

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

4 juli 2006*

In zaak T-177/04,

easyJet Airline Co. Ltd, gevestigd te Luton (Verenigd Koninkrijk), aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Cook, J. Parker en S. Dolan, solicitors, vervolgens door M. Werner en M. Waha, advocaten, L. Mills, solicitor, M. de Lasala Lobera en R. Malhotra, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Oliver, A. Bouquet en A. Whelan als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweester,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 11 februari 2004 waarbij de concentratie tussen de vennootschap Air France en Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, mits de voorgestelde verbintenissen worden nagekomen (zaak COMP/M.3280 — Air France/KLM),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. Pirrung, kamerpresident, N. J. Forwood en S. Papasavvas, rechters,
griffier: K. Andová, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 23 november 2005,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

- 1 Luidens artikel 1 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [PB L 395, blz. 1, zoals gerectificeerd (PB 1990, L 257, blz. 13), en zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1), zoals gerectificeerd (PB 1998, L 40, blz. 17)], geldt de verordening voor alle concentraties die in de zin van de leden 2 en 3 van dit artikel worden beschouwd als concentraties van communautaire dimensie.
- 2 Conform artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89, moeten concentraties van communautaire dimensie vooraf bij de Commissie worden aangemeld.
- 3 Luidens artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89, besluit de Commissie, indien zij constateert dat de aangemelde concentratie weliswaar binnen het toepassingsgebied van de verordening valt, maar er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, zich er niet tegen te verzetten en verklaart zij haar verenigbaar met de gemeenschappelijke markt (hierna: „fase I”).

- 4 Artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 daarentegen bepaalt, dat de Commissie, indien zij constateert dat de aangemelde concentratie binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt en er grote twijfel bestaat over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, beslist de procedure in te leiden (hierna: „fase II”).
- 5 Artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 luidt:

„Indien de Commissie constateert dat er, ingevolge door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen, niet langer ernstige twijfel in de zin van lid 1, sub c, bestaat ten aanzien van een aangemelde concentratie, kan zij besluiten de concentratie verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig lid 1, sub b.

De Commissie kan aan haar beschikking krachtens lid 1, sub b, voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt.”

- 6 Luidens artikel 6, lid 3, sub b, van verordening nr. 4064/89, kan de Commissie haar beschikking intrekken indien de betrokken ondernemingen in strijd met één van de bij de beschikking opgelegde verplichtingen handelen.
- 7 In de mededeling betreffende op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 en verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2001, C 68, blz. 3; hierna: „mededeling betreffende corrigerende

maatregelen”), zet de Commissie de richtsnoeren uiteen die zij inzake verbintenissen wil volgen, en verklaart zij in het bijzonder:

- de partijen moeten duidelijk kunnen bewijzen dat de corrigerende maatregel de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op duurzame wijze herstelt (punt 6), en van meet af aan alle onzekerheden wegnemen in verband met het soort, de omvang en de draagwijdte van de voorgestelde maatregel, maar ook met de vraag in hoeverre de maatregel succesvol, volledig en tijdig door de partijen ten uitvoer kan worden gelegd (punt 7);
- verbintenissen moeten in de eerste plaats bedoeld zijn om concurrerende marktstructuren te waarborgen; verbintenissen van structurele aard, zoals de verbintenis om een dochteronderneming te verkopen, zijn vanuit de doelstelling van verordening nr. 4064/89 in de regel te verkiezen, voorzover een dergelijke verbintenis verhindert dat een eerder door de Commissie onderkende machtspositie in het leven zou worden geroepen of versterkt en voorzover zij bovendien geen toezichtmaatregelen vergt op middellange of lange termijn; er kan evenwel niet automatisch worden uitgesloten dat andere soorten verbintenissen op zich ook kunnen verhinderen dat een machtspositie zou ontstaan of worden versterkt; of dergelijke verbintenissen aanvaardbaar zijn, moet per geval worden onderzocht (punt 9);
- de verbintenissen die in fase I aan de Commissie worden voorgelegd, moeten onmiskenbaar volstaan om alle „ernstige twijfel” in de zin van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 weg te nemen (punt 11);
- wanneer een concentratievoornemen een machtspositie in het leven dreigt te roepen of te versterken die daadwerkelijke mededinging zou belemmeren, bestaat de meest doelmatige methode om de daadwerkelijke mededinging te herstellen, afgezien van een verbod, erin de voorwaarden tot stand te brengen waaronder een nieuwe concurrerende entiteit kan ontstaan of waarin bestaande concurrenten via een afstoting worden versterkt (punt 13);

- de afgestoten activiteiten moeten in een levensvatbaar bedrijfs onderdeel worden ondergebracht, hetgeen inhoudt dat wanneer dit bedrijfs onderdeel door een geschikte koper wordt geëxploiteerd, het daadwerkelijk en op duurzame basis met de fusieonderneming moet kunnen concurreren; in de regel is een levensvatbaar bedrijfs onderdeel een bestaand bedrijfs onderdeel dat autonoom kan functioneren, waarmee wordt bedoeld dat het alleen gedurende een zekere overgangperiode aangewezen mag zijn op de fuserende partijen voor de levering van productiemiddelen of voor andere vormen van samenwerking (punt 14);

 - in sommige gevallen hangt de levensvatbaarheid van het afstotingspakket als gevolg van de aard van de in het af te stoten bedrijfs onderdeel ondergebrachte activa in belangrijke mate af van de identiteit van de koper; in dat geval zal de Commissie de concentratie enkel goedkeuren wanneer de partijen zich ertoe verbinden de aangemelde transactie pas te zullen afronden zodra zij met betrekking tot het af te stoten bedrijfs onderdeel een door de Commissie goedgekeurde, bindende overeenkomst met een koper hebben gesloten (punt 20);

 - hoewel afstoting de voorkeur geniet, is het niet de enige oplossing die aanvaardbaar is voor de Commissie; er kunnen zich namelijk situaties voordoen waarin een afstoting van een bedrijfs onderdeel niet mogelijk is; in die gevallen moet de Commissie nagaan of er geen andere oplossingen bestaan die een toereikend effect op de markt sorteren om de daadwerkelijke mededinging te herstellen (punt 26).
- 8 Luidens de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5; hierna: „bekendmaking inzake de bepaling van de markt”) zijn ondernemingen onderworpen aan drie voornamelijk bronnen van concurrentiedwang: de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde, en de potentiële concurrentie. Vanuit economisch standpunt is — voor de bepaling van de relevante markt — substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en daadwerkelijke disciplinerende factor voor de aanbieders van een bepaald product, inzonderheid met betrekking tot hun prijsbeleid (punt 13).

Feiten

1. *Betrokken ondernemingen*

- 9 Op 11 februari 2004 heeft de Commissie na afloop van fase I een beschikking vastgesteld, waarbij zij op grond van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaarde, mits de voorgestelde verbintenissen werden nagekomen (zaak COMP/M.3280 — Air France/KLM) (PB C 60, blz. 5; hierna: „bestreden beschikking”). Verzoekster is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde budgetluchtvaartmaatschappij, die tegen aantrekkelijke prijzen vluchten naar verschillende bestemmingen in Europa aanbiedt.
- 10 Air France is een in Frankrijk gevestigde luchtvaartmaatschappij die hoofdzakelijk in drie sectoren actief is: luchtvervoer van passagiers, vrachtactiviteiten en onderhoud. Air France exploiteert een stervormig netwerk met voor internationale vluchten de luchthaven Roissy-Charles-de-Gaulle (hierna: „CDG”) en voor binnenlandse vluchten de luchthaven Paris-Orly (hierna: „Orly”) als belangrijkste hubs. Air France is verder medeoprichtster van de SkyTeam-alliantie, die verder uit de vennootschappen Aeromexico, Alitalia, Continental Airlines, CSA Czech Airlines, Delta, Northwest Airlines en Korean Air bestaat.
- 11 KLM is een in Nederland gevestigde luchtvaartmaatschappij, die hoofdzakelijk in vier sectoren opereert: luchtvervoer van passagiers, vrachtactiviteiten, onderhoud en het aanbieden, via haar dochteronderneming Transavia, van chartervluchten en goedkope lijnvluchten. KLM exploiteert een stervormig netwerk met de luchthaven Amsterdam-Schiphol als belangrijkste hub. KLM heeft met Northwest Airlines een alliantieovereenkomst gesloten die hoofdzakelijk de Noord-Atlantische routes betreft.

2. *Administratieve procedure voor de Commissie*

- 12 Op 18 december 2003 hebben Air France en KLM bij de Commissie op grond van verordening nr. 4064/89 een op 16 oktober 2003 ondertekende raamovereenkomst aangemeld. Volgens deze overeenkomst zou Air France alle economische belangen van KLM alsook geleidelijk de controle over laatstgenoemde verwerven. Air France zou namelijk eerst 49 % van de stemrechten in KLM verwerven, waardoor zij een vetorecht zou verkrijgen op de strategische verrichtingen, te weten de vaststelling van het strategisch plan, de begroting en de benoeming van de bedrijfsleiding van KLM, en daarna de overige stemrechten (hierna: „concentratie”).
- 13 Op 23 december 2003 heeft de Commissie op grond van artikel 11 van verordening nr. 4064/89 tot meer dan 90 concurrenten, waaronder verzoekster, een verzoek om inlichtingen over de concentratie gericht. Op 14 januari 2004 heeft verzoekster haar opmerkingen ingediend.
- 14 Op 21 januari 2004 hebben Air France en KLM de Commissie op grond van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 verbintenissen voorgesteld. Op 23 januari 2004 heeft de Commissie deze verbintenissen aan de belanghebbenden gestuurd met het verzoek om van hun opmerkingen in kennis te worden gesteld. Op 30 januari en 4 februari 2004 heeft verzoekster haar opmerkingen over de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen bekendgemaakt.
- 15 Na fase I heeft de Commissie op 11 februari 2004 de bestreden beschikking vastgesteld, waarbij zij zich op het standpunt stelde dat de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt was, mits de voorgestelde verbintenissen werden nagekomen.

3. Door de Commissie aanvaarde verbintenissen

16 Om de ernstige twijfels over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt weg te nemen, hebben Air France en KLM verbintenissen voorgesteld, waarmee de mededingingsproblemen op veertien routes, waaronder negen in Europa (Parijs-Amsterdam, Lyon-Amsterdam, Marseille-Amsterdam, Toulouse-Amsterdam, Bordeaux-Amsterdam, Milaan-Amsterdam, Rome-Amsterdam, Venetië-Amsterdam en Bologna-Amsterdam), moesten worden opgelost. De verbintenissen, die aan het toezicht van een geïmplementeerde zijn onderworpen, kunnen worden samengevat als volgt:

- verbintenissen met betrekking tot de kortereafstandsroutes (Europese routes): de gefuseerde entiteit verbindt zich ertoe te Amsterdam en/of Parijs en/of Lyon en/of Milaan en/of Rome zonder vergoeding en volgens de in de verbintenissen uiteengezette procedure een aantal slots ter beschikking te stellen, en één of meer nieuwkomers de mogelijkheid te bieden om op bepaalde Europese routes dagelijks (nieuwe of extra) rechtstreekse passagierslijndiensten aan te bieden; op de route Parijs-Amsterdam moeten tot zes vluchten per dag worden afgestaan, op de route Milaan-Amsterdam tot vier per dag, op de routes Lyon-Amsterdam en Rome-Amsterdam tot drie per dag en, op de routes Marseille-Amsterdam, Toulouse-Amsterdam, Bordeaux-Amsterdam, Venetië-Amsterdam en Bologna-Amsterdam tot twee per dag;
- verbintenissen met betrekking tot de langereafstandsroutes (intercontinentale routes): in de luchthavens van Amsterdam en Parijs worden slots ter beschikking gesteld voor de langereafstandsroutes die volgens de bestreden beschikking mededingingsproblemen doen rijzen;

- verbintenissen met betrekking tot de voorwaarden waaronder slots worden afgestaan: de door de gefuseerde entiteit vrijgegeven slots mogen voor langeafstandsroutes niet meer dan 90 minuten, en voor Europese routes niet meer dan 30 minuten van het door de nieuwkomer aangevraagde tijdstip afwijken; omdat CDG en Orly voor de Europese passagiersvluchten onderling substitueerbaar zijn, kunnen potentiële nieuwkomers zowel in de ene als in de andere luchthaven slots aanvragen;

- de verbintenissen met betrekking tot de slots worden voor onbepaalde duur aangegaan; de gefuseerde entiteit kan zich evenwel op de aanpassingsclausule beroepen indien uitzonderlijke omstandigheden of ingrijpende wijzigingen van de marktvoorwaarden, zoals de exploitatie van een concurrerende luchtvervoerdienst op een bepaalde langeafstands- of Europese route, dit rechtvaardigen; in een dergelijk geval kan de Commissie beslissen om een of meer van de aangegane verbintenissen op te heffen, te wijzigen of te vervangen; wanneer de Commissie na dit heronderzoek vaststelt dat de verplichting van de gefuseerde entiteit om op een bepaalde route slots vrij te geven is vervallen, mag de nieuwkomer de hem eerder toegewezen slots blijven gebruiken; wanneer hij de slots op een bepaalde route niet langer gebruikt, moet hij deze aan de slotcoördinator teruggeven;

- het bevrozen van de frequenties: de gefuseerde entiteit verbindt zich ertoe om op de routes Parijs-Amsterdam of Lyon-Amsterdam, naar gelang van het geval, vanaf het ogenblik waarop de nieuwe aanbieder van luchtvervoerdiensten op de betrokken route met zijn werkzaamheden aanvangt, het aantal vluchten niet te verhogen; deze status quo moet gedurende zes opeenvolgende seizoenen, zoals door de International Air Transport Association (IATA) vastgesteld, worden gehandhaafd; de gefuseerde entiteit verbindt zich er verder toe om op de route Amsterdam-New-York (J. F. Kennedy-luchthaven) het totale aantal frequenties per week tot maximum veertien te beperken en op de route Amsterdam-New-York (Newark-luchthaven) het aantal vluchten niet te verhogen gedurende zes opeenvolgende IATA-verkeersseizoenen vanaf het ogenblik dat de nieuwe aanbieder van luchtvervoerdiensten op deze route rechtstreekse vluchten begint te verzorgen;

- interlining-overeenkomsten: wanneer een nieuwkomer daarom verzoekt, verbindt de gefuseerde entiteit zich ertoe om met hem voor alle in de bestreden beschikking genoemde routes een interlining-overeenkomst te sluiten;

- speciale pro-rata-overeenkomsten: de gefuseerde entiteit verbindt zich er op verzoek van een potentiële nieuwkomer toe om met hem een speciale pro-rata-overeenkomst te sluiten voor het verkeer met een reële plaats van vertrek en plaats van bestemming in Frankrijk en/of in Nederland, op voorwaarde dat een gedeelte van de reis over de route Parijs-Amsterdam loopt;

- frequent flyer-programma: de gefuseerde entiteit biedt een nieuwkomer desgevraagd de mogelijkheid om onder dezelfde voorwaarden als de andere leden van de alliantie waartoe zij behoort, deel te nemen aan haar frequent flyer-programma voor de in de bestreden beschikking genoemde routes;

- intermodale diensten: op verzoek van een spoorwegmaatschappij of een andere onderneming voor vervoer te land die routes tussen Frankrijk en Nederland en/of tussen Italië en Nederland exploiteert, verbindt de gefuseerde entiteit zich ertoe om met haar een intermodale overeenkomst aan te gaan; op grond van deze overeenkomst verzorgt de gefuseerde entiteit het luchtvervoer van passagiers over een gedeelte van het traject, terwijl de intermodale partner het vervoer over de rest van het traject verzekert;

- overeenkomsten inzake voorbehouden capaciteit: op verzoek van een potentiële nieuwkomer verbindt de gefuseerde entiteit zich ertoe om met hem een overeenkomst inzake voorbehouden capaciteit aan te gaan voor het verkeer met een reële plaats van vertrek en plaats van bestemming, enerzijds, in Nederland, en anderzijds, te Marseille, Toulouse of Bordeaux, op voorwaarde dat een gedeelte van de reis over de route Parijs-Amsterdam loopt; de overeenkomst inzake voorbehouden capaciteit heeft betrekking op een vast aantal zitplaatsen en blijft gedurende ten minste één volledig IATA-verkeersseizoen van kracht; deze overeenkomst betreft ten hoogste 15 % van het aantal op een bepaalde vlucht aangeboden zitplaatsen en hoogstens 30 zitplaatsen in een vliegtuig;

- verplichtingen inzake tarieven: telkens wanneer de gefuseerde entiteit een gepubliceerd tarief voor de route Parijs-Amsterdam verlaagt, verbindt zij zich ertoe het overeenkomstige tarief voor de route Lyon-Amsterdam in dezelfde mate te verlagen, voorzover op laatstgenoemde route geen concurrerende luchtvervoerdienst wordt geëxploiteerd.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 17 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 mei 2004, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 18 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 24 september 2004, heeft de Franse Republiek verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige procedure aan de zijde van de Commissie. Op 9 november 2004 heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens die volgens haar onder het zakengeheim vielen. Bij beschikking van 17 december 2004 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht de interventie van de Franse Republiek toegestaan. Interveniente heeft haar memorie, en de andere partijen hebben hun opmerkingen over deze memorie, binnen de gestelde termijnen ingediend.
- 19 Daar interveniente tegen het verzoek om vertrouwelijke behandeling geen bezwaar had gemaakt, is haar een niet-vertrouwelijke versie van de stukken meegedeeld, zoals bij de voormelde beschikking van 17 december 2004 aanvankelijk was voorzien.
- 20 Bij brief van 26 oktober 2005 heeft interveniente de griffie van het Gerecht laten weten dat zij niet aan de terechtzitting wenste deel te nemen.

21 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten om de mondelinge behandeling te openen. Partijen hebben ter terechtzitting van 23 november 2005 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

22 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

23 De Commissie en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

Verzoek om maatregelen van instructie

24 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 oktober 2005, heeft verzoekster om maatregelen van instructie verzocht, waarbij de Commissie zou worden gelast om over te leggen: 1) alle antwoorden die zij op haar verzoek om inlichtingen van 23 december 2003 had ontvangen, alsook alle haar door de luchtvaartmaatschap-

pijen Meridiana, Virgin Express en Volare toegestuurde documenten, en 2) al haar werkdOCUMENTEN betreffende de voorgestelde verbintenissen, alsmede de volledige, daarover met de partijen bij de concentratie gevoerde briefwisseling.

- 25 Het Gerecht is van oordeel dat dit verzoek een bewijsaanbieding vormt. Volgens artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht kunnen partijen evenwel nog in de repliek en in de dupliek aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, en dienen zij de vertraging waarmee hun bewijsaanbod geschiedt, te motiveren.
- 26 In casu zij erop gewezen dat verzoekster bijna elf maanden na de indiening van haar repliek om maatregelen van instructie heeft verzocht, zonder evenwel de redenen voor een dergelijke vertraging nader uiteen te zetten. Verzoekster is ter terechtzitting dan ook uitgenodigd om aan te geven welke gronden volgens haar de vertraging van haar verzoek rechtvaardigden. In dit kader heeft zij uiteengezet dat deze vertraging hieraan te wijten was dat zij aanvankelijk voornemens was geweest om beroep in te stellen tegen de beschikking van de Commissie waarbij haar de toegang tot de door haar verlangde documenten was geweigerd. Hoewel deze onzekerheid met betrekking tot de te bewandelen beroepsweg kan verklaren dat verzoekster haar verzoek niet onmiddellijk na deze weigering heeft ingediend, kan daardoor niet worden gerechtvaardigd dat verzoekster verschillende maanden heeft gewacht alvorens te reageren.
- 27 Verder is het Gerecht, ongeacht de vertraging waarmee dit verzoek is ingediend, van oordeel dat het door de stukken en de pleidooien van partijen voldoende is ingelicht om in het onderhavige geding uitspraak te kunnen doen. Het verzoek om maatregelen van instructie wordt bijgevolg afgewezen.

Ontvankelijkheid

1. *Argumenten van partijen*

- 28 Verzoekster stelt dat zij door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Verzoekster acht zich door de bestreden beschikking rechtstreeks geraakt, omdat zij actief is op de markten waarop ook de gefuseerde entiteit zal opereren. Zij wordt ook individueel geraakt, omdat zij op verschillende routes een van de belangrijkste concurrenten van Air France en KLM is, en tevens op andere routes in Frankrijk, in het bijzonder die naar en van CDG en Orly, als een potentiële concurrent van Air France moet worden beschouwd. Zij benadrukt verder dat zij actief heeft deelgenomen aan de administratieve procedure die aan de bestreden beschikking is voorafgegaan, zodat zij in het licht van de rechtspraak op soortgelijke wijze als de adressaten van deze beschikking wordt geïndividualiseerd (arrest Gerecht van 19 mei 1994, *Air France/Commissie*, T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 44).
- 29 De Commissie vraagt zich af of het onderhavige beroep ontvankelijk is, nu verzoekster niet geïnteresseerd zou zijn in de routes waarop de concentratie betrekking heeft.

2. *Beoordeling door het Gerecht*

Procesbevoegdheid

- 30 Krachtens artikel 230, vierde alinea, EG kan iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een tot een andere persoon gerichte beschikking, hem rechtstreeks en individueel raken.

- 31 In casu is verzoekster geen partij bij de concentratie en is de bestreden beschikking dus niet tot haar gericht. Onderzocht moet dus worden of zij door deze beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt.
- 32 In de onderhavige zaak was de bestreden beschikking, nu zij de onmiddellijke totstandkoming van de concentratie mogelijk maakte, van dien aard dat zij tot een onmiddellijke wijziging van de situatie op de betrokken markten leidde. Voorzover er geen twijfel bestond over de wil van de partijen om de concentratie tot stand te brengen, konden de op de betrokken markt of markten opererende marktdeelnemers op de datum van de bestreden beschikking als vaststaand aannemen dat de marktsituatie onmiddellijk en snel zou veranderen (zie in die zin arrest Gerecht van 24 maart 1994, *Air France/Commissie*, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punt 80). Daaruit volgt dat verzoekster door de bestreden beschikking rechtstreeks wordt geraakt.
- 33 Vervolgens moet worden uitgemaakt of verzoekster door de bestreden beschikking ook individueel wordt geraakt.
- 34 Volgens vaste rechtspraak kunnen degenen die niet de geadresseerde van een beschikking zijn, slechts stellen dat zij individueel worden geraakt indien deze beschikking hen treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat van die beschikking (arresten Hof van 15 juli 1963, *Plaumann/Commissie*, 25/62, Jurispr. blz. 207, op blz. 232, en 23 mei 2000, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commissie*, C-106/98 P, Jurispr. blz. I-3659, punt 39; arrest Gerecht van 27 april 1995, *ASPEC e.a./Commissie*, T-435/93, Jurispr. blz. II-1281, punt 62).
- 35 Wanneer in een beschikking wordt vastgesteld dat een concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet bij het onderzoek of een derde onderne-

ming individueel wordt geraakt, worden nagegaan of zij aan de administratieve procedure heeft deelgenomen, en of haar marktpositie is aangetast. Hoewel de loutere deelneming aan de procedure op zichzelf niet volstaat om vast te stellen dat verzoekster door de beschikking individueel wordt geraakt, vooral niet op het gebied van concentraties, waarbij een nauwkeurig onderzoek regelmatige contacten met talrijke ondernemingen vereist, vormt een actieve deelname aan de administratieve procedure niettemin een element waarmee in de rechtspraak in mededingingszaken geregeld rekening wordt gehouden, ook op het meer specifieke gebied van de controle op concentraties, om in combinatie met andere specifieke omstandigheden de ontvankelijkheid van een beroep vast te stellen (zie in die zin arresten Hof van 28 januari 1986, *Cofaz e.a./Commissie*, 169/84, Jurispr. blz. 391, punten 24 en 25, en 31 maart 1998, *Frankrijk e.a./Commissie*, arrest „Kali & Salz”, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 54-56; arresten *Gerecht* van 19 mei 1994, *Air France/Commissie*, punt 28 supra, punten 44-46, en 3 april 2003, *BaByliss/Commissie*, T-114/02, Jurispr. blz. II-1279, punt 95).

³⁶ Wat om te beginnen de deelneming aan de administratieve procedure betreft, zij erop gewezen dat verzoekster daaraan actief heeft deelgenomen, in het bijzonder door op 14 januari 2004 op het verzoek om inlichtingen van de Commissie van 23 december 2003 te antwoorden, en door op 30 januari 2004 haar opmerkingen over de strekking van de door Air France voorgestelde verbintenissen kenbaar te maken. Verder heeft verzoekster op 30 januari 2004 deelgenomen aan een telefoonconferentie met de Commissie over de voorgestelde verbintenissen, en heeft zij op 4 februari 2004 geantwoord op de vragen van de Commissie met betrekking tot de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen.

³⁷ Wat voorts de aantasting van haar marktpositie betreft, blijkt uit verzoeksters stukken, die door de Commissie niet zijn betwist, dat zij in Frankrijk op verschillende rechtstreekse routes, zoals Parijs-Marseille, Parijs-Nice, Parijs-Londen, een van de belangrijkste concurrenten van Air France is, evenals op verschillende rechtstreekse verbindingen, waaronder Amsterdam-Edinburgh, Amsterdam-Londen en Amsterdam-Nice, van KLM. Verder is verzoekster actief op een van de markten waarop ook de partijen bij de concentratie actief zijn, te weten de route Amsterdam-Nice.

- 38 Verzoekster wordt bijgevolg door de bestreden beschikking individueel geraakt.
- 39 Gelet op het voorgaande, wordt verzoekster door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel geraakt, zodat zij bevoegd is om daar in rechte tegen op te komen.

Procesbelang

- 40 Wat verzoeksters procesbelang betreft, zij eraan herinnerd dat een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring volgens vaste rechtspraak slechts ontvankelijk is, indien de verzoeker belang heeft bij de nietigverklaring van de bestreden handeling (arresten Gerecht van 14 september 1995, *Antillean Rice Mills e.a./Commissie*, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punt 59; 25 maart 1999, *Gencor/Commissie*, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 40, en 30 januari 2002, *Nuove Industrie Molisane/Commissie*, T-212/00, Jurispr. blz. II-347, punt 33). Dit belang moet reëel en daadwerkelijk zijn (arrest Gerecht van 17 september 1992, *NBV en NVB/Commissie*, T-138/89, Jurispr. blz. II-2181, punt 33), en moet worden beoordeeld naar de dag waarop het beroep is ingesteld (arrest Hof van 16 december 1963, *Forges de Clabecq/Hoge Autoriteit*, 14/63, Jurispr. blz. 749, op blz. 780, en arrest Gerecht van 24 april 2001, *Torre e.a./Commissie*, T-159/98, *JurAmbt.* blz. I-A-83 en II-395, punt 28). Van procesbelang is slechts sprake indien de uitslag van een beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het heeft ingesteld (zie arrest Gerecht van 28 september 2004, *MCI/Commissie*, T-310/00, Jurispr. blz. II-3253, punt 44, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 In het onderhavige geval had verzoekster op de dag waarop zij haar beroep heeft ingesteld, een reëel en daadwerkelijk belang bij de nietigverklaring van de bestreden beschikking, daar deze onder bepaalde voorwaarden een concentratie tussen twee van haar concurrenten mogelijk maakt, die haar commerciële situatie negatief kan beïnvloeden. Verzoeksters belang bij een beroep tegen de bestreden beschikking kan dus niet worden betwist. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de bewering van de Commissie dat verzoekster met betrekking tot het derde en het vijfde middel geen procesbelang heeft. Zelfs indien het begrip „niet-ontvankelijkheid wegens

ontbreken van procesbelang” autonoom op een enkel middel zou kunnen worden toegepast, zijn het derde en het vijfde middel in casu namelijk gericht tegen verschillende aspecten van de redenering van de Commissie die hebben geleid tot de vaststelling van het dispositief van de bestreden beschikking, welke beschikking voor verzoekster bezwarend is.

42 Gelet op een en ander, is het onderhavige beroep ontvankelijk.

Ten gronde

43 Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring voert verzoekster vijf middelen aan. Met haar eerste middel verwijt verzoekster de Commissie dat zij een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, voorzover zij niet heeft onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op routes waar de activiteiten van de partijen bij de concentratie elkaar niet rechtstreeks of indirect overlappen. Met haar tweede middel stelt verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, omdat zij niet heeft onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten. Met haar derde middel meent verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat CDG en Orly onderling substitueerbaar zijn. Met haar vierde middel betoogt verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, omdat zij geen rekening heeft gehouden met de mededingingssituatie die in de toekomst zou bestaan mocht de concentratie niet tot stand komen. Ten slotte stelt verzoekster met haar vijfde middel dat de bestreden beschikking op een kennelijke beoordelingsfout berust, voorzover de verbintenissen niet volstaan om de ernstige twijfels van de Commissie met betrekking tot de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt weg te nemen.

44 Volgens vaste rechtspraak moet de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht in de uitoefening van de haar bij verordening nr. 4064/89 verleende beoordelingsbe-

voegdheid worden beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arresten Gerecht van 3 april 2003, *Petrolessence* en *SG2R/Commissie*, T-342/00, Jurispr. blz. II-1161, punt 101, en 21 september 2005, *EDP/Commissie*, T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punt 151).

45 Volgens artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 moet onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard, een concentratie die een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft, dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan aanmerkelijk wordt belemmerd. Omgekeerd dient de Commissie een aangemelde, binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallende concentratie verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt, wanneer aan de twee voorwaarden van genoemde bepaling niet is voldaan. Wanneer geen machtspositie in het leven wordt geroepen of wordt versterkt, moet de concentratie dus worden toegestaan, zonder dat de gevolgen daarvan voor de daadwerkelijke mededinging behoeven te worden onderzocht (arrest Gerecht van 19 mei 1994, *Air France/Commissie*, punt 28 *supra*, punt 79).

46 Verzoeksters vijf middelen dienen in het licht van deze overwegingen te worden onderzocht.

1. *Eerste middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op routes waar de activiteiten van Air France en KLM elkaar niet overlappen*

Argumenten van partijen

47 Wat het passagiersvervoer met lijnvluchten betreft, voert verzoekster aan dat de Commissie de relevante productmarkt heeft afgebakend op basis van combinaties

van een punt van vertrek en een punt van bestemming (hierna: „V & B-benadering”), waarbij iedere combinatie uit het oogpunt van de vraag een afzonderlijke markt vormt. Verzoekster is echter van mening dat de Commissie het aanbod „vakantievliegereizen” op een bredere basis dan die van een indeling per stedenpaar had moeten onderzoeken, namelijk in het kader van de „algemene vrijetijds-/vakantie-markt”.

48 Voorts stelt zij zich op het standpunt dat de Commissie had moeten toetsen of de concentratie een machtspositie in het leven kon roepen of kon versterken op ongeacht welke markt in de Europese Unie. De Commissie zou derhalve een kennelijke beoordelingsfout hebben gemaakt, omdat zij niet de gevolgen van de concentratie heeft onderzocht voor de routes waarop de activiteiten van Air France en KLM elkaar niet overlappen. Verzoekster verwijt de Commissie in het bijzonder dat zij niet heeft getoetst of de bijkomende voordelen van de concentratie, alsmede de uitbreiding van het netwerk en de toegenomen invloed van Air France op internationaal niveau, haar positie op deze routes al dan niet hebben versterkt. Volgens verzoekster is de Commissie dus afgeweken van haar praktijk inzake de beoordeling van de versterking van een machtspositie, zoals die blijkt uit verschillende, op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde beschikkingen, waarin de Commissie de ruimere invloed van aangemelde concentraties op aanverwante markten, buiten de zone van rechtstreekse overlapping, in aanmerking heeft genomen [zie in die zin met name beschikking 2004/134/EG van de Commissie van 3 juli 2001 waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst is verklaard (zaak COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell, PB 2004, L 48, blz. 1)].

49 Volgens verzoekster komt de kennelijke beoordelingsfout als gevolg van deze leemte in de analyse van de versterking van de machtspositie van de gefuseerde entiteit nog scherper tot uiting doordat de Commissie op grond van artikel 81, lid 3, EG de voordelen heeft erkend, die door de gemeenschappelijke ondernemingen of andere samenwerkingsovereenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen aan de consumenten worden geboden. In het onderhavige geval is verzoekster van mening dat de mogelijkheid voor een luchtvaartmaatschappij of een alliantie om gunstiger voordelen dan de concurrentie aan te bieden, zoals betere verbindingen, lagere tarieven, maar ook nieuwe routes, de consumenten in de keuze van de luchtvaartmaatschappij of de alliantie kan beïnvloeden. De Commissie zou zich evenwel ten onrechte op het standpunt hebben gesteld dat deze voordelen concurrentiebevorderend zijn, en niet dat zij een versterking van een machtspositie in de hand werken.

- 50 Wat de toename van het aantal verbindingen betreft, noemt verzoekster het voorbeeld van passagiers die van Biarritz naar Amsterdam willen. Zij kunnen geen rechtstreekse vlucht nemen maar moeten te Clermont-Ferrand, Lyon, Parijs of Nice overstappen op een verbindingsvlucht. De concentratie zal volgens haar de positie van Air France op de markt Biarritz-Amsterdam dus versterken. Passagiers die van Biarritz naar Amsterdam willen zouden namelijk geneigd zijn om met Air France te reizen, omdat de concentratie de mogelijkheid biedt om het aantal verbindingen tussen deze vier luchthavens en Amsterdam te verhogen. Een soortgelijke redenering geldt volgens haar voor de route Brest-Amsterdam, daar de toename van het aantal verbindingen als gevolg van de concentratie de positie van Air France heeft versterkt.
- 51 De Commissie is van mening dat in het onderhavige geval de markt van luchtvervoerdiensten voor passagiers volgens de V & B-benadering moest worden bepaald. Zij wijst er in dit verband op dat verzoekster niet heeft gepreciseerd wat zij onder „vakantievliegereizen” en „algemene vrijetijds-/vakantiemarkt” verstond, en aldus niet duidelijk heeft gemaakt wat een benadering voor het afbakenen van de markt op een bredere basis juist inhoudt.
- 52 Wat de gevolgen voor de routes zonder overlappings betreft, is de Commissie van mening dat verzoekster niet kan volstaan met de verklaring dat zij deze gevolgen had moeten onderzoeken zonder te preciseren over welke routes het in het onderhavige geval ging. Verder zouden noch de partijen bij de concentratie noch de in het kader van de administratieve procedure geraadpleegde derden te kennen hebben gegeven dat de concentratie mededingingsverstorende gevolgen voor de routes zonder overlappings kon hebben, behalve voor die waarop Air France of KLM potentiële concurrenten waren. Wat verzoeksters bewering met betrekking tot de route Biarritz-Amsterdam betreft, is de Commissie van mening dat deze route een afzonderlijke markt vormt, en dat het onderzoek ervan moet steunen op de potentiële concurrentie in de vorm van rechtstreekse vluchten tussen Biarritz en Amsterdam, en voorts op de huidige of potentiële concurrentie op de indirecte routes tussen deze bestemmingen. Volgens de Commissie blijkt uit deze analyse evenwel dat de concentratie de mededinging niet beperkt, en dat een soortgelijke vaststelling voor de verbinding Brest-Amsterdam geldt. Het onderhavige middel zou dan ook volstrekt ongegrond zijn.

- 53 Volgens interveniënte heeft de Commissie de relevante markt juist afgebakend, en is verzoeksters argument dat de Commissie niet heeft getoetst welke gevolgen de concentratie voor de markten zonder overlappings heeft, ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 54 Het onderhavige middel bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste betoogt verzoekster dat de Commissie niet heeft onderzocht welke gevolgen de concentratie voor de mededinging op de markt van de „vakantievliegzeuren” heeft. Ten tweede wijst verzoekster erop dat de Commissie niet heeft getoetst welke gevolgen de concentratie voor de markten zonder overlappings heeft.
- 55 Om uit te maken of de voorgenomen concentratie een machtspositie al dan niet in het leven roept of versterkt, moet de Commissie om te beginnen de relevante markt afbakenen (arrest Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 32, en arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, punten 46 en 64).
- 56 In het onderhavige geval heeft de Commissie ter afbakening van de betrokken productmarkt de substitutie aan de vraagzijde onderzocht. Blijkens de bestreden beschikking dient volgens de Commissie voor de luchtvervoerdiensten voor passagiers een productmarkt volgens de V & B-benadering te worden afgebakend. Op grond van deze benadering dient iedere route tussen een punt van vertrek en een punt van bestemming als een afzonderlijke markt te worden aangemerkt. Om vast te stellen of de combinatie van een punt van vertrek en een punt van bestemming een relevante productmarkt vormt, heeft de Commissie in punt 9 van de considerans van de bestreden beschikking terecht onderzocht welke verschillende transportmogelijkheden tussen deze twee punten aan de klanten worden geboden (zie in die zin arrest Hof van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e.a., 66/86, Jurispr. blz. 803, punten 39-41, en arrest Gerecht van 19 mei 1994, Air France/Commissie, punt 28 supra, punt 84).

57 Het Gerecht heeft verzoekster ter terechtzitting uitgenodigd om haar standpunt omtrent de marktafbakening te verduidelijken en aan te geven of zij de marktafbakening van de Commissie al dan niet betwist. Verzoekster heeft ontkennend geantwoord, en heeft daarbij uiteengezet dat zij de juistheid van de V & B-benadering niet wilde betwisten maar wilde benadrukken dat volgens haar de Commissie haar mededingingsonderzoek tot andere relevante markten had moeten uitbreiden, die anders hadden moeten worden afgebakend.

Geen onderzoek van de invloed van de concentratie op de markt van de vakantievliegereizen

58 Er zij aan herinnerd dat volgens artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summier uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten. Deze aanduiding moet voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden, en om het Gerecht in staat te stellen, in voorkomend geval zonder nadere gegevens, uitspraak te doen op het beroep. Om de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, wordt voor de ontvankelijkheid van een beroep verlangd, dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk zijn weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf (beschikking Gerecht van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, Jurispr. blz. II-523, punt 20, en arrest Gerecht van 29 januari 1998, Dubois et Fils/Raad en Commissie, T-113/96, Jurispr. blz. II-125, punt 29).

59 In het onderhavige geval vermeldt verzoekster enkel dat niet is onderzocht welke gevolgen de concentratie heeft voor de — in haar stukken onduidelijk gedefinieerde — markt van de „vakantievliegereizen”, doch staft zij haar bewering niet met argumenten. Verzoekster heeft zich er namelijk toe beperkt te stellen dat voor bepaalde passagiers die een vakantiereis wilden maken, verschillende plaatsen van bestemming onderling verwisselbaar waren. Zij heeft evenwel niet de kenmerken van deze gestelde markt beschreven. Bij ontbreken van een nauwkeuriger definitie van de markt waarvan verzoekster het bestaan aanvoert, is het voor het Gerecht evenwel onmogelijk om te toetsen of de Commissie deze markt diende te onderzoeken.

60 Vastgesteld moet bijgevolg worden dat in casu niet aan de vereisten van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering is voldaan.

61 Het Gerecht is hoe dan ook van oordeel dat verzoekster niet heeft aangetoond waarom een op de V & B-benadering gebaseerde afbakening van de markt, die de routes voor de „vakantievliegweiden” in ruime mate omvat, niet de mogelijkheid biedt om alle met de concentratie mogelijk gepaard gaande mededingingsproblemen te onderzoeken.

62 Het eerste onderdeel van dit middel is bijgevolg niet-ontvankelijk.

Geen onderzoek van de invloed van de concentratie op de markten waar geen overlappings bestaan

63 Er zij aan herinnerd dat de Commissie in het bijzonder krachtens artikel 2 van verordening nr. 4064/89 de gevolgen voor de mededinging moet toetsen op de markten waar een machtspositie in het leven kan worden geroepen of kan worden versterkt die de mededinging aanmerkelijk kan belemmeren. Evenwel kan niet worden uitgesloten dat een concentratie dergelijke gevolgen teweegbrengt op markten waar tussen de activiteiten van de partijen bij een concentratie geen overlapping bestaat.

64 Hoewel de Commissie zich bij haar mededingingsonderzoek deels laat leiden door de bedenkingen van de in het kader van de administratieve procedure geraadpleegde derden, moet zij ook zonder uitdrukkelijke aanzet van deze derden, doch in het licht van ernstige aanwijzingen, de aan de concentratie verbonden problemen voor de mededinging opsporen op alle markten die daar negatief door kunnen worden beïnvloed.

- 65 Niettemin moet de verzoekende partij, wanneer de Commissie wordt verweten dat zij geen rekening heeft gehouden met een eventueel probleem voor de mededinging op de markten waar tussen de activiteiten van de partijen bij een concentratie geen overlapping bestaat, ernstige aanwijzingen aanvoeren waarmee concreet wordt bewezen dat er sprake is van een mededingingsprobleem dat, gelet op de gevolgen ervan, door de Commissie had moeten worden onderzocht.
- 66 Om aan deze voorwaarde te voldoen, dient de verzoekende partij de betrokken markten aan te wijzen, de mededingingssituatie zonder concentratie te beschrijven en aan te geven welke gevolgen een concentratie, gelet op de mededingingssituatie op deze markten, waarschijnlijk zou hebben.
- 67 In casu stelt verzoekster enkel dat de Commissie haar mededingingsonderzoek ten onrechte heeft beperkt tot de markten waarop de activiteiten van de partijen bij de concentratie elkaar rechtstreeks en indirect overlappen, zonder haar betoog te staven. Verzoekster wijst er namelijk alleen op dat Air France op 27 van de 42 binnenlandse routes vanuit Parijs een monopolie heeft, op de routes vanuit Frankrijk over 61,8 % van de totale capaciteit beschikt, en dat van het totale aantal beschikbare slots op Orly 53 %, en op CDG 74 % aan haar is toegewezen.
- 68 Deze cijfergegevens volstaan evenwel niet om te kunnen vaststellen dat verzoeksters bewering betreffende de markten zonder overlappingsen, juist is, daar verzoekster deze markten niet duidelijk aanwijst.
- 69 Wat verzoeksters voorbeelden betreft van passagiers die vanuit Brest of Biarritz naar Amsterdam willen reizen, en wegens het als gevolg van de concentratie toegenomen aantal verbindingen geneigd zouden zijn om Air France te kiezen, blijft verzoeksters bewijsvoering beperkt tot deze loutere vaststelling, die volstrekt niet op bewijskrachtige feiten is gesteund. Verder moet het marktonderzoek, zoals de Commissie aantoot, rekening houden met de potentiële concurrentie op de rechtstreekse

vluchten tussen Biarritz of Brest en Amsterdam en met de huidige of potentiële concurrentie op de indirecte vluchten tussen deze steden. Volgens de Commissie was er evenwel geen enkel concreet bewijs dat Air France en KLM op de route Biarritz-Amsterdam potentiële concurrenten voor de rechtstreekse vluchten waren of dat KLM op de indirecte vluchten tussen deze steden als potentiële concurrent van Air France kon worden aangemerkt.

70 Wat verder de route Brest-Amsterdam betreft, heeft de Commissie, zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken, benadrukt dat er geen rechtstreekse vluchten waren, zodat de passagiers via Lyon, Marseille, Nice of Parijs moesten reizen. In dit verband is in de bestreden beschikking erkend dat de markten Lyon-Amsterdam, Marseille-Amsterdam en Parijs-Amsterdam mededingingsproblemen deden rijzen, en dat verbintenissen waren voorgesteld om deze te verhelpen. Wat de markt Nice-Amsterdam betreft, die slechts een klein aantal passagiers betreft, blijkt uit de bestreden beschikking dat KLM en haar dochteronderneming Basiq Air concurreren met verzoekster, die op deze route een groot marktaandeel zou hebben. Omgekeerd zou Air France slechts verbindingsvluchten verzorgen en zou haar marktaandeel op deze route minder dan 1 % bedragen (punt 79 van de considerans van de bestreden beschikking). De Commissie was bijgevolg van mening dat er op deze route geen mededingingsproblemen waren.

71 Het Gerecht is van oordeel dat verzoekster niets aanvoert waaruit blijkt dat de Commissie bij deze vaststellingen een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

72 Ten slotte blijkt uit het feit dat de Commissie overeenkomstig artikel 81, leden 1 en 3, EG de voordelen heeft erkend die door de gemeenschappelijke ondernemingen of samenwerkingsovereenkomsten tussen luchtvaartmaatschappijen aan de consument worden geboden, niet dat een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt. Een concentratie kan namelijk, net als een krachtens artikel 81, lid 3, EG vrijgestelde overeenkomst tussen concurrenten, met belangrijke concurrentievoordelen gepaard gaan waarvan de consument profiteert. Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat de controle op concentraties niet op een verbod van dergelijke voordelen berust, maar op het streven om het ontstaan dan wel de versterking van een machtspositie

te voorkomen waardoor een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt in belangrijke mate zou worden belemmerd. De mogelijkheid om na de concentratie aan de passagiers diensten tegen een betere prijs te verlenen, kan slechts in een beperkt aantal gevallen wijzen op het ontstaan of de versterking van een machtspositie, bijvoorbeeld in het geval dat de gefuseerde entiteit tegen afbraakprijzen zou willen of kunnen werken.

73 In het onderhavige geval toont verzoekster niet concreet aan dat de gefuseerde entiteit bij machte is om de passagiers op andere markten — die zij overigens niet definieert — aantrekkelijke concurrentievoordelen aan te bieden, zodat het ontstaan of de versterking van een machtspositie en de daaraan verbonden belemmering van de mededinging op deze markten niet is bewezen.

74 Het Gerecht is derhalve van oordeel dat verzoekster rechtens niet voldoende heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door haar onderzoek niet uit te breiden tot de markten waarop geen overlappings bestaan.

75 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het eerste middel — en dus het eerste middel in zijn geheel — worden afgewezen.

2. Tweede middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten

Argumenten van partijen

76 Verzoekster stelt dat de Commissie niet in aanmerking heeft genomen dat Air France en KLM afnemers van luchthavendiensten zijn, terwijl zij in haar

beschikkingspraktijk gewoonlijk de gevolgen van een concentratie voor de inkoopmarkten onderzoekt [beschikking 97/277/EG van de Commissie van 20 november 1996 waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (zaak nr. IV/M.784 — Kesko/Tuko) (PB 1997, L 110, blz. 53); beschikking 97/816/EG van de Commissie van 30 juli 1997 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-overeenkomst (zaak IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas) (PB L 336, blz. 16), en beschikking 1999/674/EG van de Commissie van 3 februari 1999 in een procedure volgens verordening nr. 4064/89 (zaak IV/M.1221 — Rewe/Meinl) (PB L 274, blz. 1)]. In het onderhavige geval zou de stroomopwaartse markt de markt zijn van de met de luchthaveninfrastructuur verband houdende diensten waarvoor een vergoeding moet worden betaald, te weten de exploitatie en het onderhoud van de start- en landingsbanen, de taxibanen, de parkeerplatforms en de naderingshulpmiddelen voor passagiersvliegtuigen [beschikking 2000/521/EG van de Commissie van 26 juli 2000 inzake een procedure op grond van artikel 86, lid 3, van het EG-Verdrag (PB L 208, blz. 36)].

77 Volgens verzoekster heeft de Commissie in de bestreden beschikking erkend dat zij rekening heeft gehouden met de bedenkingen van de concurrenten, vooral wat het bestaan van een machtspositie op de hubs betreft (punt 161 van de considerans van de bestreden beschikking). Zo zou de Commissie bepaalde toezeggingen hebben geëist ter compensatie van de machtspositie van Air France op haar hub te Parijs. Daarmee zou de Commissie zich impliciet op het standpunt hebben gesteld dat de concentratie de positie van Air France op CDG en Orly kon versterken op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten.

78 Verzoekster betoogt dat CDG en Orly door Air France worden beheerst, en benadrukt daarbij overigens dat Aéroports de Paris (hierna: „AdP”), die deze luchthavens beheert en slots toewijst, en Air France overheidsondernemingen waren. In dit verband brengt verzoekster in herinnering dat de met de toewijzing van slots belaste lichamen kunnen worden geacht een activiteit van economische aard te verrichten (arrest Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie, T-128/98, Jurispr. blz. II-3929, punt 121). De Commissie zou evenwel niet in

aanmerking hebben genomen dat de concentratie een machtspositie in het leven kan roepen of kan versterken op een inkoopmarkt voor luchthavendiensten, zoals de door AdP beheerste markt te Parijs.

- 79 De Commissie merkt op dat verzoekster in het kader van het onderhavige beroep voor het eerst het bestaan van een inkoopmarkt voor luchthavendiensten aanvoert; deze kwestie zou tijdens de administratieve procedure nooit zijn opgeworpen. Zij wijst er verder op dat verzoekster niet preciseert wat zij onder „luchthavendiensten” verstaat en zich ertoe beperkt, argumenten betreffende de toewijzing van slots aan te voeren. Nergens zou worden gerefereerd aan de luchthavendiensten in de gebruikelijke zin van het woord, te weten bijvoorbeeld de catering en de grondafhandeling. De Commissie is bijgevolg van mening dat de genoemde diensten niet behoeften te worden onderzocht, en benadrukt daarbij dat niets erop wees dat zij de inkoopmarkt voor deze diensten in haar onderzoek moest betrekken.
- 80 Om te beginnen is volgens de Commissie algemeen aanvaard dat slots onmisbaar zijn voor het verrichten van luchtvervoerdiensten. Zij stelt dat er bijgevolg geen reden was om deze diensten als een afzonderlijke activiteit aan te merken. Verder is de toewijzing van slots volgens de Commissie een activiteit van administratieve en niet van economische aard, zodat AdP als overheidsinstantie en niet als onderneming handelt. Overigens is het lichaam dat in Frankrijk, wanneer het om gecoördineerde luchthavens gaat, instaat voor de toewijzing van slots, de Association pour la coordination des horaires (COHOR), en niet AdP zoals verzoekster stelt. Verder kunnen noch de gefuseerde entiteit noch enige andere onderneming op de met de toewijzing van slots belaste lichamen een controle uitoefenen die als een machtspositie in de zin van verordening nr. 4064/89 of artikel 82 EG kan worden beschouwd.
- 81 Voorts meent de Commissie met betrekking tot de diensten die worden omschreven als diensten die verband houden met de toegang tot luchthaveninfrastructuur waarvoor een vergoeding moet worden betaald, dat verzoekster niet ermee kan volstaan aan te tonen dat een dergelijke markt bestaat, maar dat zij bovendien moet bewijzen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door deze markt bij haar onderzoek buiten beschouwing te laten.

Beoordeling door het Gerecht

- 82 Het onderhavige middel bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste betoogt verzoekster dat de Commissie niet heeft onderzocht of de positie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten, die zij definieert als de markt voor de met de infrastructuur verband houdende diensten waarvoor een vergoeding moet worden betaald, zoals de exploitatie en het onderhoud van de start- en landingsbanen, het gebruik van de taxibanen en de parkeerplatformen, alsmede de naderingshulpmiddelen voor passagiersvliegtuigen. Ten tweede merkt verzoekster op dat de Commissie niet heeft onderzocht welke invloed de gefuseerde entiteit op AdP zou kunnen uitoefenen.
- 83 Partijen zijn ter terechtzitting uitgenodigd te preciseren of deze diensten één of meerdere relevante markten vormen, die van de volgens de V & B-methode afgebakende markten moeten worden onderscheiden. De Commissie, die op dit punt door verzoekster niet is weersproken, is van mening dat deze diensten meerdere relevante markten vormen, die van de volgens de genoemde methode afgebakende markten losstaan.

De Commissie heeft geen rekening gehouden met de versterking van de machtspositie op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten

- 84 Verzoekster stelt in casu louter dat voor de met de toegang tot de luchthaveninfrastructuur verband houdende diensten waarvoor een vergoeding moet worden betaald, een afzonderlijke markt bestaat, waarop de gefuseerde entiteit als afnemer over meer macht beschikt, zonder het minste bewijs te leveren dat een machtspositie is ontstaan of versterkt waardoor de mededinging op deze markt kan worden belemmerd.

- 85 Daar verzoeksters stukken in dit verband leemten vertonen, is zij ter terechtzitting uitgenodigd om uiteen te zetten hoe volgens haar de concentratie tot een versterking van een machtspositie op de betrokken markt leidt. Het Gerecht is evenwel van oordeel dat verzoekster er niet in is geslaagd om relevante gegevens aan te voeren waaruit een dergelijke versterking — en dus een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie op dit punt — blijkt.
- 86 Ten overvloede wijst het Gerecht erop dat in punt 73 van de considerans van de bestreden beschikking wordt erkend dat de partijen bij de concentratie „in vergelijking met hun concurrenten in de twee luchthavens van schaalvoordelen profiteren [...] alsmede van een grotere macht om met externe leveranciers prijzen te onderhandelen voor engineering, grondafhandeling, luchthavenvoorzieningen, etc.". Bijgevolg zou volgens de bestreden beschikking „de gefuseerde entiteit een zeer sterke positie hebben op deze route tussen de hubs”, namelijk Parijs en Amsterdam.
- 87 De Commissie heeft derhalve erkend dat de concentratie gevolgen voor de mededinging op de hubs kan hebben. De omstandigheid dat de Commissie heeft aangenomen dat er met betrekking tot de commerciële activiteiten op de hubs van de partijen bij de concentratie mededingingsproblemen bestonden, zonder deze markten nauwkeurig te hebben onderzocht, vormt geen kennelijke beoordelingsfout die kan afdoen aan de wettigheid van de bestreden beschikking. Deze vaststelling is voor de Commissie namelijk aanleiding geweest om verbintenissen te aanvaarden met de uitgesproken doelstelling om het toegenomen gewicht, in zijn geheel genomen en in het bijzonder — uit het oogpunt van de erkenning van een machtspositie —, van de gefuseerde entiteit op de hubs te compenseren.
- 88 Het eerste onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Grotere invloed van de gefuseerde entiteit op AdP

89 Verzoekster stelt dat AdP, die volgens haar met name instaat voor de toewijzing van slots, van de machtspositie van de gefuseerde entiteit te Parijs negatieve gevolgen kan ondervinden.

90 Wat in de eerste plaats de toewijzing van slots betreft, zij in herinnering gebracht dat deze ten tijde van de feiten was geregeld bij verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens (PB L 14, blz. 1). Artikel 4 van deze verordening luidde als volgt:

„[...] Een lidstaat garandeert dat de coördinator zijn taken krachtens [de] verordening onafhankelijk kan uitvoeren [...] De coördinator gaat [...] onpartijdig, niet-discriminerend en doorzichtig te werk [...], is verantwoordelijk voor de toewijzing van ‚slots’ [...] en] ziet toe op het gebruik van ‚slots’ [...]”

91 Uit het voorgaande volgt dat voor de toewijzing van slots een regelgevingskader bestaat, zodat het met de toewijzing belaste lichaam de gefuseerde entiteit in beginsel niet kan bevoordelen door aan haar meer slots toe te wijzen dan aan haar concurrenten. In dit verband hebben verzoekster en de Commissie ter terechtzitting verklaard dat zij in het midden lieten welk lichaam daadwerkelijk bevoegd was (AdP dan wel COHOR).

92 Overigens zij vastgesteld dat verzoekster geen enkel relevant element aanvoert waaruit blijkt dat de partijen bij de concentratie dit lichaam op de één of andere wijze kunnen beïnvloeden.

- 93 In de tweede plaats zij erop gewezen dat in de regel een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de zuiver administratieve activiteiten van ADP, zoals de bestuursopdrachten, en anderzijds de activiteiten inzake beheer en exploitatie van de Parijse luchthavens, waarvoor commerciële vergoedingen worden betaald die variëren naargelang de behaalde omzet (arrest Aéroports de Paris/Commissie, punt 78 supra, punt 112). Aldus kan niet worden betwist dat AdP instaat voor twee soorten van wezenlijk verschillende activiteiten, namelijk enerzijds openbare dienstactiviteiten, en anderzijds commerciële activiteiten die noodzakelijkerwijs onder de mededingingsregels vallen. Bijgevolg kan het feit dat Air France en AdP twee overheidsondernemingen waren geen vermoeden opleveren dat er tussen hen mededingingsbeperkende afspraken bestonden, zoals verzoekster lijkt te veronderstellen.
- 94 Gelet op het voorgaande, moet het tweede onderdeel van het middel — en dus het tweede middel in zijn geheel — worden afgewezen.

3. Derde middel: kennelijke beoordelingsfout wat de onderlinge substitueerbaarheid van CDG en Orly betreft

Argumenten van partijen

- 95 Verzoekster betwist de redenering van de Commissie betreffende de onderlinge substitueerbaarheid van CDG en Orly. Wat de locatie van deze luchthavens betreft, merkt verzoekster op dat volgens haar berekeningen CDG bijna twee keer zo ver van het centrum van Parijs ligt als Orly (30 kilometer tegenover 18 kilometer), waarbij Orly zich ten zuiden en CDG ten noordoosten van het centrum van Parijs bevindt. Voorts stelt zij dat Orly een kleinere luchthaven is, zodat het minder tijd vergt om het vliegtuig te verlaten en aansluiting met andere transportmiddelen te krijgen dan op CDG. Het centrum van Parijs is vanuit Orly dus sneller bereikbaar.

96 Verzoekster betoogt dat in de praktijk het merendeel van de als netwerk opererende aanbieders van langeafstandsvluchten hun activiteiten op CDG hebben geconcentreerd, terwijl Orly meer voor Europese en nationale kortereafstandsvluchten wordt gebruikt. Volgens haar verwerkt CDG namelijk grote aantallen transitreizigers, terwijl Orly een oudere luchthaven is, die dus minder goed toegerust is om dergelijke aantallen het hoofd te bieden. Air France zou haar intercontinentale langeafstandsvluchten dan ook op CDG bundelen en Orly voor haar binnenlandse vluchten gebruiken. Voor een intercontinentale vlucht moet men dus vanuit CDG vertrekken, aangezien de netwerkluftvaartmaatschappijen daar zijn gevestigd. Overigens is de luchthavenbelasting op CDG duidelijk hoger dan op Orly, zodat de low cost luftvaartmaatschappijen meer geneigd zouden zijn om vanaf Orly te vliegen. Verzoekster stelt verder dat de Commissie zelf heeft erkend dat een groot gedeelte van de consumenten de twee luchthavens niet als onderling substitueerbaar percipieerde (punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking). Hoewel, aldus verzoekster, de Commissie verklaart dat de onderlinge substitueerbaarheid van de luchthavens zowel vanuit het oogpunt van de vraag als vanuit dat van het aanbod moet worden onderzocht, zou zij de situatie niet analyseren vanuit het perspectief dat de luchthavens rechtstreekse leveranciers van diensten aan de luftvaartmaatschappijen zijn. De Commissie zou dus niet tot de daaruit voortvloeiende conclusie zijn gekomen, dat de luftvaartmaatschappijen, als consumenten van luft-havendiensten, verschillende noden hebben naargelang het netwerkluftvaartmaatschappijen, zoals Air France, dan wel low cost luftvaartmaatschappijen betreft.

97 De Commissie brengt in herinnering dat de erkenning van de onderlinge substitueerbaarheid van CDG en Orly potentiële nieuwkomers de mogelijkheid biedt in de beide luchthavens slots aan te vragen (punt 1.3.9 van het verbintenis-pakket). In die omstandigheden zou de bestreden conclusie voor verzoekster niet bezwarend zijn, zodat zij geen wettig belang heeft om dit middel aan te voeren, en dit dus niet-ontvankelijk is (arrest NBV en NVB/Commissie, punt 40 supra, punten 31 e.v.).

98 Wat het middel ten gronde betreft, is het beslissende element voor de erkenning van de geografische substitueerbaarheid volgens de Commissie niet de afstand tussen de twee luchthavens en het centrum van Parijs, maar de tijd die nodig is om deze luchthavens te bereiken. Anders dan verzoekster laat uitschijnen, zou CDG met het openbaar vervoer goed bereikbaar zijn en zouden de twee luchthavens even goed

met het centrum van Parijs verbonden zijn. Verder betwist de Commissie verzoeksters argumenten niet, dat CDG hoofdzakelijk voor langeafstandsvluchten wordt gebruikt, terwijl Orly zich voornamelijk op de kortefstandsvluchten richt. Deze argumenten zouden evenwel betrekking hebben op de aanbodzijde die, om uit te maken of er van onderlinge substitueerbaarheid sprake is, minder belangrijk is dan de vraagzijde.

Beoordeling door het Gerecht

- 99 Zoals de Commissie in de bekendmaking inzake de bepaling van de markt heeft gepreciseerd, zijn ondernemingen onderworpen aan drie belangrijke bronnen van concurrentiedwang: de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde, en de potentiële concurrentie. Vanuit economisch standpunt is — voor de bepaling van de relevante markt — substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en daadwerkelijke disciplinerende factor voor de aanbieders van een bepaald product, inzonderheid met betrekking tot hun prijsbeleid (punt 13). De substitueerbaarheid moet bijgevolg niet alleen worden gezien uit het oogpunt van het aanbod, maar ook uit dat van de vraag, die in beginsel het meest doeltreffende evaluatiecriterium blijft.

— De locatie van de twee luchthavens

- 100 Zoals de Commissie benadrukt, is het beslissende element om te beoordelen of CDG en Orly aan de vraagzijde geografisch substitueerbaar zijn, niet de afstand tussen een centraal uitgangspunt en de twee luchthavens, maar de tijd die nodig is om deze luchthavens vanuit dat punt te bereiken. Verzoekster heeft niets aangevoerd waaruit blijkt dat dit criterium geen belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een geografische substitueerbaarheid vormt.

- 101 In het onderhavige geval kan verzoekster niet betwisten dat het even lang duurt om deze twee luchthavens te bereiken, nu zij zelf heeft aangevoerd dat de rit (via RER B) van boulevard Saint-Michel naar CDG 33 minuten duurt, en de rit naar Orly (via RER B of de lijn Orlyval) 30 minuten. In dit verband wordt verzoeksters argument — dat de tijd die nodig is om het centrum van Parijs te bereiken naar gelang van de luchthaven varieert, omdat de reiziger na het verlaten van het vliegtuig in de ene luchthaven sneller aansluiting met andere transportmiddelen heeft dan in de andere luchthaven — door geen enkel bewijskrachtig feit gestaafd.
- 102 Verzoekster heeft bijgevolg niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te erkennen dat de twee luchthavens onderling substitueerbaar zijn, omdat het voor de consument niets uitmaakt of hij zich voor een vlucht naar CDG dan wel naar Orly moet begeven, en evenmin of hij vanuit de ene dan wel vanuit de andere luchthaven naar het centrum van Parijs moet reizen.

— Het soort vluchten dat vanuit de twee luchthavens wordt verzorgd

- 103 Wat in de eerste plaats de substitueerbaarheid aan de vraagzijde betreft, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat voor passagiers die van een bepaald punt naar een ander reizen, ongeacht of de tijdsfactor voor hen al dan niet belangrijk is, CDG en Orly onderling substitueerbaar waren, omdat zij hetzelfde gebied bedienen en over vergelijkbare toegangsmogelijkheden beschikken (punt 29 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 104 Er zij namelijk aan herinnerd dat bij het onderzoek of de twee luchthavens onderling substitueerbaar zijn, de Commissie met de volledige vraag rekening moet houden, daar de klanten voor wie tijd geen rol speelt, flexibeler zijn, en dus andere eisen hebben. De Commissie heeft dan ook kunnen vaststellen dat voor vele zakenklanten CDG en Orly niet onderling substitueerbaar waren, daar Orly minder overstapmogelijkheden biedt (punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking). Uitgaande van de specifieke verwachtingen van de zakenklanten, heeft de

Commissie aldus vastgesteld dat er „submarkten” bestonden, naargelang de tijdsfactor voor de passagiers al dan niet belangrijk was. Deze overwegingen betreffen evenwel specifiek bepaalde zakenklanten, die slechts een deel van de vraagzijde vormen, zodat zij niet afdoen aan de conclusie betreffende de substitueerbaarheid. De Commissie heeft de bijzondere eisen van deze categorie passagiers immers uitdrukkelijk erkend. Verder voert verzoekster niets aan waaruit blijkt dat de specifieke verwachtingen van de passagiers voor wie snelheid belangrijk is, — dat wil zeggen het merendeel van de zakenklanten —, voorrang hadden moeten krijgen op de noden van de andere klanten voor wie tijd niet belangrijk is en die de twee luchthavens als onderling substitueerbaar percipiëren.

- 105 Wat verzoeksters bewering betreft dat de Commissie niet in aanmerking heeft genomen dat de luchtvaartmaatschappijen, als klanten en dus als consumenten van luchthavendiensten, andere noden hebben naargelang het netwerkvluchtvaartmaatschappijen dan wel low cost vluchtvaartmaatschappijen betreft, zodat de twee luchthavens niet onderling substitueerbaar kunnen worden geacht, stelt het Gerecht vast dat verzoekster ter verduidelijking van dit standpunt geen overtuigende gegevens aanvoert.
- 106 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster geen enkel relevant feit aandraagt ten bewijze dat de Commissie ten onrechte tot de slotsom is gekomen dat, uit het oogpunt van de vraagzijde, de twee Parijse luchthavens onderling substitueerbaar zijn.
- 107 Wat in de tweede plaats het aanbod van de vluchtvaartmaatschappijen aan de consumenten vanuit één van de vluchtthavens betreft, moet worden vastgesteld dat verzoeksters argumenten met betrekking tot de soorten vluchten die de vluchtthavens naar gelang van hun specifieke infrastructuur aanbieden, en die betreffende de bijzondere kenmerken van de twee vluchtthavens, zoals reeds gezegd, minder belangrijk zijn.

108 Het Gerecht wijst erop dat de Commissie de door verzoekster aangevoerde bedrijfsspecifieke kenmerken van de twee luchthavens heeft erkend, daar zij heeft vastgesteld dat aan de aanbodzijde de meeste netwerkluftvaartmaatschappijen, ook al hebben zij hun activiteiten op CDG geconcentreerd, de twee luchthavens als onderling substitueerbaar beschouwden, terwijl de luftvaartmaatschappijen die vanuit Orly opereren hun activiteiten voornamelijk op het binnenlands verkeer toespitsen. Voor bepaalde luftvaartmaatschappijen zouden de twee luchthavens niet onderling substitueerbaar kunnen zijn, afhankelijk van de bediende markten (transitverkeer dan wel „punt-naar-punt”-verkeer, binnenlandse dan wel internationale routes) en de daaraan verbonden kosten (zie in die zin punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking). Zo heet het in de bestreden beschikking dat de onderlinge substitueerbaarheid verschillend kan worden beoordeeld, in het bijzonder voor low cost luftvaartmaatschappijen, voor wie het belangrijk is dat zij een luchthaven kunnen kiezen om hun kosten zo laag mogelijk te houden, daar de luchthavenbelasting van de ene luchthaven tot de andere kan verschillen (punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking). Hieruit volgt dat de Commissie de vaststelling dat de twee luchthavens onderling substitueerbaar zijn, op een volledig onderzoek heeft gesteund, waarbij zij, naast andere criteria, de specifieke commerciële kenmerken van de low cost maatschappijen in aanmerking heeft genomen.

109 Gelet op het voorgaande, voert verzoekster geen bewijskrachtige elementen aan waaruit blijkt dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat CDG en Orly onderling substitueerbaar zijn.

110 Het derde middel moet bijgevolg worden afgewezen.

4. Vierde middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht welke gevolgen de concentratie voor de potentiële mededinging heeft

Argumenten van partijen

111 Verzoekster is om te beginnen van mening dat de Commissie rekening had moeten houden met de commerciële strategie van KLM in het geval dat de concentratie niet

tot stand zou komen, en wel in het licht van de invloed van de liberalisering van de luchtvaartsector en het aan de Commissie verleende mandaat om over overeenkomsten inzake luchtdiensten tussen de Gemeenschap en derde landen te onderhandelen. Zij betoogt dat de communautaire luchtvaartmaatschappijen, waaronder KLM, de vrijheid moeten krijgen om onbeperkte diensten aan te bieden, met in het bijzonder ruime verkeersrechten zonder beperkingen op het gebied van prijzen of vluchtschema's.

- 112 Verzoekster is in de tweede plaats van mening dat, zonder de concentratie met Air France, KLM de meest waarschijnlijke nieuwkomer te Parijs is, omdat de thuismarkt van KLM enigszins beperkt is, hetgeen haar ertoe zou aanzetten om internationaal en binnen Europa uit te breiden. Verder verricht KLM haar activiteiten in de nabijheid van Parijs, zodat zij bekend is met de Frans-Belgische markt, en is de concurrentie op het internationale luchtvervoer vanuit Parijs beperkt. Verzoekster is dan ook van mening dat de concentratie Air France in staat stelt om haar meest waarschijnlijke concurrent te Parijs uit te schakelen, en haar machtspositie op de thuismarkten te handhaven.
- 113 De Commissie stelt dat de vaststelling van de duur van een dergelijk proces, gelet op de omvang van de liberalisering van de luchtvaartsector en het grote aantal betrokken overeenkomsten, louter speculatief is. Voorts benadrukt zij dat KLM niet als een potentiële concurrent van Air France te Parijs kan worden beschouwd, daar zij geen onderneming is met reële en concrete mogelijkheden om tot de betrokken markt toe te treden.

Beoordeling door het Gerecht

- 114 Het onderhavige middel bestaat uit twee onderdelen: 1) de gevolgen voor de mededinging van de liberalisering van de luchtvaartsector, en 2) de vraag of KLM te Parijs een potentiële concurrent is.

- 115 Wat de liberalisering van de luchtvaartsector betreft, slaagt verzoekster, nu zij tot staving van haar stelling geen concrete elementen aanvoert, er niet in om aan te tonen dat deze liberalisering, waarvan de gevolgen moeilijk meetbaar zijn, KLM in staat zou hebben gesteld om haar concurrentiebasis uit te bouwen om zo haar commercieel gewicht te vergroten en Air France te Parijs concurrentie aan te doen, in het bijzonder door vanuit Parijs diensten naar niet-Europese landen aan te bieden. Het eerste onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.
- 116 Wat de vraag betreft of KLM te Parijs een potentiële concurrent is, zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden niet enkel moet worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, doch ook op de potentiële mededinging, teneinde vast te stellen of er, gelet op de marktstructuur en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent de betrokken markt kan penetreren en met de daarop gevestigde ondernemingen kan concurreren (arrest Gerecht van 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jurispr. blz. II-3141*, punt 137).
- 117 In dit verband moet in de eerste plaats het argument worden onderzocht betreffende de beperkte omvang van de thuismarkt van KLM, zoals door verzoekster aangevoerd, en in de tweede plaats verzoeksters argument met betrekking tot de nabijheid van Amsterdam, dat de spil van de werkzaamheid van KLM is, bij Parijs.

Beperkte omvang van de thuismarkt van KLM

- 118 Blijkens de bestreden beschikking kan een netwerkvluchtvaartmaatschappij op een route slechts als een potentiële concurrent worden beschouwd wanneer deze route rechtstreeks met haar hub kan worden verbonden. In punt 17 van de considerans

van de bestreden beschikking staat namelijk dat „het stervormig systeem doorslaggevend is in de beslissing van de netwerkluclvaartmaatschappijen om op een bepaald V & B-stedenpaar al dan niet luchtvervoerdiensten voor passagiers aan te bieden”. Verder heet het dat „netwerkluclvaartmaatschappijen het verkeer in een hub centraliseren en de passagiers van daaruit via aansluitende vluchten naar verschillende satellietluchthavens vervoeren”, en dat „de luclvaartmaatschappijen doorgaans geen stedenparen aandoen die niet met hun hub verbonden zijn”. Dienaangaande betwist verzoekster niet dat de netwerkluclvaartmaatschappijen hun activiteiten daadwerkelijk in hun respectieve hubs centraliseren.

- 119 Wat de korteafstandsroutes betreft, zijn de kosten daarvan, zoals de Commissie uiteenzet, voor de netwerkluclvaartmaatschappijen zo hoog dat zij op deze routes in de regel slechts diensten aanbieden wanneer zij via hun hubs gaan of wanneer zij de enige exploitant op deze routes zijn. Bijgevolg zou elke nieuwkomer op deze routes logischerwijs de nationale luclvaartmaatschappij van het punt van vertrek of van bestemming van deze routes dan wel een low cost maatschappij zijn, hetgeen verklaart dat, indien deze routes niet over Amsterdam lopen, KLM op deze markten haar activiteiten niet kan ontplooiën.
- 120 Wat de langeafstandsroutes betreft, blijkt uit de processtukken van de Commissie dat een bepaald percentage van de reizigers transitpassagiers moeten zijn, zodat een luclvaartmaatschappij een groot aantal zitplaatsen kan verkopen en het voortbestaan van haar dienst op lange termijn kan verzekeren. Dat veronderstelt bijgevolg dat zij haar langeafstandsdienst via haar hub met het verkeer van de andere routes kan voeden.
- 121 In casu betwisten partijen niet dat te Amsterdam het merendeel van de reizigers transitpassagiers zijn, waardoor KLM haar activiteiten op haar hub gaande kan houden. Verzoekster toont evenwel niet aan dat KLM over een netwerk zou beschikken via hetwelk zij passagiers vanuit Parijs naar andere bestemmingen in

Frankrijk kan vervoeren. Zelfs indien KLM van plan zou zijn om haar activiteiten — die verzoekster beperkt noemt — uit te breiden, lijkt haar organisatie niet te volstaan om te Parijs concurrentiedruk op Air France te kunnen uitoefenen.

- 122 In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat verzoekster rechtens niet voldoende bewijst dat de zienswijze van de Commissie betreffende de centralisatie van de activiteiten van KLM te Amsterdam op een kennelijke beoordelingsfout berust.

De nabijheid van Amsterdam, het centrum van werkzaamheid van KLM, bij Parijs en de beperkte concurrentie op de internationale luchtvervoerdiensten vanuit Parijs

- 123 Blijkens de processtukken van de Commissie is het totstandbrengen van een verbinding tussen twee zo dicht bij elkaar gelegen luchthavens als Parijs en Amsterdam strategisch niet haalbaar. Andere luchtvaartmaatschappijen zouden dan ook meer voor de hand liggende commerciële motieven dan KLM hebben om deze markt te penetreren, aangezien het voor een passagier weinig interessant is om zowel te Parijs als te Amsterdam een aansluitende vlucht te kunnen nemen. Daar KLM vanuit Amsterdam hoofdzakelijk op de Verenigde Staten en het Verre Oosten vliegt, toont verzoekster niet aan dat KLM een economisch belang heeft bij het opzetten van activiteiten vanuit Parijs, nu zij te Amsterdam profiteert van de transitpassagiers vanuit de Verenigde Staten, alsook van de plaatselijke passagiers die naar het Verre Oosten vertrekken. Voorts zou een dergelijke commerciële strategie rechtstreekse concurrentie kunnen vormen voor de te Amsterdam uitgebouwde en gecentraliseerde activiteit, die een vast bestanddeel van KLM's specifieke organisatiestructuur lijkt te vormen. Ten slotte zouden belangrijke investeringen noodzakelijk zijn zonder dat duidelijk is welke winst daar tegenover staat, hetgeen de relevantie van verzoeksters stelling, dat KLM als een potentiële concurrent van Air France te Parijs moet worden gezien, aanzienlijk beperkt.

- 124 Wat ten slotte verzoeksters bewering betreft dat de concurrentie op de internationale luchtvervoerdiensten vanuit Parijs beperkt is, zij vastgesteld dat verzoekster zich tot deze vermelding beperkt en niets aanvoert tot staving van dit standpunt. Het Gerecht kan derhalve geen uitspraak doen over de relevantie van deze stelling.
- 125 Verzoekster heeft bijgevolg rechtens niet afdoend aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat KLM te Parijs geen potentiële concurrent van Air France was.
- 126 Mitsdien moet het tweede onderdeel van het middel — en dus het vierde middel in zijn geheel — worden afgewezen.

5. Vijfde middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de door de partijen bij de concentratie aangegane verbintenissen

- 127 Het onderhavige middel bestaat uit zeven onderdelen. Met het eerste onderdeel voert verzoekster aan dat de verbintenissen ook voor de markten zonder overlappingsen hadden moeten gelden. Met het tweede en het derde onderdeel benadrukt verzoekster dat de verbintenissen niet aantrekkelijk zijn voor de low cost luchtvaartmaatschappijen, en dat geen levensvatbaar bedrijfs onderdeel is afgestaan. Met het vierde en het vijfde onderdeel betoogt zij dat onvoldoende slots zijn afgestaan en dat de overige corrigerende maatregelen ontoereikend zijn. Met het zesde onderdeel vestigt verzoekster er de aandacht op dat geen nieuwkomer is aangewezen en dat er geen sprake is van een snelle en duurzame toetreding van een concurrent. Met het zevende onderdeel wijst verzoekster er ten slotte op dat geen rekening is gehouden met de concurrentie van de Thalys-hogesnelheidstrein.

128 Volgens vaste rechtspraak beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid, wanneer zij onderzoekt of er verbintenissen moeten worden opgelegd om de door een concentratie ontstane ernstige twijfel weg te nemen. Hieruit volgt dat het niet aan het Gerecht staat om zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de Commissie te stellen, maar dat het slechts moet nagaan of de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. In het bijzonder bewijst het feit dat de door verzoekster voorgestelde verbintenissen niet zijn opgelegd, op zichzelf niet dat de bestreden beschikking berust op een kennelijke beoordelingsfout, en kan het feit dat ook andere verbintenissen hadden kunnen worden aanvaard, of dat deze voor de mededinging zelfs gunstiger zouden zijn geweest, niet tot nietigverklaring van de beschikking leiden indien de Commissie redelijkerwijze heeft kunnen oordelen dat de in de beschikking opgenomen verbintenissen de ernstige twijfel konden wegnemen (arrest Gerecht van 30 september 2003, ARD/Commissie, T-158/00, Jurispr. blz. II-3825, punten 328 en 329).

129 Bij de uitoefening van zijn rechterlijk toezicht dient het Gerecht rekening te houden met het specifieke doel van de tijdens de eerste fase aangegane verbintenissen, die, anders dan de verbintenissen van de tweede fase, niet tot doel hebben het ontstaan of de versterking van een machtspositie tegen te gaan, maar elke ernstige twijfel daaromtrent weg te nemen. Wanneer het Gerecht moet onderzoeken of de tijdens de eerste fase aangegane verbintenissen, gelet op hun inhoud en strekking, de Commissie in staat stellen een goedkeuringsbeschikking te geven zonder de tweede fase in te leiden, moet het derhalve nagaan of de Commissie zich zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken op het standpunt kon stellen dat deze verbintenissen een rechtstreeks en toereikend antwoord vormden dat de gerezen ernstige twijfel duidelijk kon wegnemen (arrest Gerecht van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, Jurispr. blz. II-1433, punten 79 en 80).

Eerste onderdeel: de verbintenissen gelden niet ook voor markten waarop geen overlappings bestaan

— Argumenten van partijen

130 Verzoekster stelt zich op het standpunt dat de verbintenissen ook hadden moeten gelden voor de routes waarop de Commissie geen mededingingsproblemen had

vastgesteld, omdat de betrokken markten niet aantrekkelijk waren. Verzoekster brengt in herinnering dat zij in de administratieve procedure de Commissie in overweging had gegeven de vrijgave van een groot aantal slots te gelasten, zodat de verbintenissen hun volle uitwerking zouden hebben. Zij vraagt zich derhalve af of met haar standpunt wel rekening is gehouden. Verder betoogt zij dat de Commissie zich heeft beperkt tot het aanvaarden van de verbintenissen betreffende de routes zonder de betrokken markten op elk van de bedoelde routes in de beschouwing te betrekken.

- 131 De Commissie is van mening dat het ongerechtvaardigd is om van de partijen bij de concentratie te verlangen dat zij op routes waar zich geen mededingingsproblemen voordoen slots afstaan, wanneer dat niet noodzakelijk is.

— Beoordeling door het Gerecht

- 132 De Commissie erkent in punt 17 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen dat „om de levensvatbaarheid van een bedrijfssonderdeel te waarborgen, het noodzakelijk kan blijken ook activiteiten af te stoten waarvoor volgens [haar] geen mededingingsbezwaren rezen, omdat dit de enige mogelijkheid is om de desbetreffende onderneming in staat te stellen daadwerkelijk op de betrokken markten te concurreren”. In haar processtukken preciseert zij dat deze maatregelen in het licht van het evenredigheidsbeginsel moeten worden vastgesteld.
- 133 Het is vaste rechtspraak dat volgens het evenredigheidsbeginsel handelingen van gemeenschapsinstellingen niet buiten de grenzen mogen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arrest Hof van 5 mei 1998, National Farmers' Union e.a.,

C-157/96, Jurispr. blz. I-2211, punt 60; arresten Gerecht van 27 september 2002, Tideland Signal/Commissie, T-211/02, Jurispr. blz. II-3781, punt 39, en 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/Commissie, T-2/03, Jurispr. blz. II-1121, punt 99).

- 134 Uit het voorgaande volgt dat de verbintenissen moeten worden vastgesteld met inachtneming van de mededingingsproblemen die op de betrokken markten rijzen, waarbij van belang is dat wanneer de mededinging op deze markten kan worden gehandhaafd, de Commissie overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel de verbintenissen niet tot de niet-betrokken markten behoeft uit te breiden.
- 135 In het onderhavige geval betoogt verzoekster dat de Commissie de verbintenissen had moeten uitbreiden tot de markten waarop geen overlappingsen bestaan, om alle toegangsdrempels uit de weg te ruimen. Verzoekster stelt zulks evenwel zonder aan te geven tot welke markten de Commissie deze verbintenissen had moeten uitbreiden.
- 136 Het Gerecht merkt verder op dat tijdens de administratieve procedure is gebleken dat verzoekster geneigd was om bepaalde, door de partijen bij de concentratie vrij te geven slots te gebruiken voor markten waarop de partijen bij de concentratie niet actief zijn. Verzoekster heeft daarmee haar bedoeling te kennen gegeven, van de verbintenissen van de gefuseerde entiteit te willen profiteren om haar commerciële aanwezigheid op markten zonder concurrentieproblemen te versterken, zonder evenwel aan te tonen dat dit gebruik tot een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markten zou leiden.
- 137 Er zij evenwel aan herinnerd dat de verbintenissen niet kunnen worden opgevat als een middel om zonder met de mededinging verband houdende redenen een eventuele concurrent te bevoordelen, die een specifieke markt wil penetreren. Het feit dat de Commissie de verbintenissen niet tot de markten zonder overlappingsen heeft uitgebreid, hoewel deze maatregel verzoeksters commerciële belangen op de markten waarop de concentratie geen betrekking heeft, had kunnen bevorderen, bewijst dus in geen geval dat deze uitbreiding de enige mogelijkheid was om een onderneming in staat te stellen daadwerkelijk op de betrokken markten te concurreren.

- 138 Wat ten slotte verzoeksters argument betreft, dat de Commissie zich heeft beperkt tot het aanvaarden van verbintenissen betreffende de routes maar niet betreffende de relevante markten op elk van de bedoelde routes, zij vastgesteld dat verzoekster, hoewel zij ter terechtzitting was uitgenodigd om deze stelling nader uiteen te zetten, deze markten niet heeft genoemd en geen relevante gegevens heeft aangevoerd waaruit een kennelijke beoordelingsfout kan blijken.
- 139 Gelet op het voorgaande, heeft verzoekster niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Het eerste onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Tweede onderdeel: de verbintenissen zijn niet aantrekkelijk voor de low cost maatschappijen

— Argumenten van partijen

- 140 Volgens verzoekster zijn de betrokken corrigerende maatregelen voor low cost maatschappijen of voor maatschappijen zonder netwerk maar weinig interessant, omdat zij commerciële banden en afhankelijkheidsrelaties impliceren, die de kosten opdrijven. Volgens verzoekster is de meest waarschijnlijke nieuwe concurrent op de route Parijs-Amsterdam een low cost maatschappij. Verzoekster betoogt evenwel dat van de negen betrokken markten in Europa slechts drie een voldoende aantal passagiers hebben om voor een low cost maatschappij rendabel te kunnen zijn. Verder zouden op deze markten aanzienlijke reclame-investeringen nodig zijn om de zichtbaarheid van de nieuwkomers te verbeteren en de aanwezigheid van de partijen bij de concentratie en van Alitalia te compenseren. Ten slotte zijn de hubs, aldus verzoekster, niet aantrekkelijk voor low cost maatschappijen wegens de congestieproblemen die vertragingen en dus kosten teweegbrengen.

- 141 De Commissie betwist verzoeksters standpunt dat de corrigerende maatregelen voor de low cost luchtvaartmaatschappijen weinig interessant zijn.

— Beoordeling door het Gerecht

- 142 Het Gerecht stelt vast dat blijkens de bestreden beschikking de Commissie zich niet heeft beperkt tot het aanvaarden van een vrijgave van slots, aangezien andere verbintenissen deze maatregel hebben versterkt teneinde alle luchtvaartmaatschappijen, waaronder de low cost maatschappijen, aan te moedigen om tot de betrokken markten toe te treden.

- 143 Volgens de corrigerende maatregel betreffende de frequent flyer-programma's komen de passagiers van vluchten die door concurrerende luchtvaartmaatschappijen op de betrokken markten worden verzorgd, namelijk in aanmerking voor de „miles” van de gefuseerde entiteit, wat deze passagiers — en dus indirect de concurrerende luchtvaartmaatschappijen — een niet gering voordeel verschaft (punt 6 van het verbintenissenpakket). Indien verzoekster op grond van haar eigen noden en organisatie niet zou willen deelnemen aan, bijvoorbeeld, het frequent flyer-programma, dan is dat haar eigen commerciële beslissing. Een dergelijke strategische keuze bewijst derhalve niet dat de vastgestelde corrigerende maatregelen ongeschikt zijn en dus evenmin dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

- 144 Vastgesteld moet worden dat de low cost maatschappijen ook voordeel kunnen behalen uit de interlining-overeenkomsten, die het mogelijk maken om een heen- en terugreis aan te bieden waarvan een van de trajecten door de gefuseerde entiteit wordt verzorgd (punt 5 van het verbintenissenpakket). Voorts wordt in de verbintenissen bepaald dat, om in te spelen op de uiteenlopende organisatorische en commerciële voorkeuren van de luchtvaartmaatschappijen, deze te Parijs slots op CDG of op Orly kunnen aanvragen.

- 145 Het feit dat slechts drie van de negen routes waarop volgens de Commissie mededingingsproblemen rijzen, voor een low cost luchtvaartmaatschappij rendabel zouden zijn, toont niet aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. De na fase I aangepane verbintenissen hebben namelijk tot doel de ernstige twijfels van de Commissie over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt weg te nemen en kunnen nieuwkomers niet bevrijden van de kosten die aan het betreden van een markt verbonden zijn, aangezien deze investeringen een logisch bestanddeel van iedere commerciële activiteit vormen.
- 146 Verder toont het geringe aantal passagiers op sommige betrokken markten, dat wil zeggen minder dan 70 000 passagiers per jaar, niet aan dat de verbintenissen voor low cost maatschappijen niet-aantrekkelijk zijn. Uit de stukken van de Commissie kan namelijk worden opgemaakt dat verzoekster belangstelling heeft getoond om dit soort markten te penetreren, zoals blijkt uit haar toetreding, in 2003, tot de markt Amsterdam-Bristol, op welke route jaarlijks slechts 59 314 passagiers reizen.
- 147 Voorts kan de aanwezigheid van grote ondernemingen op een markt de toetreding van een nieuwe concurrent bemoeilijken, maar kan zij niet als een absolute rem daarop worden beschouwd. Dat blijkt met name uit het toegenomen aantal low cost maatschappijen dat toetreedt tot markten waar reeds sterke luchtvaartmaatschappijen actief zijn.
- 148 Wat verzoeksters argument betreft, dat de hubs als gevolg van congestieproblemen en piekperiodes, die met vertragingen en kosten gepaard gaan, de low cost luchtvaartmaatschappijen geen aantrekkelijke voorwaarden bieden, stelt het Gerecht vast dat verzoekster tijdens de administratieve procedure heeft geprobeerd aan te tonen dat het afstaan van slots niet volstond om nieuwkomers aan te moedigen. Een dergelijke bewering is evenwel in tegenspraak met haar antwoord van 14 januari 2004 aan de Commissie, waarin zij uiteenzet dat „zij met een beperkte activiteit te Parijs, in termen van binnenlandse vluchten in Frankrijk toch de eerste concurrent

[...] van Air France is”, dat „zij actief probeert op [Orly] een basis voor haar activiteiten uit te bouwen”, dat „vier van haar vliegtuigen thans op Orly [...], en drie andere op [CDG] vliegen”, en ten slotte dat „zij liever gebruik maakt van [Orly] dan van [CDG], omdat Orly dichter bij het centrum van Parijs ligt”.

- 149 Ten slotte zij benadrukt dat de Commissie een marktonderzoek bij 90 concurrenten heeft uitgevoerd en dus niet enkel met de bedenkingen van de low cost maatschappijen rekening heeft gehouden, hetgeen verklaart dat de verbintenissen mogelijk niet op alle punten aan verzoeksters noden voldoen. De verbintenissen moeten immers de algehele mededinging op de betrokken markten waarborgen; deze mededinging kan niet tot die van de luchtvaartmaatschappijen worden beperkt, daar de spoorwegmaatschappijen, zoals de Commissie benadrukt, naargelang de markt actieve concurrenten zijn (zie in die zin punt 7 van het verbintenissenpakket).
- 150 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niets heeft aangevoerd waaruit blijkt dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 151 Het tweede onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Derde onderdeel: er is geen levensvatbaar bedrijfsonderdeel afgestoten

— Argumenten van partijen

- 152 Verzoekster betoogt dat de Commissie, in plaats van een concurrent van de afstand van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel of van een marktaandeel te verzekeren, enkel de toegangsdrempels heeft verlaagd, wat van haar gebruikelijke praktijk afwijkt.

153 Volgens de Commissie kan verzoekster haar niet verwijten dat zij niet de afstand van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel heeft verlangd, omdat geen van de partijen bij de concentratie activiteiten hadden die gemakkelijk konden worden afgestoten. Zij brengt verder in herinnering dat volgens de mededeling betreffende corrigerende maatregelen andere soorten maatregelen kunnen worden aanvaard.

— Beoordeling door het Gerecht

154 Er zij op gewezen dat, luidens de mededeling betreffende corrigerende maatregelen de afgestoten activiteiten in een levensvatbaar bedrijfsonderdeel moeten worden ondergebracht, hetgeen inhoudt dat wanneer dit bedrijfsonderdeel door een geschikte koper wordt geëxploiteerd, het daadwerkelijk en op duurzame basis met de fusieonderneming moet kunnen concurreren. Hoewel afstoting de voorkeur geniet, is het niet de enige oplossing die aanvaardbaar is voor de Commissie. Er kunnen zich namelijk situaties voordoen waarin een afstoting van een bedrijfsonderdeel niet mogelijk is. In die gevallen moet de Commissie nagaan of er geen andere oplossingen bestaan die een toereikend effect op de markt sorteren om de daadwerkelijke mededinging te herstellen (punten 14 en 26 van de mededeling).

155 Blijkens de stukken van de Commissie beschikten de partijen bij de concentratie niet over een levensvatbaar bedrijfsonderdeel dat kon worden afgestoten, aangezien volgens de Commissie de belangrijkste toegangsdrempel tot de markt verband hield met het tekort aan beschikbare slots in de grote luchthavens.

156 In dit verband toont de Commissie rechtens afdoend aan dat de verkoop van vliegtuigen voor de door de concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen geen doeltreffende oplossing biedt, omdat moeilijk zoniet onmogelijk kan worden nagegaan of de kopers deze vliegtuigen daadwerkelijk op de betrokken markten gebruiken. Verder kan een potentiële nieuwkomer een tweedehandsvliegtuig huren of kopen, zodat het beschikken over of het bezitten van een vliegtuig niet de belangrijkste toegangsdrempel lijkt te zijn.

157 In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat verzoekster niets concreets aanvoert waaruit blijkt dat de toegang tot slots niet de belangrijkste toegangs-drempel was.

158 Dienaangaande wijst het Gerecht erop dat verzoekster, niettegenstaande de argumenten die zij in het onderhavige beroep aanvoert, heeft erkend dat de toegang tot slots de voornaamste toegangs-drempel vormde, nu zij in haar antwoorden van 14 en 30 januari 2004 heeft verklaard:

„Het gebrek aan toegang tot [slots] is de meest voor de hand liggende fysieke toegangs-drempel. Zonder toegang tot [slots] [...], kunnen de luchtvaartmaatschappijen geen nieuwe diensten aanbieden, of nieuwe centra ter uitbreiding van hun activiteiten uitbouwen [...] [Zij] wordt vanuit concurrentieel oogpunt benadeeld door het gebrek aan toegang tot [slots] en andere infrastructuur die zij nodig heeft om haar netwerk uit te breiden [...] Het gebrek aan toegang tot [slots] en andere infrastructuur belet [verzoekster] centra van activiteiten uit te bouwen in steden [...] als Parijs [...]”

159 Verzoekster toont rechtens dus niet afdoend aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de concentratie goed te keuren op basis van verbintenissen die de verlaging van de toegangs-drempels en niet de verkoop van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel aan een concurrent betreffen.

160 Het derde onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Vierde onderdeel: er zijn onvoldoende slots vrijgegeven

— Argumenten van partijen

- 161 Verzoekster betoogt dat het afstaan van slots nieuwkomers niet tot marktpenetratie aanzet en evenmin tot het herstel van de mededinging leidt, zoals uit de zaken Lufthansa/SAS/United Airlines (zaken COMP/D-2/36.201, 36.076 en 36.078) en Swissair/Sabena (zaak IV/M.616) blijkt. Aangezien verder een concentratie een duurzame structuurwijziging van de markt zou teweegbrengen, zou iedere verbintenis eveneens voor onbepaalde duur moeten worden aangegaan. Het feit dat het afstaan van slots voor onbepaalde duur is opgelegd, zou bijgevolg irrelevant zijn.
- 162 Volgens verzoekster heeft de Commissie zich ten onrechte enkel over de door de slots gevormde toegangsdrempels gebogen, zonder de machtspositie op de hubs of de aan de naambekendheid van de partijen bij de concentratie verbonden voordelen en het aantal door hen aangeboden vluchten te onderzoeken. Verder zou de Commissie niet hebben uiteengezet hoe het aantal slots dat moest worden afgestaan, kon waarborgen dat een voldoende groot marktaandeel werd afgestaan om aan het quasi-monopolie van de partijen bij de concentratie op de betrokken markten een einde te maken, vooral omdat de slots niet in één keer zijn vrijgegeven. Verder zijn er te weinig slots afgestaan, omdat op basis daarvan hoogstens slechts zes vluchten per dag kunnen worden verzorgd, en dat enkel op de route Parijs-Amsterdam.
- 163 Voorts voert verzoekster aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, voorzover zij de partijen bij de concentratie heeft toegestaan om meer dan 50 % van alle slots te behouden die op ieder van de in de verbintenissen genoemde routes beschikbaar zijn, zonder voor de markttoetreding van één enkele nieuwe concurrent op deze routes te zorgen. Zij wijst erop dat op de route Parijs-Amsterdam de partijen bij de concentratie minstens 59 % van alle frequenties

behouden, welk percentage volgens haar extreem hoog is, nu de aantrekkelijkheid van deze route wordt beperkt door de Thalys die op deze route 45 % van de markt voor zijn rekening neemt.

164 De Commissie betwist het argument dat het afstaan van slots geen passende maatregel is en refereert aan haar recente beschikkingen [zaken British Midland/Lufthansa/SAS (zaak COMP/37.812) en British Airways/SN Brussels Airlines (zaak COMP/A/38.477/D2)].

165 Verzoekster vestigt de aandacht op het feit dat het afstaan van slots voor het eerst voor onbepaalde duur wordt opgelegd, en dat in het kader van de verbintenissen is voorzien in alle procedurele waarborgen die nodig zijn om een daadwerkelijke mededinging te verzekeren.

— Beoordeling door het Gerecht

166 Zoals de Commissie op goede gronden heeft aangetoond (zie de punten 155 en volgende supra), bestaat de belangrijkste drempel voor toetreding tot de luchtvaartsector erin dat in de grote luchthavens onvoldoende slots beschikbaar zijn. Bijgevolg moet worden uitgemaakt of de Commissie zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat in de onderhavige zaak het afstaan van slots, zoals bedoeld in het verbintenissenpakket, een doeltreffende maatregel was om een daadwerkelijke mededinging te garanderen. In dit kader dient verzoekster het bewijs te leveren dat het afstaan van slots, als bedoeld in de corrigerende maatregelen, niet volstond om de gerezen mededingingsproblemen te verhelpen.

- 167 In casu beperkt verzoekster zich ertoe aan te voeren dat zij in de administratieve procedure heeft voorgesteld dat een groter aantal slots zou worden afgestaan, wat volgens haar nieuwkomers de mogelijkheid zou hebben geboden om duurzaam met de partijen bij de concentratie te concurreren.
- 168 In dit verband zij in herinnering gebracht dat de Commissie, bij de vaststelling van het passend aantal slots dat moest worden afgestaan, rekening heeft gehouden met alle haar door de geraadpleegde marktdeelnemers meegedeelde aspecten. Blijkens haar stukken heeft zij zich namelijk gebaseerd op de omstandigheid dat voor de meeste zakenklanten niet het aantal dagelijkse vluchten beslissend is, maar het aantal tijdens de spitsuren aangeboden vluchten, om dezelfde dag te kunnen heen- en terugreizen.
- 169 Verder benadrukt de Commissie dat een groot aantal concurrenten de verbintenissen als toereikend beschouwden om de door de concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen te verhelpen. Tien van de veertien zakenklanten die de Commissie in het kader van haar marktonderzoek heeft geraadpleegd, waren namelijk van mening dat voldoende slots waren afgestaan, omdat de zes vluchten per dag op de route Amsterdam-Parijs een alternatief voor de gefuseerde entiteit vormden. Verzoekster was de enige low cost maatschappij die vond dat te weinig slots waren afgestaan. Gelet op de ontvangen reacties, kon de Commissie er derhalve van uitgaan dat verzoeksters voorstel, dat op Orly ongeveer 22 600 slots moesten worden afgestaan, hetgeen overeenkomt met bijna 31 vluchten per dag, onevenredig was.
- 170 Voorts zij opgemerkt dat een nieuwkomer op grond van de overeenkomsten inzake voorbehouden capaciteit in de praktijk meer dan zes vluchten per dag op deze route zal kunnen aanbieden, daar de gefuseerde entiteit een bepaald aantal zitplaatsen op haar vluchten ter beschikking van de passagiers van de nieuwkomer dient te stellen (punt 9 van het verbintenissenpakket).

- 171 Wat het aantal vluchten betreft, dat voor de andere betrokken markten is opgelegd, namelijk twee tot vier per dag, stelt het Gerecht vast dat verzoekster, nu haar betoog op de markt Parijs-Amsterdam is toegespitst, niets aanvoert waaruit blijkt dat dit aantal vluchten niet volstaat om de mededingingsproblemen op te lossen.
- 172 Wat verzoeksters argument betreft, dat de slots niet aan verschillende concurrenten maar in één keer hadden moeten worden afgestaan, zij erop gewezen dat volgens de verbintenissen de voorkeur moet uitgaan naar de nieuwkomer die op de route Parijs-Amsterdam het grootste aantal vluchten per dag kan aanbieden (punt 3.4 van het verbintenissenpakket). De slots kunnen dus in één keer worden afgestaan wanneer een nieuwkomer bij machte is om op deze route een groot aantal dagelijkse vluchten te verzorgen. De aldus door de verbintenissen geboden flexibiliteit maakt het mogelijk om slots over te dragen naar gelang van de noden van potentiële nieuwkomers, die daarbij, wat Parijs betreft, voor Orly of CDG kunnen kiezen.
- 173 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niets relevant heeft aangevoerd tot staving van haar bewering dat de Commissie niet heeft aangetoond waarom het afstaan van deze slots de mogelijkheid zou bieden om een zodanig marktaandeel over te dragen dat aan de machtspositie van de partijen bij de concentratie op de veertien betrokken markten een einde zou worden gemaakt.
- 174 Voorts zij in herinnering gebracht dat het marktaandeel van de partijen bij de concentratie voor de Commissie aanleiding is geweest om vast te stellen dat op de betrokken markten, waar deze partijen een marktaandeel van bijna 50 % bezaten, toezeggingen dienden te worden gedaan, wat inhoudt dat een vermoeden van een machtspositie bestaat, zoals in de rechtspraak bedoeld (zie in die zin arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60).

- 175 Uit het feit dat de partijen bij de concentratie op de betrokken markten eventueel een aanmerkelijk aandeel kunnen behouden, zoals volgens verzoekster op de markt Parijs-Amsterdam het geval is, blijkt bijgevolg niet dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. De Commissie heeft met betrekking tot deze markt namelijk belangrijke verbintenissen aanvaard, waarbij de corrigerende maatregelen nieuwe concurrenten zullen aanmoedigen om tot deze route toe te treden, en de Thalys, als gevolg van de infrastructuurverbeteringen die in 2007 zullen zijn aangebracht, interessanter zal worden voor passagiers voor wie tijd belangrijk is. Op grond van deze factoren kan de concurrentiepositie van de gefuseerde entiteit worden afgezwakt.
- 176 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 177 Het vierde onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Vijfde onderdeel: de overige corrigerende maatregelen zijn ontoereikend

— Argumenten van partijen

- 178 Volgens verzoekster bieden de corrigerende maatregelen onvoldoende zekerheid en vertrouwen dat de concurrentiestructuur kan worden hersteld. Zij wijst er namelijk op dat de partijen bij de concentratie hun corrigerende maatregelen betreffende slots hebben versterkt met onder artikel 81 EG vallende toezeggingen inzake gedragingen. Verzoekster leidt daaruit af dat de corrigerende maatregelen ondoeltreffend zijn en het ontstaan of de versterking van een machtspositie niet kunnen

voorkomen, omdat zij niet economisch en strategisch coherent zijn. Verder zou de Commissie in de bestreden beschikking niet de mogelijkheid hebben opgehouden om deze in te trekken in het geval dat de verbintenissen niet worden nagekomen.

179 Ten slotte is verzoekster van mening dat de benadering van de Commissie het gewettigd vertrouwen schendt en dat uit de bewoordingen van de verbintenissen niet blijkt hoe zij volledig effectief kunnen zijn.

180 De Commissie voert aan dat verzoeksters betoog niet is onderbouwd. In dit verband brengt zij in herinnering dat de netwerkvluchtvaartmaatschappijen het voorgestelde verbintenissenpakket toereikend achtten om de mededingingsproblemen op te lossen. Met betrekking tot de bewering dat de betrokken verbintenissen gedragsregels zijn, benadrukt de Commissie verder dat de terbeschikkingstelling van slots voor onbepaalde duur niet louter op gedragsmatige toezeggingen berust, daar de aan de gefuseerde entiteit opgelegde verplichtingen voorwaarden en niet louter verplichtingen vormen.

— Beoordeling door het Gerecht

181 In casu blijkt uit de bestreden beschikking dat de inzake slots aangevane verbintenissen zijn versterkt met niet geringe bijkomende mededingingsbevorderende maatregelen, zoals het bevriezen van de frequenties gedurende zes opeenvolgende IATA-verkeersseizoenen, interlining-overeenkomsten, overeenkomsten inzake voorbehouden capaciteit, speciale pro-rata-overeenkomsten, toegang tot het frequent flyer-programma, intermodale diensten en toezeggingen inzake tarieven. De Commissie kan bijgevolg niet worden verweten dat zij zich enkel met de kwestie van de toegang tot slots heeft beziggehouden.

- 182 Ten aanzien van verzoeksters stelling, dat de verbintenissen ontoereikend zijn omdat het gedragsregels betreft, zij in herinnering gebracht dat verbintenissen inzake gedragingen niet uit hun aard ontoereikend zijn om het ontstaan of de versterking van een machtspositie te voorkomen, maar net als structurele verbintenissen geval per geval moeten worden beoordeeld (arrest EDP/Commissie, punt 44 supra, punt 100; zie ook in die zin arresten Gencor/Commissie, punt 40 supra, punt 319; 25 oktober 2002, Tetra Laval/Commissie, T-5/02, Jurispr. blz. II-4381, punt 161, bevestigd bij arrest Hof van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 85).
- 183 Gelet op de bepalingen van de bestreden beschikking betreffende het afstaan van slots — in de onderhavige zaak de belangrijkste corrigerende maatregel —, kunnen de betrokken toezeggingen als structurele verbintenissen worden aangemerkt (punten 2 en 14 van het verbintenissenpakket). Behoudens uitzonderlijke omstandigheden die de intrekking of een aanpassing van de verbintenis rechtvaardigen, verbinden de partijen bij de concentratie zich er namelijk voor onbepaalde duur toe om de afgestane slots niet te gebruiken. Zodra de partijen bij de concentratie slots hebben afgestaan, kunnen zij deze dus niet terugkrijgen, daar slots die niet langer worden gebruikt verplicht aan de slotcoördinator moeten worden teruggegeven, hetgeen elk gedragsmatig aspect dat de doeltreffendheid van de verbintenissen zou kunnen aantasten, uitsluit (punt 2.2 van het verbintenissenpakket).
- 184 Er zij eveneens op gewezen dat de verbintenissen in niet geringe mate zijn versterkt, nu de partijen bij de concentratie hebben toegezegd om de tijdafwijking voor korteafstandsroutes van 45 tot 30 minuten, en voor langeafstandsroutes van 120 tot 90 minuten te beperken, welke voorwaarden volgens de nieuwkomers essentieel waren om marktpenetratie te bevorderen (zie in die zin de punten 159-167 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 185 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster er niet in slaagt aan te tonen dat de corrigerende maatregelen ondoeltreffend zijn, daar haar betoog op dit punt zeer onvolledig is.

- 186 Wat verder verzoeksters argument betreft, dat de Commissie niet heeft bepaald dat bij niet-nakoming van de verbintenissen de bestreden beschikking uitdrukkelijk kan worden ingetrokken, wijst het Gerecht erop dat de bestreden beschikking in een snelle geschillenbeslechtsprocedure voorziet voor het geval dat een nieuwkomer, een nieuwe aanbieder van luchtvervoerdiensten of een intermodale partner redenen heeft om aan te nemen dat de gefuseerde entiteit de hem gedane toezeggingen niet naleeft (punt 12 van het verbintenissenpakket).
- 187 Voorts zij eraan herinnerd dat de verbintenissen zijn onderworpen aan het toezicht van een gevolmachtigde, die erop moet toezien dat de gefuseerde entiteit de in het kader van de verbintenissen aangegane verplichtingen, voorzover deze onder het hem verleende mandaat vallen, naar behoren uitvoert, en die de gefuseerde entiteit de maatregelen kan voorstellen die hij noodzakelijk acht om de nakoming van de verbintenissen te waarborgen (punt 11.2.1 van het verbintenissenpakket).
- 188 Uit het voorgaande volgt dat de partijen bij de concentratie niet louter zijn onderworpen aan intentieverklaringen, maar in het onderhavige geval, aan verplichtingen waarvan de schending op grond van artikel 6, lid 3, sub b, van verordening nr. 4064/89 leidt tot de intrekking van de bestreden beschikking waarbij de concentratie is goedgekeurd. Verzoekster toont bijgevolg rechtens niet afdoend aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de overige aan de partijen bij de concentratie opgelegde maatregelen, en evenmin dat zij het vertrouwensbeginsel heeft geschonden omdat zij de mededeling betreffende corrigerende maatregelen niet naar behoren zou hebben toegepast.
- 189 Wat ten slotte verzoeksters argument betreft, dat de bewoordingen van de verbintenissen geen waarborg bieden voor hun doeltreffendheid om de mededinging te handhaven, zij opgemerkt dat in de omstandigheden van het onderhavige geval de verbintenissen niet dermate omvangrijk of ingewikkeld waren, dat het voor de Commissie onmogelijk was om met de nodige zekerheid vast te stellen dat een daadwerkelijke mededinging op de markt zou worden hersteld (zie in die zin arrest

BaByliss/Commissie, punt 35 supra, punt 178). Vastgesteld zij eveneens dat de door de Commissie aanvaarde verbintenissen voldoende duidelijk waren, zodat zij hun gevolgen voor de betrokken markten kon beoordelen, daar in het verbintenissenpakket nauwkeurig wordt uiteengezet hoe de corrigerende maatregelen zullen worden toegepast. Dit argument moet bijgevolg ongegrond worden verklaard.

190 Het vijfde onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Zesde onderdeel: er is geen nieuwkomer aangewezen noch een termijn voor zijn markttoetreding gesteld

— Argumenten van partijen

191 Verzoekster brengt in herinnering dat de Commissie in haar vroegere beschikingspraktijk in de luchtvaartsector reeds heeft verlangd dat de partijen bij een concentratie vooraf een potentiële nieuwkomer aanwijzen op de routes met betrekking waartoe de Commissie mededingingsproblemen heeft vastgesteld [zaak Austrian Airlines/Lufthansa (zaak COMP/37.730)]. In casu zou de Commissie evenwel genoeg hebben genomen met de door de luchtvaartmaatschappijen Volare, Meridiana en Virgin Express getoonde „concrete belangstelling”, zonder zich ervan te vergewissen of deze intentieverklaringen zouden resulteren in een daadwerkelijke markttoetreding die tegen de mededingingsbelemmerende gevolgen kon opwegen. Verder is verzoekster van mening dat de Commissie op basis van enig eenvoudig onderzoek de financiële moeilijkheden van Volare gemakkelijk had kunnen ontdekken, zodat deze luchtvaartmaatschappij niet als een geschikte koper kon worden aangemerkt. Volgens verzoekster rekent de Commissie er bijgevolg zonder meer op dat een nieuwkomer de markt zal betreden, welke houding in strijd is met haar verplichting om ervoor te zorgen dat de ernstige twijfels over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt worden weggelaten.

- 192 Verder zou de Commissie enkel hebben vastgesteld dat de verbintenissen „de kans op het uitblijven van een nieuwe markttoetreding aanzienlijk verkleinen”. Volgens verzoekster is de Commissie zich evenwel bewust van een reëel gevaar dat geen nieuwkomer de markt zal betreden, daar zij in haar verweerschrift stelt dat „ook wanneer geen nieuwe concurrent tot een bepaalde route toetreedt, het verbintenissenpakket zijn doel kan verwezenlijken”, en dat „zulks het geval zou zijn wanneer het als gevolg van de potentiële mededinging de gedraging van de gefuseerde entiteit beïnvloedt”.
- 193 Volgens verzoekster heet het voorts in de mededeling betreffende corrigerende maatregelen dat iedere verbintenis op korte termijn daadwerkelijk moet kunnen worden uitgevoerd. Gelet op het belang van de identiteit van een nieuwkomer en de onzekerheid met betrekking tot het bestaan van potentiële nieuwkomers, had de markttoetreding dan ook vóór de totstandkoming van de concentratie moeten plaatsvinden. Verzoekster benadrukt dat geen enkele nieuwkomer met de exploitatie van een van de afgestane slots is aangevangen. De Commissie zou bijgevolg de vereisten van verordening nr. 4064/89 hebben geschonden, omdat zij niet in een regeling heeft voorzien, waarbij een daadwerkelijke markttoetreding binnen een bepaalde termijn wordt gewaarborgd.
- 194 De Commissie betoogt dat de partijen bij de concentratie niet vooraf een nieuwkomer dienden aan te wijzen, aangezien op grond van de raadpleging van marktdeelnemers die de Commissie vóór de vaststelling van de bestreden beschikking heeft verricht, potentiële nieuwkomers zoals Volare, Virgin Express en Meridiana konden worden geïdentificeerd.
- 195 Wat verzoeksters argument betreft, dat de Commissie zich heeft beperkt tot het opleggen van corrigerende maatregelen „die de kans op het uitblijven van een nieuwe markttoetreding aanzienlijk verkleinen”, wijst de Commissie erop dat verzoekster dit citaat onjuist heeft uitgelegd, daar deze passage uit het verweerschrift tot doel had aan te tonen dat de corrigerende maatregelen als gevolg van hun verstreckende gevolgen het mogelijk zouden maken om „de waarde van de afgestane

[slots] te verhogen, en dus de kans op het uitblijven van een nieuwe markttoetreding aanzienlijk te verkleinen”. Naar eigen zeggen heeft de Commissie in deze passage bijgevolg een vergelijking gemaakt tussen de concentratie zoals zij, met inachtneming van de opgelegde corrigerende maatregelen, bestaat, en de eerdere beschikkingen met betrekking tot allianties en concentraties in de luchtvaartsector.

- 196 Wat ten slotte verzoeksters argument betreft, dat de bestreden beschikking niet in een daadwerkelijke en snelle uitvoering van de verbintenissen heeft voorzien, wijst de Commissie erop dat dit argument in het verzoekschrift niet is aangevoerd en dus niet-ontvankelijk is. Volgens de Commissie is het feit dat er nog geen nieuwkomer de markt heeft gepenetreerd, hoe dan ook irrelevant, daar de rechtsgeldigheid van de bestreden beschikking moet worden beoordeeld naar de situatie zoals die ten tijde van de vaststelling ervan was.

— Beoordeling door het Gerecht

- 197 Er zij aan herinnerd dat volgens artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/ 89 de Commissie een concentratie kan goedkeuren indien de door de partijen voorgestelde verbintenissen de ernstige twijfels over de verenigbaarheid van deze concentratie met de gemeenschappelijke markt wegnemen. Verordening nr. 4064/89 bepaalt aldus het doel dat de Commissie moet bereiken, maar laat haar met betrekking tot de vorm van de betrokken verbintenissen een grote beoordelingsmarge. Deze verordening verlangt niet dat de aanmeldende partijen een nieuwkomer noemen, hoewel dit in bepaalde gevallen noodzakelijk kan zijn, in het bijzonder wanneer geen enkele concurrent belangstelling toont om een betrokken markt te penetreren.

- 198 Het Gerecht is van oordeel dat in de onderhavige zaak verzoekster er niet in slaagt om aan te tonen dat het bij naam noemen van een nieuwkomer noodzakelijk was, daar verschillende concurrenten, zoals Meridiana, Virgin Express en Volare, in de

administratieve procedure hun belangstelling hebben getoond om na de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen de betrokken markten te penetreren.

199 Blijkens de processtukken van de Commissie had Volare slots aangevraagd voor de routes Parijs-Amsterdam, Amsterdam-Milaan, Amsterdam-Venetië en Amsterdam-Bologna. De Commissie heeft ter terechtzitting overigens verklaard dat Volare, zeer kort voordat de bestreden beschikking is vastgesteld, slots had verkregen op grond van beschikking 2004/841/EG van de Commissie van 7 april 2004 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/A.38284/D2 — Air France/Alitalia; PB L 362, blz. 17), hetgeen haar opvatting heeft bevestigd dat de door Volare in de onderhavige zaak getoonde belangstelling geloofwaardig was.

200 Zoals de Commissie betoogt, is deze maatschappij uiteindelijk niet tot de voormelde markten toegetreden wegens een zeggenschapswijziging onder de aandeelhouders van Volare. Indien het niet-toetreden tot de markt met financiële moeilijkheden van Volare verband zou houden, zoals verzoekster betoogt, en ook al had de Commissie de financiële situatie van deze luchtvaartmaatschappij grondig kunnen onderzoeken om na te gaan of haar aanvraag van slots tot resultaten kon leiden, kan het niet-verrichten van een dergelijk onderzoek geen kennelijke beoordelingsfout vormen, die afdoet aan de wettigheid van de bestreden beschikking. Zoals uit de stukken van de Commissie blijkt, konden namelijk andere concurrenten de betrokken markten penetreren, omdat in Europa vele low cost maatschappijen bestaan die in deze markten geïnteresseerd zijn, zoals Ryanair, Virgin Express, Smartwings, Sterling, Air Service en SkyEurope.

201 Verder moet ervan worden uitgegaan dat de toetreding tot een nieuwe markt enige tijd kan vergen, daar nieuwkomers moeten kunnen onderzoeken of deze markt-penetratie, met name gelet op de daarmee gepaard gaande investeringen, rendabel is.

Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de bestreden beschikking slots voor onbepaalde duur worden afgestaan, zodat nieuwkomers op ieder ogenblik zonder tijdsdwang de betrokken markten kunnen betreden (punt 2 van het verbintenissenpakket).

- 202 Wanneer, voorts, geen nieuwkomer de betrokken markten zou penetreren, zou hoe dan ook een zekere concurrentiedruk op de partijen bij de concentratie rusten, daar, indien de gefuseerde entiteit zou beslissen om haar prijzen te verhogen, nieuwe concurrenten zich aangesproken zouden kunnen voelen om toe te treden tot deze markten, die in dat geval aantrekkelijker zouden worden. Uit de processtukken blijkt namelijk dat op de routes tussen Oostenrijk en Duitsland vijf jaar geleden geen enkele luchtvaartmaatschappij concurreerde met Lufthansa en Austrian Airlines. De niet geringe winstmarges als gevolg van de hoge tarieven die deze twee maatschappijen hanteerden, hebben evenwel nieuwkomers aangetrokken, zodat Lufthansa en Austrian Airlines verplicht waren om hun prijsbeleid aan te passen teneinde concurrentieel te blijven. De Commissie kon hier bijgevolg uit afleiden dat het zeer waarschijnlijk was dat een nieuwkomer de betrokken markten zou betreden.
- 203 Wat het argument betreft dat geen nieuwkomer tot de betrokken markten is toegetroten, zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak de wettigheid van de bestreden individuele handeling moet worden beoordeeld met inachtneming van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop de handeling is vastgesteld (arresten Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7, en 17 mei 2001, IECC/Commissie, C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 87; arrest Gerecht van 12 december 1996, Altmann e.a./Commissie, T-177/94 en T-377/94, Jurispr. blz. II-2041, punt 119).
- 204 De bestreden beschikking moet bijgevolg worden onderzocht met inachtneming van de feiten die bestonden op het ogenblik dat zij is vastgesteld, en niet aan de hand van latere feiten. De omstandigheid dat tot op de dag van de terechtzitting geen enkele nieuwkomer de betrokken markten heeft betreden, is dan ook irrelevant.

205 Wat verzoeksters bewering betreft, dat de Commissie er niet voor heeft gezorgd dat kort na de goedkeuring van de concentratie een nieuwkomer tot de betrokken markten zou toetreden, is het Gerecht van oordeel dat deze kritiek, die in het verzoekschrift niet is aangevoerd, in verband staat met het onderhavige middel, daar zij tot doel heeft aan te tonen dat een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt met betrekking tot de strekking van de aangegane verbintenissen. Dit argument vormt bijgevolg geen nieuw middel, zoals de Commissie stelt, en is dus ontvankelijk.

206 Er zij aan herinnerd, dat de Commissie geen nieuwkomer diende aan te wijzen, daar verschillende concurrenten belangstelling hadden getoond om de betrokken markten te betreden. Van verzoeksters argument blijft dus enkel nog de grief over, dat de Commissie er niet voor heeft gezorgd dat een nieuwkomer waarschijnlijk snel deze markten zou betreden.

207 In dit verband keurt de Commissie volgens de mededeling betreffende corrigerende maatregelen een concentratie slechts goed indien iedere verbintenis daadwerkelijk en op korte termijn kan worden uitgevoerd (punten 10 en 19). In het onderhavige geval verlangt de bestreden beschikking dat slots een maand na de totstandkoming van de concentratie worden aangeboden (punt 13 van het verbintenissenpakket). De partijen bij de concentratie waren derhalve verplicht om de slots binnen een korte dwingende tijdsperiode vrij te geven, wat een snelle toetreding van een nieuwe concurrent mogelijk maakt en bevordert.

208 Het verwijt aan de Commissie, dat zij er niet voor heeft gezorgd dat een nieuwkomer snel tot de betrokken markten zou toetreden, is bijgevolg ongegrond.

209 Gelet op het voorgaande, toont verzoekster rechtens niet afdoend aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, omdat zij geen nieuwkomer heeft aangewezen en geen uiterste datum voor een toetreding tot de betrokken markten heeft vastgesteld.

210 Het zesde onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Zevende onderdeel: er is geen rekening gehouden met de concurrentie van de Thalys-hogesnelheidstrein

— Argumenten van partijen

211 Volgens verzoekster remt de exploitatie van de Thalys de toetreding van nieuwkomers tot de route Parijs-Amsterdam af. Zij merkt op dat de Thalys op deze route thans een marktaandeel van ongeveer 45 % heeft, dat als gevolg van de infrastructuurverbeteringen, waardoor de reis minder lang zal duren, nog zal groeien. Verder was de Commissie, aldus verzoekster, ten onrechte van mening dat voor passagiers voor wie tijd belangrijk is, zes vluchten per dag volstonden, terwijl zij heeft erkend dat in het geval van de Thalys dit aantal ritten ontoereikend was (punt 71 van de considerans van de bestreden beschikking).

212 De Commissie betwist deze bewering en brengt in herinnering dat de Thalys voor tijdsbewuste klanten, in het bijzonder wegens de duur van de treinreis, niet

concurrentieel is. Enkel een kortere reisduur zou daar verandering in kunnen brengen, hetgeen een belangrijke infrastructuurverbetering vergt.

— Beoordeling door het Gerecht

- 213 Verzoeksters grief moet aldus worden begrepen dat zij tot doel heeft aan te tonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, omdat zij de gevolgen van de Thalys voor de mededinging op de markt Parijs-Amsterdam niet juist heeft beoordeeld.
- 214 Blijkens de bestreden beschikking verzorgt de Thalys op de route Parijs-Amsterdam zes ritten per dag met een reisduur van vier uur en negen minuten (enkele reis), terwijl een vlucht van stadscentrum tot stadscentrum ongeveer drie uur duurt (punten 70-72 van de considerans van de bestreden beschikking). In het geval van passagiers voor wie het tijdsaspect onbelangrijk is, kan de Thalys dus thans als een concurrent worden beschouwd. Met betrekking tot tijdsbewuste klanten kon de Commissie daarentegen tot de conclusie komen dat de Thalys, met name wegens de reisduur, niet-concurrentieel was, aangezien een heen- en terugreis per trein bijna twee uur langer duurt. Enkel een verkorting van de reisduur zou hierin verandering kunnen brengen, en daarvoor is, zoals de Commissie opmerkt, een belangrijke infrastructuurverbetering nodig.
- 215 In casu voert verzoekster niets aan waaruit blijkt dat, in het geval van de Thalys, het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen reizigers voor wie het tijdsaspect belangrijk is en reizigers voor wie het tijdsaspect niet belangrijk is, onjuist is. Verzoeksters kritiek, dat de Commissie ten onrechte van mening was dat voor tijdsbewuste passagiers zes vluchten per dag volstonden, terwijl zij in punt 71 van de

considerans van de bestreden beschikking heeft erkend dat voor de Thalys een dergelijk aantal ritten niet volstond om de mededingingsproblemen ten aanzien van tijdsbewuste reizigers op te lossen, kan bijgevolg niet slagen.

216 Wat verzoeksters argument betreft, dat de Thalys de markttoetreding van nieuwkomers afremt, zij opgemerkt dat de commerciële groei van de Thalys vóór de totstandkoming van de concentratie heeft plaatsgevonden, zodat luchtvaartmaatschappijen die van plan waren om deze markt te penetreren, met deze concurrentiefactor rekening moesten houden. De exploitatie van de Thalys op de markt Parijs-Amsterdam is voor de Commissie bijgevolg een reden geweest om zich ervan te vergewissen dat, naast de concurrentie van de luchtvaartmaatschappijen, ook de concurrentie van aanbieders van andere transportmiddelen, zoals het spoorwegvervoer, wordt gehandhaafd.

217 De corrigerende maatregelen inzake intermodale diensten bieden namelijk bijvoorbeeld aan de exploitant van de Thalys de mogelijkheid om een retourticket Parijs-Amsterdam te verkopen waarmee een reiziger de heenreis met de trein en de terugreis met het vliegtuig kan maken. Om deze mogelijkheid aantrekkelijk te maken, is bepaald dat de exploitant van de Thalys voor de terugvlucht gebruik zal kunnen maken van alle promotietarieven van de gefuseerde entiteit, zodat hij intermodale diensten tegen concurrentiële prijzen kan aanbieden (punt 7 van het verbintenissenpakket). In dit verband blijkt uit de stukken van de Commissie dat de spoorwegmaatschappij Georg Verkehrsorganisation GmbH met Air France over een intermodale overeenkomst voor de markt Parijs-Amsterdam onderhandelt, wat aantoont dat de intermodale overeenkomsten belangstelling wekken.

218 Uit verzoeksters argument dat de Thalys de toetreding van een nieuwe concurrent op de route Parijs-Amsterdam afremt, blijkt bijgevolg niet dat het mededingings-

onderzoek van de Commissie op een kennelijke beoordelingsfout berust. Het zevende onderdeel van het middel moet bijgevolg worden afgewezen.

219 Gelet op een en ander, heeft verzoekster niet het bewijs geleverd dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, daar zij niet heeft vermogen aan te tonen dat deze verbintenissen de ernstige twijfels over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt niet konden wegnemen. Het vijfde middel moet bijgevolg in zijn geheel worden afgewezen.

220 In die omstandigheden moet het beroep worden verworpen.

Kosten

221 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

222 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering zal de Franse Republiek haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Verzoekster draagt haar eigen kosten en die van de Commissie.**
- 3) **De Franse Republiek draagt haar eigen kosten.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 juli 2006.

De griffier

De president van de Tweede kamer

E. Coulon

J. Pirrung

Inhoud

Toepasselijke bepalingen	II - 1942
Feiten	II - 1946
1. Betrokken ondernemingen	II - 1946
2. Administratieve procedure voor de Commissie	II - 1947
3. Door de Commissie aanvaarde verbintenissen	II - 1948
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 1951
Verzoek om maatregelen van instructie	II - 1952
Ontvankelijkheid	II - 1954
1. Argumenten van partijen	II - 1954
2. Beoordeling door het Gerecht	II - 1954
Procesbevoegdheid	II - 1954
Procesbelang	II - 1957
Ten gronde	II - 1958
1. Eerste middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op routes waar de activiteiten van Air France en KLM elkaar niet overlappen	II - 1959
Argumenten van partijen	II - 1959
Beoordeling door het Gerecht	II - 1962
Geen onderzoek van de invloed van de concentratie op de markt van de vakantievliegtoeren	II - 1963
Geen onderzoek van de invloed van de concentratie op de markten waar geen overlappings bestaan	II - 1964

2. Tweede middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht of de machtspositie van de gefuseerde entiteit al dan niet is versterkt op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten	II - 1967
Argumenten van partijen	II - 1967
Beoordeling door het Gerecht	II - 1970
De Commissie heeft geen rekening gehouden met de versterking van de machtspositie op de inkoopmarkt voor luchthavendiensten	II - 1970
Grotere invloed van de gefuseerde entiteit op AdP	II - 1972
3. Derde middel: kennelijke beoordelingsfout wat de onderlinge substitueerbaarheid van CDG en Orly betreft	II - 1973
Argumenten van partijen	II - 1973
Beoordeling door het Gerecht	II - 1975
— De locatie van de twee luchthavens	II - 1975
— Het soort vluchten dat vanuit de twee luchthavens wordt verzorgd ...	II - 1976
4. Vierde middel: kennelijke beoordelingsfout omdat niet is onderzocht welke gevolgen de concentratie voor de potentiële mededinging heeft	II - 1978
Argumenten van partijen	II - 1978
Beoordeling door het Gerecht	II - 1979
Beperkte omvang van de thuismarkt van KLM	II - 1980
De nabijheid van Amsterdam, het centrum van werkzaamheid van KLM, bij Parijs en de beperkte concurrentie op de internationale luchtvervoerdiensten vanuit Parijs	II - 1982
5. Vijfde middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de door de partijen bij de concentratie aangegane verbintenissen	II - 1983
Eerste onderdeel: de verbintenissen gelden niet ook voor markten waarop geen overlappingen bestaan	II - 1984
— Argumenten van partijen	II - 1984
— Beoordeling door het Gerecht	II - 1985

Tweede onderdeel: de verbintenissen zijn niet aantrekkelijk voor de low cost maatschappijen	II - 1987
— Argumenten van partijen	II - 1987
— Beoordeling door het Gerecht	II - 1988
Derde onderdeel: er is geen levensvatbaar bedrijfsonderdeel afgestoten ...	II - 1990
— Argumenten van partijen	II - 1990
— Beoordeling door het Gerecht	II - 1991
Vierde onderdeel: er zijn onvoldoende slots vrijgegeven	II - 1993
— Argumenten van partijen	II - 1993
— Beoordeling door het Gerecht	II - 1994
Vijfde onderdeel: de overige corrigerende maatregelen zijn ontoereikend .	II - 1997
— Argumenten van partijen	II - 1997
— Beoordeling door het Gerecht	II - 1998
Zesde onderdeel: er is geen nieuwkomer aangewezen noch een termijn voor zijn markttoetreding gesteld	II - 2001
— Argumenten van partijen	II - 2001
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2003
Zevende onderdeel: er is geen rekening gehouden met de concurrentie van de Thalys-hogesnelheidstrein	II - 2007
— Argumenten van partijen	II - 2007
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2008
Kosten	II - 2010