

RETTENS DOM (Første Afdeling)

19. maj 1994 ^{*}

I sag T-2/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France,
Paris, ved advokat Eduard Marissens, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxem-
bourg hos advokat Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Francisco Enrique Gonzáles
Díaz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Géraud de Bergues, der er udstation-
neret som national ekspert ved Kommissionen, som befuldmægtigede, og med
valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tje-
neste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

^{*} Processprog: fransk.

støttet af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved John D. Colahan, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af Barrister Christopher Vajda, Bar of England and Wales, og med valgt adresse i Luxembourg på Det Forenede Kongeriges Ambassade, 14, boulevard Roosevelt,

TAT SA, Tours (Frankrig), ved advokat Antoine Winckler, Paris, og Solicitor Romano Subiotto, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger og Hoss, 15, Côte d'Eich,

og

British Airways plc, Hounslow (Det Forenede Kongerige), ved Solicitors William Allan og James E. Flynn, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch og Wolter, 11, rue Goethe,

intervenienter,

angående en påstand om annulation af Kommissionens beslutning af 27. november 1992 (IV/M. 259 — British Airways/TAT) vedrørende en procedure om anvendelse af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget udgave offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Schington, og dommerne R. García-Valdecasas, H. Kirschner, B. Vesterdorf og K. Lenaerts,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 23. februar 1994,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske baggrund

1 Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 5. januar 1993 har Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France (herefter benævnt »Air France«) i medfør af EØF-traktatens artikel 173 anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 27. november 1992 (IV/M. 259 — British Airways/TAT, herefter benævnt »beslutningen«) vedrørende en procedure om anvendelse af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget udgave offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13, herefter benævnt »forordningen«).

- 2 Det fremgår af sagen, at den omhandlede fusion blev anmeldt til Kommissionen den 23. oktober 1992 i overensstemmelse med forordningens artikel 4. Den 31. oktober 1992 offentliggjorde Kommissionen den i forordningens artikel 4, stk. 3, foreskrevne meddelelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT C 283, s. 10). Ifølge punkt 4 i denne meddelelse opfordrede Kommissionen »andre interesserede parter til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger til den planlagte fusion«.
- 3 Under henvisning til denne meddelelse fremsatte sagsøgeren sine bemærkninger ved skrivelse af 9. november 1992; sagsøgeren bestred bl.a. den afgrænsning af det relevante marked, som Kommissionen havde lagt til grund, idet sagsøgeren fandt, at denne ikke tog hensyn til konkurrencesituationen inden for hele luftfartsmarkedet i Fællesskabet og navnlig ikke til den stærkere stilling, en af deltagerne i fusionen, British Airways plc (herefter benævnt »British Airways«), ville opnå på de internationale ruter inden for Fællesskabet.
- 4 Brevvekslingen mellem sagsøgeren og Kommissionen fortsatte ved skrivelser af 10. november, 17. november, 19. november, 23. november, 2. december og 21. december 1992.

Den anfægtede beslutning

- 5 I beslutningen fastslår Kommissionen under henvisning til forordningens artikel 6, stk. 1, litra b), at fusionen ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet.
- 6 Det fremgår af beslutningen, at British Airways ved fusionen erhverver 49,9% af kapitalen i selskabet TAT European Airlines (herefter benævnt »TAT EA«), idet de resterende 50,1% af kapitalen fortsat ejes af TAT SA (herefter benævnt »TAT«).

7 Aftalen giver endvidere British Airways en option på køb af de nævnte 50,1%, som kan udnyttes når som helst indtil den 1. april 1997. TAT har på sin side ret til at kræve, at British Airways køber de resterende 50,1% af TAT's kapital den 1. april 1997. Det anføres i beslutningens punkt 5, at eftersom det ikke er sikkert, at disse optioner vil blive udnyttet, anså Kommissionen det ikke for nødvendigt at tage hensyn til denne anden potentielle overdragelse ved bedømmelsen af den anmeldte fusion.

8 Det fremgår endvidere af beslutningen (punkt 6 og 7), at det i en aktionæroverenskomst mellem British Airways og TAT er bestemt, at:

- a) bestyrelsen i TAT EA skal bestå af ni medlemmer, hvoraf fem udpeges af TAT og fire af British Airways

- b) formanden og den administrerende direktør for TAT EA, der havde de samme stillinger i TAT, fortsætter i deres stillinger for en første periode på to år med tilslutning fra British Airways

- c) vigtigere beslutninger kun kan træffes af bestyrelsen i TAT EA, såfremt mindst et af de af TAT udpegede medlemmer og et af de af British Airways udpegede medlemmer stemmer for beslutningen (sådanne beslutninger omfatter bl.a. enhver ændring af den »business plan« (forretningsplan) for perioden 1993-1996, der er udarbejdet og godkendt af TAT og British Airways samtidig med overtagelsesaftalen)

- d) salgsdirektøren vil blive udnævnt af British Airways.

9 Forretningsplanen omhandler navnlig:

- 1) de ruter, der beflyves af TAT EA, såvel som de fly og de fartplaner, selskabet skal bruge

- 2) planen for flåden

- 3) beregninger vedrørende det antal passagerer, der skal transporteres, og den fortjeneste, der søges opnået

- 4) strategien med hensyn til de internationale ruter.

10 På grundlag af disse forhold konkluderer Kommissionen, at TAT EA »vil blive kontrolleret i fællesskab« af British Airways og TAT (punkt 9).

11 I beslutningens punkt 10-13, som vedrører spørgsmålet, om der foreligger en fusion som omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 4064/89, anfører Kommissionen først, at det fælles datterselskabs forudsatte varighed — ca. seks et halvt år, eftersom aftalen om joint venture-selskabet udløber den 1. april 1999, såfremt optionerne ikke udnyttes — er tilstrækkelig lang til varigt at ændre de berørte virksomheders struktur.

12 Kommissionen bemærker videre, at TAT efter overdragelsen af en del af kapitalen ophører med sin virksomhed på det område, overdragelsen vedrører, således at selskabet ikke længere kan betragtes som en aktuel eller potentiel konkurrent til TAT EA eller til British Airways. For så vidt angår konkurrenceforholdene mellem British Airways og TAT EA anfører Kommissionen, at British Airways vil have en væsentlig og voksende indflydelse med hensyn til, hvorledes joint venture-selskabet ledes og drives, og vil spille en dominerende rolle i virksomhedens ledelse.

- 13 På grundlag af det anførte fastslår Kommissionen, at British Airways' erhvervelse af den fælles kontrol med TAT EA hverken har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrencemæssige adfærd, jf. forordningens artikel 3, stk. 2, første afsnit, og den konkluderer herefter, at den omhandlede transaktion er en fusion som omhandlet i forordningens artikel 3, stk. 1.

- 14 Efter i beslutningens punkt 14 at have fastslået, at fusionen er af fællesskabsdimension, jf. forordningens artikel 1, stk. 2, undersøger Kommissionen i punkt 15-26, om den er forenelig med fællesmarkedet.

- 15 Kommissionen anfører, at British Airways ikke havde nogen som helst andel af de franske indenrigsruter før den anfægtede fusion, mens TAT EA i 1991 havde 3,8% af den totale rutetrafik opgjort som det samlede antal transporterede passagerer, og Air France (direkte eller gennem Air-Inter) havde en andel på 84,9% af passager-tallet. Kommissionen konkluderer på dette grundlag, at fusionen ikke medfører nogen overlapning med TAT EA's indenrigsruter, og at dens virkning er at give British Airways en begrænset adgang til det indenlandske franske rutenet samt visse muligheder for at opnå en kundetilførsel fra Frankrig.

- 16 Hvad angår TAT EA's og British Airways' internationale ruter anfører Kommissionen dernæst, at de eneste ruter, hvor der er en overlapning mellem TAT EA og British Airways, er Paris-London og Lyon-London.

- 17 På basis af disse to internationale ruter afgrænser Kommissionen derefter det relevante marked. Ifølge beslutningen (punkt 19) skal udgangspunktet herfor være en rute eller eventuelt et rutesystem, hvis de ruter, der indgår i systemet, er indbyrdes substituerbare. Andre faktorer, der kan lægges vægt på, er — stadig ifølge beslutningen — dels lufthavnenes struktur og kapacitet, dels virkningen af, at der inden

for et bestemt geografisk område findes et rutenet, der er omfattende eller har stort volumen.

- 18 For så vidt angår spørgsmålet, om de omhandlede ruter er substituerbare, finder Kommissionen, at hvert »bypar«, dvs. Paris-London og Lyon-London, kan anses for et marked. I forbindelse med nærværende fusion anser Kommissionen imidlertid spørgsmålet om substituerbarheden mellem lufthavne for væsentligt. Vedrørende dette spørgsmål og for så vidt angår ruten London-Paris undersøger Kommissionen konkurrencesituationen i de forskellige lufthavne, der kommer i betragtning. Den bemærker, at mens alle selskaber fra Paris udelukkende flyver fra Charles-de-Gaulle-lufthavnen, bruges der flere lufthavne fra London. British Airways beflyver i hovedsagen ruten Paris-London fra Heathrow Lufthavn, men den beflyver den også fra Gatwick Lufthavn med Dan Air. TAT EA flyver kun på denne rute fra Gatwick. TAT EA's og British Airways' vigtigste konkurrenter har ingen flyvninger til Paris fra Gatwick.
- 19 På grundlag af denne undersøgelse fastslår Kommissionen, at den omhandlede fusion ikke ændrer de markedsandele, som British Airways og TAT EA har på ruten Heathrow-Paris, hvorimod den på ruten Gatwick-Paris medfører, at deltagerne i fusionen får en markedsandel på 98,6%, nemlig 81,6% for Dan Air (British Airways) og 17% for TAT EA.
- 20 Totalt — dvs. for så vidt angår den samlede lufttrafik mellem London og Paris — fører fusionen til en markedsandel på 52,2% for koncernen British Airways-TAT EA, nemlig 49,5% for British Airways og 2,7% for TAT EA, hvis konkurrenter er Air France med 32,9%, British Midland med 9,4%, Air UK med 3,7%, Air Brymon med 1,1% og »andre« med 0,6% af markedet.

- 21 For så vidt angår ruten London-Lyon anfører Kommissionen, at British Airways og Air France kun flyver fra Heathrow, mens TAT EA kun beflyver ruten fra Gatwick. Der er ingen andre konkurrenter på de to ruter. Mens fusionen ikke har nogen virkninger, hvad angår ruten Heathrow-Lyon, giver den British Airways og TAT EA-koncernen 100% af markedet fra Gatwick. Dette betyder, at koncernen i alt har 58,6% af markedet (British Airways 45,3% og TAT EA 13,3%), mens Air France har de resterende 41,4%.
- 22 Ifølge Kommissionen foreligger der en vis substituerbarhed mellem lufthavnene Heathrow og Gatwick, men denne mulighed for substitution er ikke nødvendigvis af betydning på grund af overbelastningen af begge disse lufthavne.
- 23 Kommissionen konkluderer herefter (punkt 23), at den position, som British Airways opnår som følge af fusionen, vil kunne hindre konkurrencen på de berørte ruter. Den omstændighed, at der ikke er »slots« til rådighed i Gatwick og Heathrow, vil kunne hindre adgangen for konkurrenter, der eventuelt har interesse i de omhandlede ruter. For at tage hensyn til dette forhold har deltagerne i fusionen over for Kommissionen forpligtet sig til i givet fald at afstå et vist antal start- og landingstidspunkter til selskaber, der ønsker at flyve på de omhandlede ruter.
- 24 På grundlag af det anførte og de tilsagn, der er givet af deltagerne i fusionen, konkluderer Kommissionen i beslutningens afsnit VII, at fusionen ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet.

Retsforhandlingerne og parternes påstande

- 25 Ved kendelse af 15. juli 1993 har Retten (Første Afdeling) tilladt Det Forenede Kongerige samt British Airways og TAT at intervenere i sagen til støtte for sagsøgtes påstande.
- 26 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.
- 27 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og har besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 23. februar 1994.
- 28 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Kommissionens beslutning af 27. november 1992 (IV/M. 259 — British Airways/TAT) annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Sagsøgte frifindes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Det Forenede Kongerige har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens omkostninger.

31 Intervenienten TAT har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Subsidiært frifindes sagsøgte på faktisk såvel som på retligt grundlag.

— Det fastslås, at sagen er anlagt unødvendigt og af ond vilje, jf. procesreglementets artikel 87, stk. 3.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale samtlige sagsomkostninger, herunder intervenientens omkostninger.

32 Intervenienten British Airways har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises, subsidiært frifindes sagsøgte.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens omkostninger.

Formaliteten

Sammenfatning af parternes anbringender og argumenter

- 33 Uden formelt at påstå sagen afvist har Kommissionen anført, at den finder det »tvivlsomt, om sagen kan antages til realitetsbehandling, da sagsøgeren ikke har påvist, at selskabet er individuelt berørt af den retsakt, som det påstår annulleret«. Kommissionen har herved gjort gældende, at eftersom der ikke er indført en klageprocedure ved forordningen, kan de betingelser, som Domstolen har opstillet i dom af 28. januar 1986 (sag 169/84, Cofaz m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 391) i forbindelse med EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, med de fornødne ændringer anvendes som kriterier ved bedømmelsen af muligheden for at admittere et søgsmål rettet mod en beslutning, der er truffet i henhold til forordningen, og hvorefter et forhold er fundet foreneligt med fællesmarkedet.
- 34 Kommissionen erkender, at sagsøgeren har fremsat bemærkninger til fusionen i tilknytning til den meddelelse, der skal gives i henhold til forordningens artikel 4, stk. 3, hvilket er en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for, at søgsmålet kan admitteres.
- 35 Kommissionen er endvidere enig i, at Air France er TAT's vigtigste konkurrent. Ifølge Kommissionen har Air France imidlertid ikke angivet, hvorledes den omhandlede fusion i væsentligt omfang påvirker selskabets stilling på det relevante marked, hvilket er en betingelse i henhold til ovennævnte dom. Kommissionen har som eksempel anført, at sagsøgeren ikke har afgrænset de markeder, inden for hvilke den nye enhed kan bruge sin eventuelle dominerende stilling til skade for Air France.

- 36 Det Forenede Kongerige har tilsluttet sig Kommissionens opfattelse, hvorefter Retten i nærværende sag bør anvende de principper, der er opstillet i den ovennævnte dom, Cofaz m.fl. mod Kommissionen, og har endvidere anført, at reglerne om statsstøtte uden vanskelighed kan anvendes analogt på forordningens bestemmelser om fusioner.
- 37 Intervenienten TAT har ligeledes i det væsentlige tilsluttet sig Kommissionens argumentation. Hvad nærmere angår det første kriterium for afgørelsen af, om et søgsmål kan admitteres, nemlig at sagsøgeren har deltaget i den administrative procedure på en relevant måde, har TAT endvidere anført, at denne betingelse ikke er opfyldt i nærværende sag. TAT har anført, at Air France blot har besvaret en opfordring til at fremsætte bemærkninger i henhold til den meddelelse, der blev offentliggjort i medfør af forordningens artikel 4, og at sådanne bemærkninger ikke udgør en anmodning — om at indlede en mere omfattende procedure eller om at forbyde den anmeldte fusion — som Kommissionen kunne have afvist.
- 38 British Airways har anført, at Air France ikke har søgsmålsinteresse i henhold til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, således som denne bestemmelse er blevet fortolket i Domstolens faste praksis. Ifølge British Airways har Air France ikke gjort et regulært forsøg på at påvise, hvorledes selskabet selv berøres økonomisk eller retligt af den foranstaltning, som det anfægter. Ifølge British Airways har Air France anlagt sag som almindelig konkurrent, både på de ruter, der særligt berøres af fusionen, og inden for Fællesskabet i almindelighed.
- 39 Sagsøgeren har for det første anført, at selskabet — allerede fordi det har deltaget i den administrative procedure — er blevet individualiseret tilstrækkeligt til, at dets søgsmål vil kunne antages til realitetsbehandling. For det andet har sagsøgeren anført, at da det driver virksomhed inden for den samme sektor som de virksomheder, beslutningen er til fordel for, er dets konkurrenceposition nødvendigvis blevet berørt i væsentligt omfang ved den pågældende fusion som følge af den herved gennemførte sammenslutning af virksomheder. Disse to omstændigheder giver sagsøgeren en individuel interesse i traktatens artikel 173's forstand.

Retten bemærkninger

- 40 Retten bemærker indledningsvis, at sagsøgeren ikke er adressat for beslutningen, der er rettet til British Airways og TAT. Følgelig kan søgsmålet kun realitetsbehandles, såfremt sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen som omhandlet i EF-traktatens artikel 173, stk. 4, der svarer til den tidligere EØF-traktats artikel 173, stk. 2.
- 41 Det er i sagen uomtvistet mellem parterne, at sagsøgeren berøres umiddelbart af beslutningen. Det skal herefter undersøges, om selskabet også er individuelt berørt af beslutningen.
- 42 Det bemærkes i så henseende, at efter Domstolens faste praksis vil »andre personer end en beslutnings adressater ... kun kunne påstå, at de berøres individuelt, hvis denne beslutning 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« (jf. Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, og Rettens dom af 28.10.1993, sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169).
- 43 Retten må herefter undersøge, om sagsøgeren i nærværende sag befinder sig i en faktisk situation, der adskiller selskabet fra alle andre.
- 44 I denne forbindelse bemærker Retten for det første, at sagsøgeren, efter at den i forordningens artikel 4, stk. 3, foreskrevne meddelelse var givet, ved skrivelser af 9., 10., 19. og 23. november 1992 meddelte Kommissionen sine kritiske bemærkninger vedrørende fusionen og støttede disse på talmateriale og statistiske oplysninger. Kommissionen besvarede kritikken ved skrivelse af 17. novem-

ber 1992, der var underskrevet af det kommissionsmedlem, der havde ansvaret for konkurrencepolitikken. Kritikken vedrørte dels afgrænsningen af det marked, som ifølge sagsøgeren skulle tages i betragtning ved bedømmelsen af fusionens virkninger på markedet, dels spørgsmålet om fusionens følger for British Airways' konkurrenceposition i forhold til andre luftfartsselskaber, først og fremmest Air France. I de nævnte skrivelser anførte sagsøgeren således i det væsentlige de samme kritikpunkter som dem, selskabet har fremført i sine skriftlige indlæg for Retten. Det fremgår af Kommissionens skriftlige svar af 17. november 1992, at kommissionsmedlemmet havde pålagt sine tjenestegrene at foretage en omhyggelig gennemgang af Air France's bemærkninger, »således at der fuldt ud tages hensyn til dem ved undersøgelsen af fusionens forenelighed med fællesmarkedet«.

- 45 Det bemærkes for det andet, at det fremgår af selve ordlyden af den anfægtede beslutning, at konkurrencesituationen efter fusionen på de to markeder, der blev karakteriseret som de berørte markeder, blev bedømt af Kommissionen navnlig under hensyn til Air France's situation. I beslutningens punkt 17 sammenligner Kommissionen således konkurrencesituationen på de franske indenrigsruter i forholdet mellem British Airways, TAT og Air France og fastslår, at »langt det største luftfartsselskab, som driver virksomhed på dette marked, er Air France ... med en andel på 84,9% af det samlede passagertal ...«. I beslutningens punkt 20, hvor Kommissionen behandler spørgsmålet om substituerbarhed mellem lufthavnene, undersøges forholdene for British Airways, TAT og Air France indgående. Det samme ses i beslutningens punkt 21.

- 46 Det fremgår for det tredje af sagens akter, at sagsøgeren i henhold til en aftale, der blev indgået mellem selskabet, den franske regering og Kommissionen den 29. oktober 1990, blev pålagt at afhænde alle sine interesser i TAT senest den 30. juni 1992, og at fusionen mellem TAT og British Airways blev anmeldt til Kommissionen fire måneder senere.

- 47 Retten finder, at disse tre omstændigheder er tilstrækkelige til at adskille sagsøgeren fra alle andre, og at de derfor individualiserer sagsøgeren på lignende måde som beslutningens adressater.
- 48 Søgsmålet kan følgelig antages til realitetsbehandling.

Realiteten

- 49 Sagsøgeren har til støtte for sin påstand anført fire anbringender.
- a) Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af forordningens artikel 3, stk. 1, 2 og 3, idet Kommissionen hævdes at have fejlbedømt fusionens reelle indhold ved med urette at betragte den som oprettelse af et joint venture-selskab i stedet for at erkende, at British Airways i virkeligheden overtog ene-kontrollen med TAT EA.
- b) Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af forordningens artikel 1, stk. 1 og 2, artikel 2, stk. 1 og 3, og artikel 8, stk. 2 og 3, idet Kommissionen ikke har afgrænset det relevante marked på korrekt måde, hverken med hensyn til produkterne eller rent geografisk.
- c) Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190, idet Kommissionen har begrænset sin beskrivelse af det relevante marked til alene at omfatte de ruter, der direkte berøres af fusionen.
- d) Det fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og af EØF-traktatens artikel 155, idet Kommissionen har erklæret fusionen forenelig med fællesmarkedet, selv om en sådan fusion, såfremt den havde været kendt tidligere, ville have udelukket, at aftalen

af 29. oktober 1990 mellem sagsøgeren, den franske regering og Kommissionen blev indgået.

Første anbringende: Tilsidesættelse af forordningens artikel 3, stk. 1, 2 og 3

1. *Spørgsmålet om anbringendet kan realitetsbehandles*

50 Kommissionen har anført, at det første anbringende ikke kan realitetsbehandles, da sagsøgeren ikke ud fra de konkrete faktiske omstændigheder i sagen, således som de er beskrevet i beslutningens punkt 12, har påvist, hvorledes det forhold, at British Airways skulle have opnået enekontrol med TAT EA i stedet for en fælles kontrol, kunne udgøre et indgreb i Air France's lovlige interesser ved væsentligt at påvirke dets stilling på det eller de relevante markeder. Når British Airways antages kun at have erhvervet en kontrol i fællesskab med TAT, indebærer dette tværtimod, at fusionen må bedømmes på ny ved overgangen til en enekontrol, dvs. såfremt den købsoption, der er givet British Airways, udnyttes. Det kan ikke udelukkes, at Kommissionen i forbindelse med en sådan undersøgelse og under hensyn til udviklingen inden for lufttransporten — som efter Kommissionens opfattelse er en sektor i fuld udvikling — vil kunne nå til et andet resultat med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet eller anse det for nødvendigt at knytte nye vilkår til beslutningen for at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen har i duplikken sammenfattende anført, at »en virksomheds erhvervelse af en enekontrol eller en fælles kontrol med en anden virksomhed ikke er uvæsentlig for bedømmelsen i henhold til forordningens artikel 2 af en sådan erhvervelses virkninger for konkurrencen«.

51 Sagsøgeren har hertil anført, at konkurrencen påvirkes forskelligt i tilfælde af erhvervelse af en enekontrol og i tilfælde af erhvervelse af en fælles kontrol. I det

første tilfælde forsvinder en erhvervsdrivende nemlig fra markedet, samtidig med at den overtagende virksomheds stilling på markedet styrkes. Sagsøgeren finder følgelig, at Kommissionens bedømmelse af, om en fusion er forenelig med fællesmarkedet, blandt andet afhænger af, om den opnåede kontrol er en enekontrol eller en fælles kontrol.

- 52 Retten bemærker, at det klart fremgår af Kommissionens skriftlige indlæg, at den selv mener, at spørgsmålet om, hvorvidt TAT EA kontrolleres alene af British Airways eller af British Airways og TAT i fællesskab, »ikke er uvæsentlig« for bedømmelsen af fusionen i forhold til forordningens artikel 2. Kommissionen anfører således i duplikken, at der, såfremt British Airways' kontrol med TAT EA skifter karakter fra en fælles kontrol til en enekontrol, skal indgives anmeldelse, og den skal foretage en undersøgelse, der vil kunne føre til et andet resultat med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet.
- 53 Det følger af det anførte, at sagsøgeren ubestrideligt har en retlig interesse i, at Retten efterprøver Kommissionens bedømmelse af spørgsmålet, om British Airways har erhvervet en enekontrol eller en fælles kontrol med TAT EA, og at anbringendet dermed kan realitetsbehandles.

2. Realitetsbedømmelse af anbringendet

- 54 Anbringendet består af to led, for det første at Kommissionen har fejlbedømt fusionens virkelige karakter, og for det andet at Kommissionen har anlagt en

forkert bedømmelse af den option, British Airways har opnået ved aktionæroverenskomsten.

a) Anbringendets første led

— Sammenfatning af parternes argumentation

- 55 Sagsøgeren har anført, at spørgsmålet om, hvorvidt kontrollen med en virksomhed overtages alene eller i fællesskab, er et spørgsmål om de faktiske omstændigheder, der skal bedømmes i lyset af de økonomiske mål, som den overtagende virksomhed forfølger. Størrelsen af kapitalerhvervelsen, reglerne om afstemninger og den omstændighed, at der foreligger en forretningsplan, er kun finansielle og juridiske forhold, der ikke i sig selv gør det muligt at besvare dette spørgsmål.
- 56 Ifølge sagsøgeren fremgår det klart af selve beslutningen, at det virkelige formål med den omhandlede fusion er at indarbejde virksomheden TAT EA's aktiviteter, såvel de indenlandske som internationale, i British Airways' organisation og struktur. Kommissionen har imidlertid ikke undersøgt de reelle forhold. Den har således ikke taget hensyn til indholdet af forretningsplanen, selv om dette indhold er sådan, at det må fastslås, at den virksomhed, hvis juridiske form er et joint venture-selskab, blot er en facade, bag hvilken der i virkeligheden skjuler sig en overtagelse, hvorved British Airways opnår en enekontrol.
- 57 Sagsøgeren finder herefter, at Kommissionen — ved at lægge til grund, at der ved fusionen blev oprettet et joint venture-selskab som omhandlet i forordningens artikel 3, stk. 2, og ikke British Airways' overtagelse af TAT EA som omhandlet i artikel 3, stk. 1, med en enekontrol over virksomheden — alene tog hensyn til juridiske forhold og ikke drog de logiske konsekvenser af sine egne konstateringer af

økonomisk art. Den har dermed tilsidesat bestemmelserne i forordningens artikel 3, stk. 1, 2 og 3.

- 58 Kommissionen, der bestrider at have tilsidesat forordningens artikel 3 ved at konkludere, at British Airways i fællesskab med TAT har erhvervet kontrol med TAT EA, har understreget, at den herved ikke alene har taget hensyn til juridiske og finansielle forhold, men også og især til karakteren af de beslutninger, der altid kræver tilslutning fra begge de stiftende virksomheder, navnlig indholdet af joint venture-selskabets forretningsplan. Kommissionen har anført, at denne forretningsplan vedrører en række spørgsmål, såsom de ruter, der beflyves af det fælles datterselskab, flyene, fartplanerne, strategien på de internationale ruter osv., som efter deres art hænger nøje sammen med TAT EA's forretningsstrategi.
- 59 Det Forenede Kongerige har anført, at det er med rette, Kommissionen har fastslået, at TAT EA kontrolleres af British Airways og TAT i fællesskab, og at Kommissionens argumentation på dette punkt under alle omstændigheder, selv hvis den måtte være forkert, ikke har haft betydning for beslutningens konklusion, at den anmeldte fusion er forenelig med fællesmarkedet.
- 60 Ifølge intervenienten TAT fremgår det klart af omstændighederne i sagen, at British Airways ikke under nogen omstændigheder kan betragtes som udøvende enekontrol med joint venture-selskabet TAT EA, hverken retligt eller faktisk. Retligt set kontrollerer TAT alle de vigtige beslutninger vedrørende TAT EA's aktiviteter, så længe køboptionen ikke er blevet udøvet af British Airways.
- 61 Intervenienten British Airways har anført, at det er klart, at selskabet ikke har enekontrol over TAT EA, idet TAT fortsat har aktiemajoriteten, udpeger flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i TAT EA, og dets repræsentanter beklæder stillingerne som bestyrelsesformand og administrerende direktør for TAT EA

— Rettens bemærkninger

- 62 Indledningsvis bemærkes, at forordningens artikel 3, stk. 3, bestemmer: »Efter denne forordning opnås kontrol over en virksomhed gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift ...«.
- 63 I betragtning af sagens faktiske og retlige omstændigheder finder Retten, at Kommissionen med føje har fastslået, at der foreligger en fælles kontrol, som udøves af de to parter British Airways og TAT, med det joint venture-selskab, der er oprettet ved fusionen.
- 64 Det fremgår således navnlig af beslutningen, for det første at TAT indtil videre beholder 50,1% af kapitalen i TAT EA, og for det andet at vigtigere beslutninger kun kan træffes af TAT EA's bestyrelse, såfremt mindst et af de af TAT udpegede medlemmer og et af de af British Airways udpegede medlemmer stemmer for beslutningen.
- 65 I lyset af det anførte, og selv om British Airways udøver en væsentlig indflydelse, der endog vil være voksende, bemærkes, at Kommissionen med føje har lagt til grund, at der foreligger en fælles kontrol. Således er forretningsplanen, der indeholder de væsentlige retningslinjer for joint venture-selskabets drift, blevet vedtaget i fællesskab af British Airways og TAT og kan ikke ændres uden samtykke fra TAT, der har aktiemajoriteten i TAT EA og råder over flertallet af stemmerne i selskabets bestyrelse samt over stillingerne som bestyrelsesformand og administrerende direktør. At der foreligger en aftale om repræsentation og en ordning med »code-sharing« mellem TAT EA og British Airways kan på denne baggrund ikke

ændre den omstændighed, at British Airways kontrollerer TAT EA i fællesskab med TAT, idet aftaler som de nævnte på ingen måde ændrer fordelingen af beføjelserne vedrørende ledelsen af TAT EA og dermed den måde, hvorpå denne virksomhed kontrolleres, lige så lidt som virksomhedens juridiske status. De nævnte aftaler er nemlig resultatet af forhandlinger mellem parterne og kan kun indgås med samtykke fra direktionen for TAT EA i overensstemmelse med denne virksomheds vedtægter, således som de er beskrevet ovenfor.

66 Anbringendets første led må herefter forkastes.

b) Anbringendets andet led

— Sammenfatning af parternes argumentation

67 Sagsøgeren har anført, at udløbsdatoen for British Airways' frist til at udnytte den option, selskabet har med hensyn til resten af kapitalen i TAT EA, falder sammen med ikrafttrædelsesdatoen for fællesskabsbestemmelserne om liberalisering af cabotage inden for medlemsstaterne, dvs. den 1. april 1997. Dette sammenfald er på ingen måde tilfældigt og fjerner reelt enhver tvivl med hensyn til, om British Airways vil udnytte optionen. Ved ikke at tage hensyn til denne omstændighed har Kommissionen tilsidesat bestemmelserne i forordningens artikel 3.

68 Kommissionen har hertil anført, at når den undersøger en fusions forenelighed med fællesmarkedet, må den ikke tage hensyn til mere eller mindre hypotetiske forhold, som f.eks. en eventuel udnyttelse af en option i fremtiden, men alene til de

faktiske og retlige forhold, der foreligger på tidspunktet for anmeldelsen. Det tidsmæssige sammenfald, som sagsøgeren har henvist til, ændrer ikke denne situation.

- 69 Intervenienten TAT har for det første anført, at de tjenesteydelser inden for luftfarten, som TAT EA leverer i Frankrig, ikke under nogen omstændigheder kan betegnes som cabotage, og for det andet, at British Airways' kapitalerhvervelse i en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, blot er udtryk for, at selskabet udøver sin ret til fri etablering.

— Rettens bemærkninger

- 70 Som det anføres af sagsøgte, skal Kommissionens bedømmelse af en fusions forenelighed med fællesmarkedet udelukkende foretages på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder, der foreligger på tidspunktet for anmeldelsen af fusionen, og ikke på grundlag af hypotetiske forhold, hvis økonomiske rækkevidde ikke kan vurderes på det tidspunkt, hvor beslutningen træffes.
- 71 Det fremgår af akterne i den foreliggende sag, at spørgsmålet om British Airways' udnyttelse af den option, der er indrømmet selskabet, er hypotetisk i den forstand, at det for det første står fast, at British Airways på det tidspunkt, da beslutningen blev truffet, ikke havde udnyttet optionen, og sagsøgeren for det andet ikke har godtgjort, at British Airways på dette tidspunkt havde eller nu har til hensigt at udnytte den.

- 72 Det er under disse omstændigheder med føje, at Kommissionen ikke tog hensyn til denne potentielle transaktion med henblik på bedømmelsen af den fusion, som den skulle tage stilling til. Følgelig må anbringendets andet led forkastes.

Det andet anbringende: Tilsidesættelse af forordningens artikel 1, 2 og 8

Sammenfatning af parternes argumentation

- 73 Sagsøgeren har anført, at den afgrænsning af det relevante marked, som Kommissionen har lagt til grund i beslutningens punkt 19-22, hvorefter de to relevante markeder er ruterne Paris-London og Lyon-London, er meget ufuldstændig og derfor forkert, da den ikke er i overensstemmelse med de faktiske økonomiske forhold. Sagsøgeren kritiserer Kommissionen for ikke at have taget hensyn til de faktiske økonomiske forhold i forbindelse med British Airways' europæiske rutenet. Efter de faktiske forhold burde Kommissionen som det relevante marked lægge markedet for den internationale luftfart, uanset hvor denne udøves inden for fællesmarkedets område mellem forskellige medlemsstater, til grund. Hvis Kommissionen havde gjort det, ville den dels have konstateret, at British Airways som følge af fusionen er i stand til via TAT EA at trække franske kunder til London og tilbyde dem selskabets ydelser inden for international luftfart med denne by som udgangspunkt, dels at British Airways takket være fusionen ejer eller kontrollerer fire af de syv selskaber, der flyver på ruten London-Paris, og er det eneste selskab, der selv eller via tilknyttede selskaber flyver fra alle lufthavnene i Londonområdet.

- 74 Sagsøgeren har endvidere kritiseret Kommissionen for ikke at have taget hensyn til, at artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til lufruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8) indeholder en bestemmelse om, at enhver medlemsstat fra den 1. april 1997 inden for sit eget område skal give tilladelse til cabotage, der foretages af luftfartsselskaber, som har fået udstedt licens af en anden medlemsstat. Sagsøgeren har gjort

gældende, at British Airways således i kraft af den anfægtede fusion og enten i eget eller i TAT EA's regi efter den 1. april 1997 vil kunne opbygge en virksomhed inden for fransk indenrigstrafik med udgangspunkt i Paris og Lyon, hvilket Kommissionen burde have taget hensyn til.

- 75 Sagsøgeren har konkluderet, at Kommissionen ved udelukkende at bedømme fusionens virkninger på de to ruter, der direkte berøres af den, ikke har foretaget en korrekt bedømmelse af fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Sagsøgeren har herved anført, at når selskabet har godtgjort, at Kommissionen ikke har afgrænset det relevante marked korrekt, kan det ikke over for selskabet indvendes, at det hverken har påvist eller forsøgt at påvise, at fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling på markedet.
- 76 Kommissionen har anført, at den afgrænsning af det relevante marked, som den har foretaget i beslutningen, er i overensstemmelse med såvel Domstolens retspraksis (dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803) som med dens egen praksis. Den har endvidere anført, at den som krævet af sagsøgeren tillige har taget hensyn til fusionens mere generelle virkninger på konkurrencen mellem luftfartsselskaber af europæisk størrelsesorden og navnlig til den virkning, som integrationen af TAT EA i British Airways' rutenet har på den konkurrence, som for fremtiden vil finde sted på dette mere generelle niveau mellem selskaber af denne størrelse.
- 77 Det Forenede Kongerige og intervenienterne TAT og British Airways har tilsluttet sig Kommissionens opfattelse vedrørende afgrænsningen af det relevante marked. Det Forenede Kongerige har anført, at det ikke er bevist, at fusionen på et af de relevante markeder har skabt eller styrket en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt. Ifølge Det Forenede Kongerige var der således juridisk intet grundlag for at træffe en anden beslutning end den, som blev truffet. TAT har anført, at Air France ved at udvide afgrænsningen af markedet gør det tilsvarende mere usandsynligt, at der er etableret en dominerende

stilling for British Airways på det således definerede marked. TAT finder følgelig, at såfremt den af sagsøgeren foreslåede afgrænsning af markedet blev lagt til grund, måtte der så meget mere gives tilladelse til fusionen. Endelig har British Airways anført, at det i betragtning af, hvor forskelligartede og spredte de pågældende ydelser er, er forkert at afgrænse markedet så vidt som foreslået af sagsøgeren.

Rettens bemærkninger

- 78 Det bemærkes, at forordningens artikel 2, stk. 2, bestemmer: »Fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet«. Derimod skal ifølge artikel 2, stk. 3, fusioner, der skaber eller styrker en sådan stilling, erklæres uforenelige med fællesmarkedet.
- 79 Det fremgår af disse bestemmelser, at Kommissionen skal erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet, såfremt to betingelser er opfyldt, hvoraf den første er, at fusionen hverken skaber eller styrker en dominerende stilling, og den anden, at konkurrencen på fællesmarkedet ikke hæmmes betydeligt som følge af, at en sådan position skabes eller styrkes. 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.
- 80 Med henblik på at bedømme, om den første betingelse er opfyldt i et konkret tilfælde, skal Kommissionen først afgrænse det relevante marked (jf. analogt Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 69, samt, efter appel, Domstolens dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667).

- 81 Det skal i så henseende bemærkes, at Kommissionen i nærværende sag i beslutningens punkt 19 som det relevante marked har anvendt det enkelte »bypar«, der udgør udgangspunktet og ankomstpunktet for de ruter, som den har anset for direkte berørt af fusionen, hvorefter den i beslutningens punkt 26 har konkluderet, at fusionen hverken skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes.
- 82 Eftersom sagsøgeren på den ene side har anført, at selskabet ikke principielt bestrider rigtigheden af den afgrænsning af markedet, som Kommissionen har lagt til grund, men på den anden side anser den for meget ufuldstændig og dermed forkert, skal Retten efterprøve den afgrænsning af det relevante marked, som Kommissionen har lagt til grund.
- 83 Retten finder, at Kommissionens afgrænsning af markedet er korrekt, såvel med hensyn til det omhandlede produkt som i geografisk henseende.
- 84 Den anvendte afgrænsning af markedet er således i overensstemmelse med de principper, som Domstolen angav i sin ovennævnte dom i Ahmed Saeed-sagen, idet Kommissionen i beslutningens punkt 17-21 har undersøgt de to ruter, på hvilke der forelå en overlapning mellem de ydelser, der tilbydes af deltagerne i fusionen, nemlig Paris-London og Lyon-London, samt undersøgt, om de eventuelt kunne substitueres med andre ruter, hvorefter den på overbevisende måde har konkluderet, dels at der ikke er substituerbarhed mellem disse to ruter og andre ruter, dels at der er en meget ringe grad af substituerbarhed mellem de to ruter indbyrdes.
- 85 Retten bemærker endvidere, at det fremgår, om end kortfattet og summarisk, af beslutningens punkt 17 og 19, at Kommissionen ikke nøjedes med at undersøge den planlagte fusions virkninger på de to ruter, der direkte berørtes af den planlagte fusion, men at den også bedømte dennes virkninger mere generelt, dels for så vidt angår den internationale flytrafik med udgangspunkt i Frankrig (punkt 17),

dels for så vidt angår virkningerne på et rutenet, der er omfattende eller har stort volumen (punkt 19). Følgelig har sagsøgerens kritik af Kommissionen på dette punkt ikke grundlag i de faktiske forhold og kan derfor ikke tiltrædes af Retten.

86 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at som anført af Det Forenede Kongerige har sagsøgeren ikke — hverken udtrykkeligt eller forudsætningsvis — i sine skriftlige indlæg for Retten gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skøn ved at fastslå, at fusionen hverken skabte eller styrkede en dominerende stilling på de markeder, som den anså for relevante, lige så lidt som sagsøgeren har gjort gældende, at en sådan stilling er blevet skabt eller styrket på markedet, således som sagsøgeren mener, at det burde være afgrænset. Under disse omstændigheder kan sagsøgeren ikke anfægte lovligheden af Kommissionens beslutning om at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet.

87 Der kan ikke heroverfor henvises til de argumenter, som sagsøgeren har anført i anbringendets anden og tredje led. Selv om den omhandlede fusion, således som det er anført af Kommissionen i beslutningens punkt 17, gør det muligt for British Airways at få tilført franske kunder til sine ydelser inden for international luftfart med udgangspunkt i Det Forenede Kongerige, og selv om det er rigtigt, at British Airways kontrollerer fire af de syv selskaber, der beflyver ruten London-Paris, og selv om det yderligere antages at være rigtigt, at British Airways ved hjælp af fusionen lettere end andre ikke-franske luftfartsselskaber vil kunne udvikle en virksomhed inden for fransk indenrigsluftfart efter den 1. april 1997, står det dog fast, at sagsøgeren ikke har godtgjort, hvorfor disse omstændigheder burde have foranlediget Kommissionen til at forbyde fusionen, når der ikke var tale om, at en dominerende stilling blev skabt eller styrket på noget som helst marked.

88 Anbringendet må følgelig forkastes.

Tredje anbringende: Tilsidesættelse af traktatens artikel 190

Sammenfatning af parternes argumentation

- 89 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen — efter at sagsøgeren har foreslået to forskellige afgrænsninger, som nødvendigvis supplerer hinanden, af det produktmarked og geografiske marked, der berøres af fusionen — har tilsidesat traktatens artikel 190 ved ikke at have anført sin begrundelse for kun at støtte den anfægtede beslutning på den ene af disse to afgrænsninger.
- 90 Kommissionen har anført, at den efter Domstolens faste praksis ikke er forpligtet til at begrunde en afvisning af anbringender, der fremføres af parterne i forbindelse med den administrative procedure, og så meget desto mindre en afvisning af anbringender fremført af tredjemænd. Hertil kommer, at den i definitionen ikke alene tog hensyn til de aspekter, der navnlig vedrørte de europæiske rutenet og forholdene i lufthavnene, men også anførte de omstændigheder, der var nødvendige for at begrunde, at den ikke i enkeltheder tog hensyn til fusionens virkninger for British Airways' rutenet.
- 91 I det omfang de har fremsat bemærkninger til dette punkt, har intervenienterne tilsluttet sig Kommissionens argumentation.

Rettens bemærkninger

- 92 Det bemærkes, at det fremgår af Domstolens og Rettens faste praksis, at selv om Kommissionen i henhold til traktatens artikel 190 er forpligtet til at begrunde sine beslutninger og herved anføre de faktiske og retlige omstændigheder, som er

afgørende for foranstaltningens lovlighed, samt de betragtninger, der har ført til dens beslutning, kræves det dog ikke, at den imødegår samtlige faktiske og retlige indsigelser, der er rejst af hver enkelt af de berørte parter under den administrative procedure (jf. bl.a. Rettens dom af 17.12.1991, sag T-8/89, DSM mod Kommissionen, Sml. II, s. 1833, præmis 257).

- 93 I nærværende sag finder Retten, at de faktiske og retlige omstændigheder såvel som de andre betragtninger, der har ført Kommissionen til at træffe den anfægtede beslutning, klart fremgår af beslutningens begrundelse. Eftersom Kommissionen ikke var forpligtet til at begrunde sin afvisning af den videre afgrænsning af markedet, som var foreslået af Air France, der ikke var part i sagen, kan den således ikke anses for at have tilsidesat sin begrundelsespligt på dette punkt.
- 94 Retten bemærker i øvrigt, som den har fastslået ovenfor (præmis 86), at Kommissionen faktisk i beslutningen ikke alene har taget hensyn til de to ruter, der er direkte berørt af fusionen, men at den også mere generelt har vurderet virkningerne af den planlagte fusion.
- 95 Anbringendet må følgelig forkastes.

Fjerde anbringende: Tilsidesættelse af den berettigede forventning

Sammenfatning af parternes argumentation

- 96 I forbindelse med dette anbringende har sagsøgeren anført, at selskabet den 29. oktober 1990, efter at det havde fusioneret med andre franske luftfartsselskaber — UTA og Air Inter — indgik en aftale med Kommissionen og den franske regering,

hvori indgik en forpligtelse for selskabet til ikke længere at deltage i de besluttende organer i TAT, som Air France dengang var aktionær i, og til at afhænde alle sine interesser i det nævnte selskab senest den 30. juni 1992. Det eneste formål med denne forpligtelse til at afhænde interesserne var at sikre, at sagsøgeren på det indenlandske franske luftfartsmarked havde konkurrence fra en uafhængig virksomhed.

- 97 Sagsøgeren har anført, at ikke blot var det på ingen måde forudset, at et udenlandsk selskab af sammenlignelig størrelse, nemlig British Airways, kunne træde i sagsøgerens sted som aktionær med en delvis kontrollerende eller kontrollerende indflydelse på TAT EA, men at en sådan mulighed ville have udelukket, at en sådan aftale var blevet indgået. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen hverken under de forberedende forhandlinger eller i forbindelse med selve indgåelsen af aftalen af 29. oktober 1990 tilkendegav, at den anså det for muligt, og endog for foreneligt med fællesmarkedet, at sagsøgeren i selskabet TAT blev erstattet af et konkurrerende udenlandsk selskab af samme størrelse. Den omtvistede beslutning er følgelig i modstrid med aftalen.
- 98 Sagsøgeren har herefter konkluderet, at Kommissionen ved at erklære fusionen mellem British Airways og TAT EA forenelig med fællesmarkedet i hvert fald for så vidt angår sidstnævntes indenlandske virksomhed har tilsidesat sin forpligtelse til at beskytte sagsøgerens berettigede forventning og dermed har overtrådt det almindelige fællesskabsretlige princip om beskyttelse af den berettigede forventning samt traktatens artikel 155, som begge har forrang for bestemmelserne i en forordning.
- 99 Kommissionen har over for dette argument anført, at den kontrol med TAT EA, som British Airways har erhvervet, på ingen måde er i strid med bestemmelserne og ånden i aftalen af 29. oktober 1990, og at den blot styrker udsigterne til en forstærket konkurrence på det franske indenrigsmarked på grund af TAT EA's placering som »uafhængig konkurrent til Air France«, hvilket var Kommissionens eneste interesse på tidspunktet for aftalens indgåelse. Ifølge Kommissionen kan den omstændighed, at en sådan mulighed, som den i øvrigt ikke kunne forudse, ikke blev nævnt under de drøftelser, der gik forud for indgåelsen af aftalen, ikke medføre, at den — endog i strid med Fællesskabets grundlæggende principper,

herunder retten til fri etablering — skal forbyde en fusion, der er forenelig med fællesmarkedets konkurrenceregler.

- 100 Det Forenede Kongerige har anført, at dette anbringende »på det principielle plan er grundlæggende forkert«. Det Forenede Kongerige finder i øvrigt, at der ikke foreligger nogen modstrid mellem den pågældende aftale og beslutningen og derfor heller ikke en tilsidesættelse af den berettigede forventning.
- 101 De to andre intervenienter har tilsluttet sig Kommissionens og Det Forenede Kongeriges argumentation.

Rettens bemærkninger

- 102 Det bemærkes, at det følger af det indbyrdes rangforhold mellem Fællesskabets retsakter, således som det er fastlagt i traktaten og fastslået i fællesskabsretspraksis, at en generel retsakt ikke stiltiende kan ændres ved en individuel beslutning (jf. Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 44). Det følger heraf, at en fællesskabsinstitution ikke i medfør af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kan tvinges til at anvende en fællesskabsbestemmelse ulovligt.
- 103 Retten bemærker, at det under alle omstændigheder i nærværende sag fremgår af sagens akter, at aftalen, der blev indgået mellem den franske regering, Air France og Kommissionen den 29. oktober 1990, kun indeholder forpligtelser for de to førstnævnte parter, idet Kommissionen for sit vedkommende ikke påtog sig nogen forpligtelse. Det følger således ikke af selve bestemmelserne i den nævnte aftale

eller af nogen anden omstændighed, der er påberåbt for Retten, at Kommissionen skulle have forpligtet sig til ikke at erklære en fusion mellem TAT og et konkurrerende selskab af samme størrelse som Air France forenelig med fællesmarkedet. Sagsøgeren har herefter ikke i fornødent omfang godtgjort, at der er opstået en berettiget forventning for selskabet.

104 Anbringendet må følgelig forkastes.

105 Det følger i det hele af det anførte, at sagsøgte skal frifindes.

Sagens omkostninger

106 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 da sagsøgte og intervenienterne har påstået sagsøgeren tilpligtet at betale sagens omkostninger, bør sagsøgeren dømmes til at betale omkostningerne, herunder omkostningerne for intervenienterne TAT og British Airways. Eftersom sagsøgeren pålægges at betale sine egne omkostninger samt omkostningerne for sagsøgte og for intervenienterne TAT og British Airways, er det ufornuddent at træffe afgørelse om intervenienten TAT's påstand om, at Retten anvender procesreglementets artikel 87, stk. 3, vedrørende erstatning af de udgifter, der er påført unødvendigt eller af ond vilje.

107 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det Forenede Kongerige skal følgelig bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Første Afdeling)

- 1) Sagsøgte frifindes.
- 2) Sagsøgeren betaler sine egne omkostninger såvel som de omkostninger, der er afholdt af sagsøgte og intervenienterne TAT og British Airways.
- 3) Det Forenede Kongerige betaler sine egne omkostninger.

Schintgen

García-Valdecasas

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. maj 1994.

H. Jung

R. Schintgen

Justitssekretær

Afdelingsformand