning, som er blevet meddelt den af de hørte aktører på markedet. Det fremgår af dens skriftlige indlæg, at den har lagt vægt på den omstændighed, at den afgørende faktor for de fleste forretningskunder ikke er antallet af daglige flyvninger, men antallet af flyvninger, der tilbydes i myldretiden, for at disse kunder kan gennemføre en tur/retur-rejse på samme dag.
- 169 I øvrigt har Kommissionen fremhævet, at mange konkurrenter har anset tilsagnene for tilfredsstillende med henblik på at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som fusionen giver anledning til. Blandt de 14 forretningskunder, der blev hørt som led i Kommissionens markedsundersøgelse, var der ti, der mente, at afhændelsen af ankomst- og afgangstidspunkter var tilstrækkelige, da seks afgang om dagen efter deres opfattelse var et alternativ til den fusionerede enhed på ruten Amsterdam-Paris. Sagsøgeren var det eneste lavprisselskab, der anså dem for utilstrækkelige. Kommissionen kunne følgelig på baggrund af de opnåede reaktioner antage, at sagsøgerens forslag om, at der skulle afhændes næsten 22 600 ankomst- og afgangstidspunkter i Orly, som repræsenterede næsten 31 flyvninger om dagen, var uforholdsmæssigt.
- 170 Desuden bemærkes, at en nytilkommen i praksis vil have mulighed for at overskride et antal af seks afgang om dagen på denne rute takket være sædefordelingsaftalerne, da den fusionerede enhed er forpligtet til at stille et vist antal sæder på disse flyvninger til rådighed for den nytilkomnes passagerer (tilsagnspakkens punkt 9).

- 171 Med hensyn til det antal afgangse, der er pålagt for de øvrige berørte markeder, og som svinger mellem to og fire afgangse om dagen, bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremført nogen omstændighed, der kan godtgøre, at disse er utilstrækkelige til at afhjælpe konkurrenceproblemerne, da selskabet har koncentreret sin argumentation om markedet Paris-Amsterdam.
- 172 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at ankomst- og afgangstidspunkterne skulle have været afhændet samlet frem for til forskellige konkurrenter, bemærkes, at tilsagnene specificerer, at der skal gives fortrinsstilling til en nytilkommen, der kan operere på det største antal daglige afgangse på ruten Paris-Amsterdam (tilsagnspakkens punkt 3.4). Følgelig kan der stadig tænkes en samlet afhændelse i det tilfælde, at en nytilkommen er i stand til at sikre et stort antal daglige afgangse på denne rute. Den fleksibilitet, som således tilbydes af tilsagnene, giver mulighed for en afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter, der kan tilpasses til potentielle nytilkomnes behov, da en nytilkommen har mulighed for med hensyn til Paris at vælge mellem Orly og CDG.
- 173 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har fremført nogen relevant omstændighed til støtte for sit argument om, at Kommissionen ikke har påvist, hvorledes afhændelsen af de nævnte ankomst- og afgangstidspunkter skulle give mulighed for en overførsel af markedsandele, der kan ophæve fusionens parter dominans på de 14 berørte markeder.
- 174 I øvrigt bemærkes, at de markedsandele, som fusionens parter besidder, har foranlediget Kommissionen til at antage, at der skulle tilbydes tilsagn på de markeder, der var berørt, og på hvilke de nævnte parter besad en markedsandel på næsten 50%, således at formodningen for, at der foreligger en dominerende stilling, blev respekteret, således som den fremgår af retspraksis (jf. i denne retning Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 60).

- 175 Følgelig kan den omstændighed, at fusionens parter eventuelt kan bevare en betydelig markedsandel på de berørte markeder, som sagsøgeren hævder med hensyn til markedet Paris-Amsterdam, ikke godtgøre, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, som kan tilregnes Kommissionen. Denne har nemlig accepteret betydelige tilsagn på dette marked, hvor nytillkomne konkurrenters indtrængen på denne rute vil blive tilskyndet af løsninger, og hvor forbedringerne i Thalys' infrastrukturer, som gennemføres i 2007, vil gøre Thalys mere konkurrencedygtig for passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren. Samtlige disse omstændigheder er faktorer, der kan reducere den fusionerede enheds konkurrencemæssige vægt.
- 176 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, som kan tilregnes Kommissionen.
- 177 Følgelig bør anbringendets fjerde led forkastes.

Det femte led om de øvrige løsningers utilstrækkelighed

— Parternes argumenter

- 178 Efter sagsøgerens opfattelse giver løsningerne ikke den grad af sikkerhed og tillid, der gør det muligt at garantere, at der genetableres en konkurrencestruktur. Sagsøgeren har anført, at fusionens parter har forstærket deres løsninger vedrørende ankomst- og afgangstidspunkter med tilsagn, som sagsøgeren betegner som adfærdsmæssige og henhørende under artikel 81 EF. Sagsøgeren udleder heraf, at løsningerne lider af manglende effektivitet og ikke kan hindre, at en dominerende stilling opstår eller styrkes, da de ikke er økonomisk og strategisk sammenhængende. Kommissionen har i øvrigt ikke i den anfægtede beslutning truffet bestemmelse om tilbagekaldelse i tilfælde af, at tilsagnene ikke gennemføres.

179 Endelig har sagsøgeren anført, at den af Kommissionen valgte fremgangsmåde er en tilsidesættelse af den berettigede forventning, og har tilføjet, at tilsagnenes formulering ikke godtgør, hvorledes disse skulle være fuldt effektive.

180 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgerens argumentation savner grundlag. Den har i denne forbindelse anført, at de luftfartsselskaber, der har et rutenet, har fundet, at rækken af tilbudte tilsagn var tilstrækkelig til at løse konkurrenceproblemerne. I øvrigt har Kommissionen med hensyn til de pågældende tilsagns adfærdsmæssige art fremhævet, at den omstændighed, at der stilles ankomst- og afgangstidspunkter til rådighed for ubegrænset varighed, ikke blot er baseret på tilsagn af adfærdsmæssig art, da de forpligtelser, der er pålagt den fusionerede enhed, er betingelser og ikke blot forpligtelser.

— Rettens bemærkninger

181 I det foreliggende tilfælde fremgår det af den anfægtede beslutning, at de afgivne tilsagn vedrørende ankomst- og afgangstidspunkter er blevet forstærket af yderligere, ikke ubetydelige foranstaltninger til fordel for konkurrencen, herunder en fastfrysning af afgangene i seks på hinanden følgende sæsoner, således som de er fastsat af IATA, interlining-aftalerne, sædefordelingsaftalerne, de specielle pro rata-aftaler, adgang til de loyalitetsskabende program, kombineret transport og forpligtelser vedrørende billetpriser. Det kan derfor ikke bebrejdes Kommissionen, at den kun har lagt vægt på spørgsmålet om adgang til ankomst- og afgangstidspunkter.

182 Med hensyn til sagsøgerens henvisning til, at tilsagnene var svage på grund af deres adfærdsmæssige art, bemærkes, at adfærdsmæssige tilsagn ikke efter deres art er utilstrækkelige til at forhindre, at en dominerende stilling skabes eller styrkes, og de må vurderes fra sag til sag på samme grundlag som strukturelle tilsagn (dommen i sagen EDP mod Kommissionen, præmis 100; jf. i denne retning også Rettens dom i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 319, og dens dom af 25.10.2002, sag T-5/02, Tetra Laval mod Kommissionen, Sml. II, s. 4381, præmis 161, som blev stadfæstet ved Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 85).

183 På baggrund af bestemmelserne i den anfægtede beslutning om afhændelse af ankomst- og afgangstidspunkter, den væsentligste løsning i den nærværende sag, kan de pågældende tilsagn betegnes som strukturelle (tilsagnspakkens punkt 2 og 14). Fusionens parter forpligter sig nemlig for ubegrænset tid, bortset fra usædvanlige omstændigheder, som berettiger, at et tilsagn ophæves eller ændres, til at undlade at bruge de afhændede ankomst- og afgangstidspunkter. Fusionens parter kan således ikke få ankomst- og afgangstidspunkterne tilbage, når de en gang er afhændet, idet dem, der ikke længere bliver anvendt, obligatorisk skal tilbagegives til koordinatoren, hvilket udelukker enhver form adfærd, der kan påvirke tilsagnenes effektivitet (tilsagnspakkens punkt 2.2).

184 Det bemærkes ligeledes, at tilsagnene er blevet forstærket i ikke ubetydeligt omfang, da fusionens parter har forpligtet sig til at nedsætte tidsintervallerne fra 45 til 30 minutter for kortdistanceruterne og fra 120 til 90 minutter for langdistanceruterne, hvilke betingelser er blevet anset for at være fundamentale af de nytilkomne for at lette deres indtrængen på markederne (jf. i denne retning betragtning 159-167 til den anfægtede beslutning).

185 Det følger af det foregående, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at løsningerne er ineffektive, da selskabets argumentation på dette punkt indeholder flere lakuner.

- 186 Desuden bemærkes med hensyn til sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke har indsat en udtrykkelig bestemmelse om tilbagekaldelse i den anfægtede beslutning for det tilfælde, at tilsagnene ikke gennemføres, at den anfægtede beslutning fastsætter en hurtig procedure for afgørelse af tvister for det tilfælde, at en nyttilkommen, en ny leverandør af flytransporttjenesteydelser eller en partner i kombineret transport har grunde til at antage, at den fusionerede enhed ikke overholder betingelserne i de tilsagn, der er afgivet med hensyn til denne (tilsagnspakkens punkt 12).
- 187 Desuden bemærkes, at tilsagnene er genstand for en befuldmægtigets kontrol. Denne har til opgave at overvåge, at den fusionerede enhed opfylder de forpligtelser, der er påtaget i tilsagnene, som falder inden for den fuldmagt, som er givet ham, og kan foreslå den fusionerede enhed de foranstaltninger, som han finder nødvendige for at sikre, at tilsagnene overholdes (tilsagnspakkens punkt 11.2.1).
- 188 Det følger af det foregående, at fusionens parter ikke blot har afgivet hensigts-erklæringer, men i det foreliggende tilfælde har påtaget sig forpligtelser, og at enhver tilsidesættelse af disse vil medføre tilbagekaldelse af den anfægtede beslutning, som tillader fusionen, i henhold til artikel 6, stk. 3, litra b), i forordning nr. 4064/89. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke tilstrækkeligt har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til de øvrige foranstaltninger, der er pålagt fusionens parter, eller at den har tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ved ikke behørigt at anvende bestemmelserne i meddelelsen om løsninger.
- 189 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at formuleringen af tilsagnene ikke garanterer, at de effektivt kan opretholde konkurrencen, bemærkes, at tilsagnene under de foreliggende omstændigheder ikke havde et omfang og en kompleksitet, der gjorde det umuligt for Kommissionen med den fornødne sikkerhed at vurdere, at den effektive konkurrence ville blive genoprettet på markedet (jf. i denne retning

dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, præmis 178). Det må ligeledes nødvendigvis konstateres, at de tilsagn, som Kommissionen har accepteret, var tilstrækkeligt præcise til at gøre det muligt for den at vurdere deres virkninger på de berørte markeder, fordi det præcist anføres i tilsagnspakken, på hvilken måde løsningerne vil blive iværksat. Dette argument må følgelig forkastes som grundløst.

¹⁹⁰ Følgelig bør anbringendets femte led forkastes.

Det sjette led om den manglende identificering af en nytilkommen og fastsættelsen af en frist for denne tilkomst

— Parternes argumenter

¹⁹¹ Sagsøgeren har henvist til, at Kommissionen i sin tidligere beslutningspraksis i luftfartssektoren allerede har krævet, at parterne i en fusion på forhånd identificerer en potentiel nytilkommen på de forbindelser, som Kommissionen har identificeret som dem, der rejser konkurrenceproblemer (sagen Austrian Airlines/Lufthansa (sag COMP/37.730)). Kommissionen har imidlertid i dette tilfælde begrænset sig til den »konkrete interesse«, som luftfartsselskaberne Volare, Meridiana og Virgin Express har tilkendegivet, uden for så vidt at sikre sig, at disse hensigtserklæringer gav sig udslag i en faktisk tilkomst, der kunne imødegå de konkurrenceskadelige virkninger. Desuden er det sagsøgerens opfattelse, at såfremt Kommissionen havde foretaget nogle enkelte undersøgelser, ville Volares økonomiske vanskeligheder let have vist sig, således at dette luftfartsselskab ikke kunne anses for en passende erhverver. Sagsøgeren mener derfor, at Kommissionen satser på, at en nytilkommen kommer ind på markedet, hvilket er i modstrid med dens forpligtelse til at sikre sig, at alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med fællesskabsretten elimineres.

- 192 Kommissionen har i øvrigt begrænset sig til blot at konstatere, at tilsagnene gjorde det muligt at »opnå en betydelig nedsættelse af risikoen for, at der ikke kommer nyttilkomne ind på markedet«. Den erkendte dog, at der var en reel risiko for, at der ikke ville være nyttilkomne, da den har anført i svarskriftet, at »selv hvis der ikke kommer en ny konkurrent ind på en given rute, kan tilsagnene opfylde deres formål« med den tilføjelse, at »dette ville være tilfældet, hvis disse tilsagn på grund af den potentielle konkurrences virkning havde indflydelse på den nye enheds adfærd«.
- 193 Sagsøgeren har i øvrigt fremhævet, at det hedder i meddelelsen om løsninger, at tilsagnene skal kunne gennemføres effektivt og inden for en kort frist. Derfor, og i betragtning af betydningen af en nyttilkommens identitet og usikkerheden med hensyn til, om der er potentielle nyttilkomne, skulle tilkomsten være sket før transaktionens iværksættelse. Sagsøgeren har fremhævet, at der ikke er nogen nyttilkommen, der er begyndt at udnytte nogen af de afhændede ankomst- og afgangstidspunkter. Ved ikke at indføre en mekanisme, der garanterer, at der faktisk kommer en ny konkurrent til inden for en bestemt frist, har Kommissionen tilsidesat de krav, der er fastsat ved forordning nr. 4064/89.
- 194 Kommissionen har gjort gældende, at det ikke var nødvendigt, at fusionens parter på forhånd udpegede en nyttilkommen, da den høring af markedets aktører, som den foretog, før den vedtog den anfægtede beslutning, gjorde det muligt at optælle potentielle nyttilkomne som f.eks. Volare, Virgin Express og Meridiana.
- 195 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at Kommissionen har begrænset sig til at påbyde løsninger, »som betydeligt formindsker risikoen for, at der ikke kommer en ny konkurrent ind på markedet«, har Kommissionen fremhævet, at denne bemærkning er blevet fortolket fejlagtigt af sagsøgeren, fordi denne passus i svarskriftet havde til formål at godtgøre, at løsningernes virkning havde stor

rækkevidde og således ville gøre det muligt »at forøge værdien af de afhændede ankomst- og afgangstidspunkter og betydeligt formindske risikoen for, at der ikke kom nogen ny konkurrent ind på markedet«. Kommissionen har således i denne passus foretaget en sammenligning mellem fusionen på den ene side, således som den fremstod på baggrund af de påbudte løsninger, og på den anden side de tidligere beslutninger om sammenslutninger og fusioner i luftfartssektoren.

- 196 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at der i den anfægtede beslutning ikke er truffet bestemmelse om en effektiv og hurtig gennemførelse af tilsagnene, har Kommissionen fremhævet, at dette argument ikke er blevet fremført i stævningen og derfor må afvises. Under alle omstændigheder er det Kommissionens opfattelse, at den omstændighed, at der endnu ikke er kommet en ny konkurrent ind på markedet, er uden betydning, da den anfægtede beslutnings gyldighed skal vurderes på grundlag af den situation, der forelå på det tidspunkt, da den blev vedtaget.

— Rettens bemærkninger

- 197 Det bemærkes, at Kommissionen i henhold til artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 kan tillade en fusion, hvis de tilsagn, som parterne har tilbudt, gør det muligt at fjerne alvorlig tvivl med hensyn til, om den nævnte transaktion er forenelig med fællesmarkedet. Forordning nr. 4064/89 opstiller således det mål, som Kommissionen skal nå, men overlader den et betydeligt skøn med hensyn til den form, som de pågældende tilsagn kan have. Forordningen kræver ikke, at de anmeldende parter identificerer en nyttilkommen, skønt en sådan identificering i visse tilfælde kan være nødvendig, navnlig når ingen konkurrent tilkendegiver en interesse i at trænge ind på et berørt marked.

- 198 Retten finder, at sagsøgeren i denne sag ikke har godtgjort, at der krævedes en identificering med navns nævnelser, fordi forskellige konkurrenter, f.eks. Meridiana,

Virgin Express og Volare, under den administrative procedure viste sig interesseret i at komme ind på de berørte markeder efter de tilsagn, som fusionens parter tilbød.

199 Det fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, at Volare havde ansøgt om ankomst- og afgangstidspunkter for ruterne Paris-Amsterdam, Amsterdam-Milano, Amsterdam-Venedig og Amsterdam-Bologna. Kommissionen har i øvrigt under retsmødet oplyst, at Volare havde opnået ankomst- og afgangstidspunkter efter Kommissionens beslutning 2004/841/EF af 7. april 2004 vedrørende en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/A.38284/D2 — Air France/Alitalia) (EUT L 362, s. 17), og meget kort tid før den anfægtede beslutning blev vedtaget, hvilken omstændighed bestyrkede den i dens antagelse af, at den interesse, som Volare havde tilkendegivet i nærværende sag, var troværdig.

200 På grund af en ændring af kontrollen i Volares kreds af aktionærer, som Kommissionen har hævdet, gik dette selskab i sidste ende ikke ind på de nævnte markeder. Såfremt den manglende indtrængen står i forbindelse med Volares økonomiske vanskeligheder, som sagsøgeren har gjort gældende, og selv hvis det antages, at Kommissionen kunne have foretaget en dybtgående undersøgelse af dette luftfartsselskabs økonomiske situation for at sikre sig, at dets ansøgning om ankomst- og afgangstidspunkter kunne føre til et resultat, kan undladelsen af at foretage en sådan undersøgelse ikke udgøre et urigtigt skøn, som kan betegnes som åbenbart og rejse tvivl om den anfægtede beslutnings lovlighed. Som det fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, var der nemlig andre konkurrenter, der kunne trænge ind på de berørte markeder, da der i Europa findes talrige lavprisselskaber, der er tilbøjelige til at trænge ind på disse markeder, f.eks. Ryanair, Virgin Express, Smartwings, Sterling, Air Service og SkyEurope.

201 Desuden må det antages, at det kan kræve en vis tid at komme ind på et nyt marked for at give nytillkomne mulighed for at vurdere, om en indtrængen på dette markedet lønner sig, navnlig på grund af de investeringer, som er knyttet hertil. I denne

forbindelse bemærkes, at det anføres i den anfægtede beslutning, at afhændelsen af ankomst- og afgangstidspunkter er af ubegrænset varighed, hvilket gør det muligt for nyttilkomne på ethvert tidspunkt og uden tidsgrænser at komme ind på de berørte markeder (tilsagnspakkens punkt 2).

202 For det tilfælde, at ingen nyttilkommen kommer ind på de berørte markeder, er der i øvrigt under alle omstændigheder et vist konkurrencepres mod fusionens parter, thi hvis den fusionerede enhed besluttede at forhøje sine priser, kunne de nye konkurrenter blive tilskyndet til at komme ind på disse markeder, som ville blive mere attraktive. Det fremgår nemlig af sagen, at der på ruterne mellem Østrig og Tyskland for fem år siden ikke var noget luftfartsselskab, der konkurrerede med Lufthansa og Austrian Airlines. Imidlertid har de ikke-ubetydelige avancer, som skyldes disse to selskabers høje priser, tiltrukket nyttilkomne, som således har tvunget Lufthansa og Austrian Airlines til at reagere ved at tilpasse deres prispolitik for at forblive konkurrencedygtige. Det følger heraf, at Kommissionen var berettiget til at udlede af dette, at det var meget sandsynligt, at en ny konkurrent ville komme ind på de berørte markeder.

203 Med hensyn til argumentet om, at ingen nyttilkommen er kommet ind på de berørte markeder, bemærkes, at ifølge fast retspraksis skal lovligheden af den anfægtede individuelle retsakt bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt (Domstolens dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7, og af 17.5.2001, sag C-449/98 P, IECC mod Kommissionen, Sml. I, s. 3875, præmis 87, samt Rettens dom af 12.12.1996, forenede sager T-177/94 og T-377/94, Altmann m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2041, præmis 119).

204 Følgelig skal den anfægtede beslutning prøves på grundlag af de faktiske omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, da den blev vedtaget, og ikke på baggrund af faktiske omstændigheder, der er senere end dette. Således er den omstændighed, at der på dagen for retsmødet ikke er nogen nyttilkommen, der er kommet ind på de berørte markeder, uden betydning.

205 Med hensyn til sagsøgerens henvisning til, at Kommissionen ikke har sikret sig, at der ville komme en nyttilkommen konkurrent kort tid efter godkendelsen af fusionen, finder Retten, at denne kritik, som ikke er blevet fremført i stævningen, knytter sig til nærværende anbringende, fordi den er et forsøg på at godtgøre, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til de accepterede tilsagns indhold. Det følger heraf, at dette argument ikke er et nyt anbringende, som Kommissionen hævder, og følgelig kan realitetsbehandles.

206 Det bemærkes, at Kommissionen var berettiget til at undlade med sikkerhed at identificere en nyttilkommen, da forskellige konkurrenter havde tilkendegivet en interesse i at komme ind på de berørte markeder. Af sagsøgerens argument står derfor kun det klagepunkt tilbage, at Kommissionen ikke har sikret sig, at en nyttilkommen sandsynligvis hurtigt ville komme ind på disse markeder.

207 Det bemærkes, at ifølge ordlyden af meddelelsen om løsninger skal ethvert tilsagn kunne gennemføres effektivt og inden for en kort frist, for at Kommissionen godkender en fusion (punkt 10 og 19). I det foreliggende tilfælde kræves det i den anfægtede beslutning, at der tilbydes ankomst- og afgangstidspunkter en måned efter fusionens gennemførelse (tilsagnspakkens punkt 13). Følgelig var fusionens parter forpligtet til at afhænde ankomst- og afgangstidspunkter inden for en kort og bindende frist, som således gjorde det muligt og begunstigede, at en ny konkurrent hurtigt kunne komme ind på markedet.

208 Klagepunktet om, at Kommissionen ikke har sikret sig, at en ny konkurrent hurtigt kunne komme ind på markedet, savner derfor grundlag.

209 I betragtning af det foregående har sagsøgeren ikke tilstrækkeligt godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at identificere nogen nyttilkommen og ved ikke at fastsætte en tidsfrist for en ny konkurrents indtrængen på de berørte markeder.

210 Anbringendets sjette led bør følgelig forkastes.

Det syvende led om den manglende hensyntagen til højhastighedstoget Thalys som konkurrent

— Parternes argumenter

211 Ifølge sagsøgeren er Thalys tilstedeværelse en bremse på nyttilkomnes indtrængen på ruten Paris-Amsterdam. Sagsøgeren har anført, at Thalys på nuværende tidspunkt har en markedsandel på ca. 45% på denne rute, som sandsynligvis ville stige på grund af forbedringer af infrastrukturene, som vil begrænse rejsetiden. Desuden har Kommissionen ifølge sagsøgeren fejlagtigt anslået, at seks afgang om dagen var utilstrækkeligt for passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren, skønt den har erkendt, at et sådant antal afgang for Thalys' vedkommende var utilstrækkeligt (betragtning 71 til den anfægtede beslutning).

212 Kommissionen har bestridt det af sagsøgeren anførte og har henvist til, at Thalys ikke er konkurrencedygtig for kunder, der lægger vægt på tidsfaktoren, i det

væsentlige på grund af rejsetiden med tog. Kun en nedsættelse af rejsetiden vil kunne ændre denne situation, hvilket vil kræve en betydelig forbedring af infrastrukturer.

— Rettens bemærkninger

213 Sagsøgerens klagepunkt må forstås således, at det går ud på at godtgøre, at Kommissionen ved ikke behørigt at erkende Thalys' konkurrencemæssige indvirkning på markedet Paris-Amsterdam har anlagt et åbenbart urigtigt skøn.

214 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Thalys på ruten Paris-Amsterdam har seks daglige afgang af varighed på fire timer og ni minutter (udrejse), mens flyvetiden er ca. tre timer fra bycentrum til bycentrum (betragtning 70-72 til den anfægtede beslutning). Således kan Thalys, når der er tale om passagerer, der ikke lægger vægt på tidsfaktoren, på nuværende tidspunkt anses for at være en konkurrent. Derimod var Kommissionen berettiget til at konkludere, at Thalys ikke var konkurrencedygtig for kunder, der lægger på vægt på tidsfaktoren, navnlig på grund af rejsetiden, da en rejse tur/retur med tog kræver næsten to timer mere. Derfor ville kun en nedsættelse af rejsetiden gøre det muligt at ændre denne situation, hvilket, som Kommissionen har anført, ville kræve en betydelig forbedring af infrastrukturen.

215 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke fremført nogen omstændighed, der kan godtgøre, at den af Kommissionen anlagte sondring mellem passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren, og passagerer, der ikke gør det, er fejlagtig for Thalys' vedkommende. Den af sagsøgeren fremførte kritik, hvorefter Kommissionen fejlagtigt har antaget, at seks flyafgange om dagen var tilstrækkeligt for passagerer, der lægger vægt på tidsfaktoren, mens den har erkendt i betragtning 71 til den

anfægtede beslutning, at et sådant antal afgange for Thalys' vedkommende var utilstrækkeligt til at afhjælpe konkurrenceproblemerne med hensyn til rejsende, der lægger vægt på tidsfaktoren, kan følgelig ikke tiltrædes.

216 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at Thalys skulle være en bremse for nyttilkomnes indtrængen på markedet, bemærkes, at Thalys' økonomiske vækst skete før fusionen, således at luftfartsselskaber, der påtænker at gå ind på dette marked, har skullet tage denne konkurrencefaktor i betragtning. Thalys' tilstedeværelse på markedet Paris-Amsterdam har følgelig foranlediget Kommissionen til at sikre sig, at ikke blot den konkurrence, der udøves af luftfartsselskaberne, men også den, der udøves af leverandører af andre transportmidler, herunder jernbanetransport, bliver opretholdt.

217 De løsninger, der vedrører kombineret transport, giver nemlig f.eks. mulighed for, at det selskab, der driver Thalys, kan sælge en returbillet Paris-Amsterdam, med hvilken en rejsende kan tage toget på udvejen og flyet på tilbagevejen. For at gøre denne mulighed attraktiv, er det bestemt, at det selskab, der driver Thalys, for returflyvningen vil kunne benytte alle de tilbudspriser, som den fusionerede enhed tilbyder, og således vil have mulighed for at tilbyde kombineret transport til konkurrencedygtige priser (tilsagnspakkens punkt 7). I denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, at jernbaneselskabet Georg Verkehrsorganisation GmbH fører forhandlinger med Air France for at indgå en aftale om kombineret transport for markedet Paris-Amsterdam, hvilket viser den tiltrækning, som aftaler om kombineret transport udøver.

218 Sagsøgerens argument om, at Thalys er en bremse for en ny konkurrents indtrængen på forbindelsen Paris-Amsterdam, kan derfor ikke godtgøre, at den

undersøgelse af konkurrencen, som Kommissionen har foretaget, er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn. Følgelig bør anbringendets syvende led forkastes.

- 219 Det følger af den foregående gennemgang, at sagsøgeren ikke har ført bevis for et åbenbart urigtigt skøn, som må tilskrives Kommissionen, da sagsøgeren ikke har godtgjort, at de nævnte tilsagn ikke kunne fjerne den alvorlige tvivl om transaktionens forenelighed med fællesmarkedet. Følgelig bør det femte anbringende forkastes i sin helhed.
- 220 Under disse omstændigheder bør Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

Sagens omkostninger

- 221 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.
- 222 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer Den Franske Republik sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling)

- 1) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**
- 2) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.**
- 3) **Den Franske Republik bærer sine egne omkostninger.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 4. juli 2006.

E. Coulon

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter	II - 1942
Sagens faktiske omstændigheder	II - 1946
De berørte virksomheder	II - 1946
Den administrative procedure for Kommissionen	II - 1947
De af Kommissionen accepterede tilsagn	II - 1948
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 1951
Begæringen om bevisoptagelse	II - 1952
Formaliteten	II - 1954
Parternes argumenter	II - 1954
Rettens bemærkninger	II - 1954
Søgsmålskompetencen	II - 1954
Søgsmålsinteresse	II - 1957
Realiteten	II - 1958
Det første anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af, om den fusionerede enheds dominerende stilling er blevet styrket på de ruter, hvor der ikke forelå nogen overlapning mellem Air Frances og KLM's aktiviteter	II - 1959
Parternes argumenter	II - 1959
Rettens bemærkninger	II - 1962
— Den manglende undersøgelse af fusionens indvirkning på markedet for fritidsflyrejser	II - 1963
— Den manglende undersøgelse af fusionens indvirkning på de markeder, hvor der ikke er nogen overlapning	II - 1964
II - 2012	

Det andet anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af styrkelsen af den fusionerede enheds dominerende stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser	II - 1967
Parternes argumenter	II - 1967
Rettens bemærkninger	II - 1970
— Den manglende hensyntagen til styrkelsen af den dominerende stilling på markedet for køb af lufthavnstjenesteydelser	II - 1970
— Den fusionerede enheds styrkede indflydelse over for AdP	II - 1972
Det tredje anbringende om et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til substituerbarheden mellem CDG og Orly	II - 1973
Parternes argumenter	II - 1973
Rettens bemærkninger	II - 1975
— De to lufthavnes beliggenhed	II - 1975
— Den type flyvninger, der varetages fra de to lufthavne	II - 1976
Det fjerde anbringende om et åbenbart urigtigt skøn på grund af den manglende undersøgelse af fusionens virkninger på den potentielle konkurrence	II - 1978
Parternes argumenter	II - 1978
Rettens bemærkninger	II - 1979
— KLM's begrænsede hjemmemarked	II - 1980
— Den omstændighed, at Amsterdam, der er center for KLM's aktiviteter, er beliggende nær ved Paris, og at konkurrencen inden for international flytransport fra Paris er begrænset	II - 1982
Det femte anbringende om et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af de af fusionens parter afgivne tilsagn	II - 1983
Det første led om den manglende udvidelse af tilsagnene til de markeder, hvor der ikke er overlapning	II - 1984
— Parternes argumenter	II - 1984
— Rettens bemærkninger	II - 1985

Det andet led om, at tilsagnene ikke er attraktive for lavprisselskaberne	II - 1987
— Parternes argumenter	II - 1987
— Rettens bemærkninger	II - 1988
Det tredje led om manglende overførsel af en levedygtig aktivitet	II - 1990
— Parternes argumenter	II - 1990
— Rettens bemærkninger	II - 1991
Det fjerde led om et utilstrækkeligt antal afhændede ankomst- og afgangstids- punkter	II - 1993
— Parternes argumenter	II - 1993
— Rettens bemærkninger	II - 1994
Det femte led om de øvrige løsningers utilstrækkelighed	II - 1997
— Parternes argumenter	II - 1997
— Rettens bemærkninger	II - 1998
Det sjette led om den manglende identificering af en nytilkommen og fastsættelsen af en frist for denne tilkomst	II - 2001
— Parternes argumenter	II - 2001
— Rettens bemærkninger	II - 2003
Det syvende led om den manglende hensyntagen til højhastighedstoget Thalys som konkurrent	II - 2007
— Parternes argumenter	II - 2007
— Rettens bemærkninger	II - 2008
Sagens omkostninger	II - 2010