

РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (пети разширен състав)

6 юни 2002 година*

„Конкуренция - Регламент (ЕИО) № 4064/89 - Решение за обявяване на концентрация за несъвместима с общия пазар - Искане за отмяна - Релевантен пазар - Колективно господстващо положение - Доказателства”

По дело № Т-342/99

Airtours plc, за което се явява г-н J. Swift QC и R. Anderson, Barristers, M. Nicholson, адв. J. Holland и A. Gomes da Silva, Solicitors, със съдебен адрес в Люксембург,

ищец,

срещу

Комисия на Европейските общности, за която се явява г-н R. Lya1, в качеството му на представител, със съдебен адрес в Люксембург,

ответник,

с предмет иск за отмяна на Решение С(1999)3022 окончателен на Комисията от 22 септември 1999 г. за обявяване на концентрация за несъвместима с общия пазар и Споразумението за ЕИП (по дело IV/M.1524 - Airtours/First Choice), публикувано под номер 2000/276/ЕО (ОВ 2000 г. L 93, стр. 1),

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ (пети разширен състав),

в състав: г-жа P. Lindh, председател, г-н R. García-Valdecasas, г-н J.D. Cooke, г-н M. Vilaras и г-н N.J. Forwood, съдии,

секретар: г-н J. Palacio González, администратор,

като взе предвид писмената фаза и съдебното заседание от 11 октомври 2001 г.,

постанови настоящото

Решение

* Език на производството: английски.

Факти и процедура

1. На 29 април 1999 г., Airtours plc, британско дружество, чиято основна дейност е туроператор и доставчик на пакети за почивка, обявява своето намерение да придобие всички дялове в туроператора от британското First Choice plc, един от неговите конкуренти.

2. На същия ден Airtours е уведомило Комисията за предложеното сливане, в съответствие с Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 г. относно контрола върху обединенията на предприятия (ОВ 1989 г. L 395, стр.1, поправена версия в ОВ 1990 г., L 257, стр. 13), в съответствие с последните изменения от Регламент (ЕО) № 1310/97 на Съвета от 30 юни 1997 г. (ОВ L 180, стр. 1) (наричан по-нататък „Регламент № 4064/89“).

3. В своето Решение от 3 юни 1999 г., Комисията е установила, че сливането поражда сериозни съмнения относно неговата съвместимост с общия пазар и решава да започне производство по разследване, в съответствие с член 6, параграф 1, буква в) от Регламент № 4064/89.

4. На 9 юли 1999 г., Комисията е изпратила на ищеца възражение по член 18 от Регламент № 4064/89, в което са изложени основанията, поради които на първо време е приела, че предлаганото сливане ще доведе до господстващо положение на пазара с пакетни почивки в чужбина на близки дестинации в Обединеното кралство. Ищцата е отговорил на възраженията на 25 юли 1999 г.

5. На 28 и 29 юли 1999 г. е проведено заседание пред служител на Комисията, в съответствие с членове 14, 15 и 16 от Регламент (ЕО) № 447/98 на Комисията от 1 март 1998 г. за уведомленията, сроковете и заседанията, предвидени в Регламент № 4064/89 (ОВ L 61, стр. 1).

6. На 7 септември 1999 г. ищцата е представил серия от ангажименти, в съответствие с член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89, за да отговори на забелязаните проблеми, свързани с конкуренцията.

7. На 9 септември 1999 г. Консултативният комитет по концентрациите се е събрал и представил своето становище за сливането и ангажиментите, предложени от ищеца.

8. На 15 септември 1999 г. се е провела среща, на която са присъствали представители на ищеца и на Комисията, след която ищцата е представил нов серия от ангажименти.

9. С Решение от 22 септември 1999 г. (по дело IV/M.1524 - Airtours/First Choice) (Решение С(1999)3022 окончателен, публикувано под номер 2000/276/ЕО (ОВ 2000, L 93, стр. 1, наричано по-нататък „Решението“), Комисията е обявила, че

концентрацията е несъвместима с общия пазар и оперирането на Европейското икономическо пространство по член 8, параграф 3 от Регламент № 4064/89 на основание, че тя ще създаде колективно господстващо положение на пазара за пакетни почивки в чужбина на близки дестинации в Обединеното кралство, в резултат на което конкуренцията на общия пазар ще бъде значително засегната. Комисията заявява в решението, че ангажиментите, предложени от Airtours на 7 септември 1999 г. няма да предотвратят създаването на колективно господстващо положение, и че ангажиментите предложени на 15 септември 1999 г. са били представени твърде късно, за да бъдат разгледани на този етап от производството.

Процедура и искания на страните

10. На 2 декември 1999 г. ищцата заведе настоящото дело.

11. След изслушване на доклада на съдията-докладчик, Първоинстанционният съд реши да открие устната фаза и в рамките на мерките за организиране на производството от ищеца и Комисията беше поискано да представят определени документи и да отговорят писмено на различни въпроси.

12. С писма на Комисията от 27 юли 2001 г. и 3 август 2001 г., и с писмо на ищеца от 31 август 2001 г., страните се съобразиха с мерките за организиране на процедурата, предприети от Съда.

13. Страните изложиха устно своите аргументи и отговориха на въпросите, поставени от Съда на заседание, проведено на 11 октомври 2001 г.

14. Ищцата твърди, че Съдът следва да:

- отмени решението;
- нареди на Комисията да плати разноските.

15. Комисията поддържа, че Съдът следва да:

- отхвърли искането;
- нареди на ищеца да плати разноските.

По същество на делото

16. Ищцата разчита на четири основни правни аргумента в подкрепа на своето искане. Първият аргумент твърди, че съществуват явни грешки в оценката на определянето на релевантния пазар на продукти и нарушение на член 253 от

Договора за ЕО. Вторият аргумент твърди нарушение на член 2 от Регламент № 4064/89, нарушаване на принципа на правната сигурност, доколкото Комисията е приложила ново и неточно определение на колективно господстващо положение при оценката по настоящото дело, а също и нарушение на член 253 от Договора за ЕО. Третият аргумент е свързан с нарушение на член 2 от Регламент № 4064/89 - поради това, че Комисията е установила, че сделката създавала колективно господстващо положение – заедно с нарушение на член 253 от Договора за ЕО. Четвъртият аргумент твърди нарушение на член 8, параграф 2 от Регламент № 4064/89 и нарушение на принципа на пропорционалността, доколкото Комисията не е приела ангажиментите, предложени от ищеца.

По отношение на правното основание, изведено от определението за грешки в релевантния пазар на продукти и нарушение на член 253 от Договора за ЕО

А – Решението

17. Единственото определение, оспорвано от ищеца е това за релевантен пазар на продукти в рамките на промишлеността за пакетни почивки в чужбина в Обединеното кралство. Решението идентифицира два отделни пазара, пазар за пакети за почивки на далечни дестинации (пакети за далечни почивки) и този за пакети за почивки на близки дестинации (пакети за близки почивки). В тази връзка в решението е посочено, че секторът на туристическите пътувания приема за далечни всички дестинации, които включват полет от Обединеното кралство, който значително надвишава по време три часа, като се изключат полетите до островите в Източното Средиземноморие или Канарските острови, чието време е приблизително четири часа. В резултат на това всички европейски (континентални и островни) и северноафрикански дестинации за почивка попадат в категорията на близките, в контраст с онези дестинации, като например Карибите, Америка или Югоизточна Азия, по отношение на които времената за полет са значително по-дълги (по правило два пъти или повече) (съображения 10 - 3 от Решението).

18. В съображения 16 - 28 от Решението са изложени основанията, довели Комисията до заключението, че разликите между пакетите за близки и далечни почивки са, от гледна точка на конкуренцията, по-значителни от приликите и по тази причина оправдават определянето на отделни пазари за целите на оценката на съобщената концентрация. Тези основания са следните:

а) първо, за въздухоплавателни дружества (а следователно и за вертикално интегрираните туроператори) съществува ограничена възможност за заместване на далечни с близки полети и обратно, като се има предвид, че има малко възможности да се използва един и същи самолет за близки и далечни полети, и като се имат предвид оперативните разходи за по-голям, в сравнение с по-малък самолет, и трудностите, които чартърните въздухоплавателни дружества включително тези на страните по сливането) трябва да преодолеят, ако се опитат значително да реструктурират (своите) флоти по отношение на капацитета им за далечни и близки полети, а именно необходимостта от капиталови инвестиции, времето за осъществяване на това и трудностите при вземането на лизинг на самолет за кратък период от време, доколкото чартърните въздухоплавателни дружества (включително

тези на страните) са собственици на своите самолети или са ги наели на дългосрочна основа (по правило за пет години), с цел намаляване на разходите, поддържане на качеството и гарантиране на предлагането (съображения 16 - 18 от Решението);

б) второ, фактът, че от гледна точка на крайния потребител съществуват съществен брой значителни разлики между пакети за близки и далечни почивки:

i) имиджът или идеята за почивка: пакетите за далечни дестинации изглеждат по-екзотични и следователно са по-привлекателни за самотни лица или двойки без деца; пакетите за близки дестинации, например по средиземноморските курорти, са по-интересни за семейства (съображение 20 от Решението);

ii) времето на ползване на почивките: почивките на далечни дестинации са по-слабо пригодени за нуждите на потребителите в Обединеното кралство, които пътуват семейно, тъй като те отиват на почивка в чужбина главно през летния сезон (приблизително от средата на м. юли до края на м. август), така че тя да съвпадне с училищната ваканция (и в някои райони, със затварянето на фабрики) (съображение 20 от Решението);

iii) времето за трансфер: продължителните времена на полетите могат да възпрат някои потребители от избора на пакети за почивка на далечни дестинации, дори ако в други аспекти те са сравними с пакетите за почивки на близки дестинации, например по отношение на време, местоположение, цена, визи, медицински изисквания и други подобни (съображение 21 от Решението);

iv) липса на ценова заместимост между близки и далечни дестинации: цените на пакетите за почивка на далечни дестинации са забележимо по-високи и съществува само ограничено сближаване между цените за този вид почивки и цените за сравними почивки на близки разстояния. Макар цените за двата вида почивки, особено в някои периоди от годината (например, когато времето е лошо), може понякога да са едни и същи или не много различни, това изключително ограничено припокриване е недостатъчно да ограничи цените на пазара за близки разстояния, тъй като почивките на далечни дестинации се разглеждат като ефективни заместители само от много малка част от клиентите (съображения 22 - 26 от Решението).

Б – Определяне на релевантния пазар на продукти

19. За начало Съдът отбелязва, че по отношение на прилагането на Регламент № 4064/89 спрямо настоящия случай, правилното определяне на релевантния пазар е необходима предпоставка за оценката на ефекта от концентрацията върху конкуренцията (вж. в този смисъл Решение на Съда от 31 март 1998 г., Франция и др./Комисия, (Kali & Salz), по обединените дела C-68/94 и C-30/95, Recueil, стр. I-1375, точка 143).

20. Определянето на пазара на продукта, повлиян от сливането, трябва да отчита цялостния икономически контекст, така че да е възможно да се оцени действителната икономическа мощ на разглежданите предприятие или предприятия, и за тази цел е необходимо първо да се определят продуктите, които макар и да не могат да бъдат заместени от други продукти, са в достатъчна степен взаимозаменяеми със собствените продукти на предприятието, както с оглед на техните обективни характеристики, така и с оглед конкурентните условия и структурата на търсенето и предлагането на пазара. (вж. в този смисъл Решение на Съда от 14 ноември 1996 г., Tetra Pak/Комисия, по дело C-333/94 P, Recueil, стр. I-5951, точки 10 и 13, и Решение на Първоинстанционния съд от 6 октомври 1994 г., Tetra Pak/Комисия, по дело T-83/9, Recueil, стр. II-755, точка 63).

21. Ищцата оспорва определението на релевантен пазар на продукти, дадено в решението. Вместо да ограничава релевантния пазар до пакетните почивки на близки дестинации, Комисията е следвало да го определи като пазар, обхващащ всички пакетни почивки в чужбина, включително и пакетите за далечни дестинации. Ищцата се оплаква, че Комисията се е отклонила от досегашната си практика относно определянето на пазара на пакети за почивка в чужбина и поддържа, че оценката на Комисията на заместимостта от страна на търсенето и предлагането е неточна. В резултат на тази грешка в мотивите на Комисията, решението е опорочено от груби грешки и по тази причина нарушава закона.

22. По отношение на предложението на Комисията, че от страната на търсенето няма заместимост между пакетни почивки на близки и далечни разстояния, ищцата твърди, че аргументите на Комисията относно, първо различните характеристики на продукта и второ, разликите в средните цени на пакетните почивки на далечни и близки разстояния са погрешни.

23. Той разглежда първо характеристиките на продукта и оспорва твърдението на Комисията, че почивките на далечни дестинации са по-екзотични, по-малко подходящи за семейства и включват по-продължителни полети. Така, близките дестинации като Турция или Северна Африка са по-екзотични от далечни дестинации като Флорида и Доминиканската република, които са предимно от интерес за семейства. Времето за пътуване до курорта може да бъде еднакво при близките и далечните дестинации, тъй като от значение е общото време на пътуването, включително регистриране и прехвърляне, а не времето на полета в тесния смисъл на думата. Накрая, ищцата твърди, че съществува разнообразие от предлагани от туроператорите почивки, които отчитат различните модели на живот (например семеен и не семеен) и разнообразието от вкусове (по-специално по отношение на настаняване, храна, дейности, интереси и други подобни), в рамките както на сегмента на почивките на далечни дестинации, така и на сегмента на почивките на близки разстояния.

24. Второ, по отношение разликата в цените на почивките, ищцата твърди, че е ирелевантно да се посочва, че средните цени на почивките на далечни дестинации надвишават тези на близки дестинации, когато като в настоящия случай е налице ясно диференциране на продуктите. Ищцата посочва и сближаването на цените на

двата вида почивки, тъй като някои почивки на близки дестинации са в същия ценови диапазон като някои почивки на далечни дестинации.

25. Съдът отбелязва, че от документите на негово разположение се вижда ясно, че Комисията е отчела предпочитанията на потребителите, средното време на полетите, нивото на средните цени, и ограничената взаимозаменяемост на самолетите, използвани за всеки вид дестинация, за да стигне до заключение, че пакетните почивки на близки дестинации са пазар отделен от този, към който принадлежат пакетите за далечни разстояния. Същевременно Комисията стига до това заключение без да оспорва, че пакетите за почивки на далечни дестинации стават все по-популярни или че пазарните проучвания, упоменати от ищеца в неговия отговор на възраженията на Комисията (вж. *British National Travel Survey 1998*, том 4, *The 1998 Holiday Market*, и *Mintel, „Holidays: The booking procedure, 1997”*) илюстрират тенденцията потребителите в Обединеното кралство да пътуват на големи разстояния за своите почивки, особено до другата страна на Атлантика. Тя също така не поставя под въпрос и факта, че значителен брой от почиващите на близки дестинации, са почивали и на далечни такива в рамките на последните пет години (36 %), и че за значително по-голям брой (62 %) е много или доста вероятно да сторят същото в рамките на следващите пет години, както е посочил ищцата в таблица 2.4 на своя отговор на възраженията на Комисията.

26. Следователно Съдът трябва да обсъди въпроса дали Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, когато е стигнала до заключение, че тези фактори са основания за тясно определяне на релевантния пазар на продукти и за изключване на пакетните почивки на далечни дестинации, които тя не е приела за достатъчно взаимозаменяеми с пакетните почивки на близки дестинации.

27. Първо, относно средното време на полетите Комисията посочва - и ищцата не възразява на това - значителната разлика между средното време за полет при далечни дестинации, което надвишава осем часа и средното време за полет на близки дестинации, което обикновено е по-малко от три часа (от Обединеното кралство полетите до островите в източното Средиземноморие или Канарските острови може да отнемат до около четири часа). Ищцата твърди, че това което практически има значение за потребителите не е времето на полета, а общото време на пътуване от родния град до курорта. Независимо от това, той не може да разчита на този аргумент, за да омаловажи безспорната разлика между средните времена за полет (средно три часа при полети на близки дестинации срещу средно осем часа при полети на далечни дестинации), тъй като времето за трансфер от летището до курорта може фактически също да варира независимо от дестинацията.

28. Второ, по отношение важността, която се отдава на цените на двата вида почивки и тяхното влияние върху потребителите, Комисията е установила, че разликите между средната цена за пакетните почивки на далечни дестинации и тази на пакетите за близки дестинации са такива, че налагат дефинирането на отделни пазари. В това отношение следва да се отбележи, че Комисията приема, че е налице известно сближаване между цените на двата вида почивки. Независимо от това, тя твърди, че сближаването не е такова, че единият продукт да се разглежда като заместител на другия или че цените на единия да ограничават цените на другия.

29. В съображение 23 от Решението, Комисията обяснява причините да приеме, че няма взаимна заместимост при цените на двата вида почивки. Тя смята, че цените, предложени на потребителя, са значително по-високи за пакетите за почивки на далечни дестинации, както е отразено в информацията, представена от ищеца в Приложение 1а към неговия отговор от 29 юни 1999 г. на искането на Комисията за информация.

30. Първо, Комисията е установила, че за летния сезон на 1998 г. е съществувала разлика от над 100 % между цените по брошури за пакетните почивки на далечни дестинации и тези на близки дестинации. Тя е разгледала въпроса и като е сравнила сходни пакети (14 нощувки, три звезден хотел, самообслужване) във Флорида и Испания и е установила, че вторият пакет струва приблизително на половината на първия. Подобно сравнение между Флорида и Гърция или Канарските острови е дало в общи линии еквивалентни резултати (разлика от около 30 до 40 % процента за настаняване с хранене). Решението дава детайлни примери за сравнения на цените между някои близки и далечни туристически дестинации, предлагани от брошурата на Airtours, които показват наличието на значителни ценови разлики между двата вида дестинации.

31. Ищцата оспорва релевантността на средните цени като средство за сравнение на ефекта от цените върху решенията на потребителите, когато продуктите са ясно диференцирани. Той твърди, че от значение при определяне на релевантния пазар на продукти е поведението на потребителите при границата и въпроса дали те биха били готови да заменят пакетните почивки на далечни дестинации с такива на близки, ако цените на последните нараснат. Комисията признава, че средните цени не винаги отразяват пределните цени, но приема гледната точка, че когато – както е в настоящия случай – разликите са толкова значителни, не е вероятно да съществува достатъчен обхват от реално сравними пакети за почивки на далечни дестинации, които да са достатъчно подобни, за да ограничат цените на пакетите за близки дестинации, тъй като въпросните пакети за далечни дестинации се разглеждат като истински заместители от една съвсем малка част от потребителите.

32. Следователно е уместно да се разгледа въпросът дали Комисията не е допуснала грешка при оценката във връзка със значението на маржа, което означава броят на потребителите готови да реагират на увеличаване на цените на пакетните почивки на близки дестинации със закупуване на пакети за далечни дестинации, в сравнение с общия брой потребители, които обичайно закупуват от туроператорите пакети за почивки на близки дестинации.

33. В това отношение, като изходна точка Съдът отбелязва, че двете страни са съгласни, че потребителите на пакетни почивки в чужбина от Обединеното кралство са по правила изключително чувствителни към цените на продуктите.

34. Аргументите на Комисията са изложени в съображение 24 от Решението, в който тя признава, че цените на някои почивки на определени далечни дестинации, особено през определени периоди на годината (например през периоди, когато се

очаква лошо време) съответстват или се приближават много до онези от горния спектър (пика на лятото, по-добри условия на настаняване) на скалата цена/качество за почивките на близки дестинации. Независимо от това, тя стига до заключението, че не може да се очаква, това силно ограничено припокриване да е достатъчно да ограничи цените на пазара на близки дестинации, тъй като въпросните почивки на далечни дестинации няма да бъдат разглеждани като ефективни заместители – било на ценови или други основания – освен от една много малка част от потребителите.

35. В подкрепа на това, в съображение 25 от Решението, Комисията посочва, че нито една от далечните дестинации, упоменати от ищеца в отговора му на възраженията на Комисията (таблица 2.6) в подкрепа на неговата теза за сближаване на цените, не е била в същия ценови обхват като предложените преди това.

36. Проверката на приложения 1а и 2 към писмото на ищеца от 29 юни 1999 г., в отговор на искането на Комисията за информация от 15 и 21 юни 1999 г. (документи, предоставени от Комисията в контекста на мерките за организиране на процедурата, вж. Приложения 6б/7б към първия комплект от документи, предоставени от Комисията) разкрива, че Комисията е била права да приеме, че разликите в средните цени са значителни, особено ако сравнението се прави в рамките на един и същи сезон (лято или зима). Приложение 1а фактически показва, че за летните сезони на 1996, 1997 и 1998 г., средните цени за пакетни почивки на близки дестинации са били съответно 354, 378 и 369 GBP, докато съответните цифри за пакетите за далечни дестинации са били респективно 676, 757 и 781 GBP.

37. В допълнение на това, един преглед на тези документи установява, че оценката на Комисията в съображение 25 от Решението е добре обоснована. От приложение 2 към писмото на ищеца от 29 юни 1999 г. е видно, че за близките дестинации, ищцата е посочил, че типичната почивка, например една седмица в три звезден хотел, полупансион в Майорка, през м. юли или м. август 2000 г. струва 485 GBP. Цифрите са значително по-ниски от онези в таблица 2.6 на страница 21 от отговора на възраженията на Комисията, който е упоменат в съображение 25 от Решението. Само цените на почивките предлагани за м. декември 1999 г. до Ямайка (699 GBP), Мексико (649 GBP) и Шри Ланка (699 GBP) са близки до средните цифри за близки дестинации през летния сезон на 2000 г.

38. По същия начин, документите, предоставени от ищеца, подкрепят аргументите на Комисията. Както е заявено в съображение 26 от Решението, в реклама на BA Holidays за пакетни почивки на далечни дестинации, предоставена от ищеца на заседанието пред Комисията, може да се види (вж. съображение 26 от Решението, бележка под линия 23), че четири дестинации се предлагат на силно конкурентни цени: Барбадос (399 GBP), Тобаго (499 GBP), Гренада (529 GBP) и Сейнт Лусия (799 GBP). Независимо от това, както посочва Комисията, само пакетът до Сейнт Лусия включва и храна, докато другите почивки включват само полета и настаняването. В допълнение на това, цените са били извън сезона и валидни за м. септември и м. октомври 1999 г.

39. Следва да се добави и това, че в своя отговор от 29 юни 1999 г. на запитванията на Комисията от 15 и 21 юни 1999 г., ищцата цитира като пример един от своите

типични продукти, лятна почивка в Майорка, в три звезден хотел, на цена приблизително 485 GBP, плюс добавка за полет.

40. По нататък, на заседанието ищцата е признал, че публикува отделни брошури за пакетните почивки на близки и далечни дестинации.

41. При тези обстоятелства, предложението на Комисията, че само една малка част от клиентите на главните туроператори в Обединеното кралство разглеждат пакетните почивки на далечни дестинации като заместители, по отношение на съотношението стойност за пари, на пакетните почивки на близки дестинации, не може да бъде разглеждано като явно неточно.

42. Другите аргументи, изложени от ищеца не правят невалидни така установените положения.

43. Ищцата твърди, че проучвания на промишлеността третираат пакетните почивки на далечни дестинации като част от общия поток. По-специално той упоменава Holidays - The Booking Procedure, изследване на Mintel, в което се посочва, че далечните дестинации са се включили в основния поток. Макар и основан на желанието да се пътува по-далече и да се види света извън Европа, цената неминуемо играе роля на ключов елемент в избора на потребителя. В допълнение на това, Комисията е следвало да отчете изявленията на туроператори – трети страни, получени в хода на разследването, които също показват нарастващото значение на заместването между пакетните почивки на далечни и близки дистанции.

44. Независимо от това, предвид обстоятелствата по настоящото дело и с оглед определянето на пазара, фактът, че Комисията не е приела за решаващи i) промените във вкусовете на потребителите, ii) нарастването на значението на възможността за заместване между пакетните почивки на далечни дистанции като Флорида и Доминиканската република и близки дистанции или iii) нарастването на пазара на пакети за далечни дестинации през последните години, не е достатъчен, за да се приеме, че Комисията е надвишила границите на своята оперативна самостоятелност, като е заключила че пакетните почивки на близки дестинации не се намират на един и същ пазар на продукти с пакетите за далечни дестинации.

45. Трето, колкото до аргументите на ищеца за възможността за заместване от гледна точка на предлагането и взаимозаменяемостта на самолетите, използвани на близки и далечни маршрути, Комисията не може да бъде критикувана, че е формирала гледна точка, според която фактът, че някои самолети с двойно предназначение като Боинг 757, могат да бъдат използвани в известна степен, както за далечни, така и за близки дестинации, не е достатъчно решаващ, като се имат предвид установените факти с оглед възможността за заместване на продукта от гледна точка на търсенето, за да доведе до приемането на по-широка дефиниция на пазара. В това отношение е уместно да се посочи, както е направил самият ищец, точка 13 от съобщение на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на правото на Общността на конкуренция (ОВ 1997 г., С 372, стр. 5):

„От икономическа гледна точка за определянето на съответния пазар, заменяемостта на търсенето е най-непосредственият и ефективен дисциплиниращ фактор за доставчиците на даден продукт, по-специално във връзка с техните ценови решения.”

46. Накрая, ищцата не може да разчита на пропуск да се заявят мотиви във връзка с определянето на релевантния пазар.

47. Комисията е отделила значителна част от своето решение (съображения 5 - 28), за да обясни защо е приела, че релевантният пазар следва да се ограничи до пазара на пакетни почивки на близки дестинации. По този начин решението разкрива, по ясен и недвусмислен начин, мотивите на Комисията, свързани с определянето на релевантния пазар, по начин, който да позволи на съдилищата на Общността да осъществят своите правомощия за преглед, а засегнатите лица да са запознати с основанията за наложената мярка, за да могат да защитят своите права (вж. Решение на Съда от 14 февруари 1990 г., Delacre и др./Комисия, по дело C-350/88, Recueil, стр. I-395, точка 15).

48. Следва, че първият основен правен аргумент на ищеца трябва да бъде отхвърлен като неоснователен.

По второто правно основание, изведено от нарушение на член 2 от Регламент № 4064/89, нарушаване на принципа на правната сигурност, а също и нарушение на член 253 от Договора за ЕО, доколкото Комисията е приложила неточно определение на колективно господстващо положение при оценката по настоящото дело

49. Ищцата се оплаква, че за целите на решението Комисията е приложила ново и неточно определение на колективно господстващо положение, което по принцип е изложено в съображения 51 - 56 от Решението и се отклонява от предишни решения, от съдебната практика на Общността и от основните икономически принципи, като нарушава и член 2 от Регламент № 4064/89. По този начин Комисията е действала и в нарушение на принципа на правната сигурност и на член 253 от Договора за ЕО, доколкото решението е опорочено от погрешни мотиви.

50. Комисията отрича да е приела нов подход и поддържа, че е приложила теста за колективно господстващо положение, вече използван в предишни случаи и одобрен от Първоинстанционния съд в Решение от 25 март 1999 г., Gencon/Комисия, по дело T-102/96, Recueil, стр. II-753.

51. Уместно е да се посочи, че упоменатите по-горе съображения от решението (51 - 56) се намират в част VA от решението, където Комисията излага, само като въведение и обобщение, мотивите които са я довели до заключението, че концентрацията ще доведе до създаване на господстващо положение и където тя отговаря общо на становищата, изложени от ищеца по време на административната

процедура относно някои характеристики на колективното господстващо положение.

52. Във въведението към своя правен анализ Комисията само скицира общите очертания на установените от нея положения за ефекта от сливането, които впоследствие са обяснени и подробно развити в съображения 57 - 180 от Решението.

53. Тъй като решението е мярка по прилагането на член 2 от Регламент № 4064/89 спрямо конкретна концентрация, Съдът при своя преглед на законността на решението трябва да се ограничи до позицията, приета от Комисията във връзка със сделката, така както тя е съобщена, което означава, че той трябва да провери начина, по който законът е бил приложен към фактите и да се произнесе по същество във връзка с установеното от Комисията относно ефектите от концентрацията върху конкуренцията. В този случай, установеното за влиянието на сделката върху конкуренцията, което е довело Комисията до заключението, че концентрацията следва да бъде забранена, е посочено и развито в съображения 57 - 180 от Решението и оспорено от ищеца в третия му правен аргумент.

54. Следователно е необходимо първо да се разгледат по същество аргументите на ищеца, развити в третата му претенция, като в същото време се отчитат и аргументите относно общото установяване на положението от страна на Комисията в съображения 51 - 56 от Решението.

По третото правно основание, извлечено от една страна от нарушение на член 2 от Регламент № 4064/89 поради това, че Комисията е установила, че концентрацията създава колективно господстващо положение и нарушение на член 253 от Договора за ЕО

55. С този аргумент ищцата иска да покаже, че Комисията е направила грешка при оценката като е решила, че предлаганото сливане следва да бъде забранено. Той твърди, че решението не доказва до необходимия правен стандарт, че крайният резултат от сделката ще бъде създаване на колективно господстващо положение от вид, който значително да възпрепятства конкуренцията на релевантния пазар. Така, като е забранила сливането, Комисията е нарушила член 2 от Регламент № 4064/89.

А – Общи съображения

56. Според член 2, параграф 2 от Регламент № 4064/89, концентрация, която не създава или укрепва господстващо положение в резултат, на което значително би се възпрепятствала ефективната конкуренция в общия пазар или в значителна част от него, се обявява за съвместима с общия пазар.

57. Според член 2, параграф 3 от Регламента, концентрация, която създава или укрепва господстващо положение в резултат, на което значително би се възпрепятствала ефективната конкуренция в общия пазар или в значителна част от него, се обявява за несъвместима с общия пазар.

58. Когато, с цел прилагане на Регламент № 4064/89, Комисията проверява за възможно колективно господстващо положение, тя трябва да провери дали концентрацията би имала за свой пряк и незабавен ефект създаването или засилването на положение от този вид, което е такова че да възпрепятства значително и с дълготраен ефект конкуренцията на релевантния пазар (вж. в този смисъл Решение Gencor/Комисия, упоменато по-горе, точка 94). Ако липсва значително изменение на конкуренцията, такава каквато е, сливането трябва да бъде одобрено (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд 19 май 1994 г., Air France/Комисия, по дело T-2/93, Recueil, стр. II-323, точки 78 и 79, и Gencor/Комисия, точки 170, 180 и 193).

59. От практиката на Съда е видно, че в случай на твърдяно колективно господстващо положение, Комисията е (...) задължена да прецени, като използва анализ на очакваното развитие на съответния пазар, дали концентрацията, която е отнесена до нея, води до ситуация, където ефективната конкуренция на съответния пазар е значително засегната от предприятията, участващи в концентрацията, и едно или повече други предприятия, които заедно, особено поради фактори водещи до обвързване между тях, са способни да предприемат обща пазарна политика и да действат в значителна степен независимо от техните конкуренти, клиенти и потребители (Решение Kali & Salz, упоменато по-горе, точка 221, и Gencor/Комисия, упоменато по-горе, точка 163).

60. Първоинстанционният съд е постановил че, „в юридически и икономически план, не съществува никаква причина за изключване от понятието икономически връзки на отношението на взаимозависимост между членовете на ограничен олигопол, в чиито рамки и в условията на подходящия пазар по отношение на концентрация, прозрачност и хомогенност на продукта, участниците са в състояние да предвидят реципрочните си поведения, и следователно имат интерес да пригледат поведението си към пазара, с цел максимизиране на общата печалба, чрез ограничаване на производството и увеличаване на цените. В подобни условия, всеки оператор знае, че силно конкурентното действие от негова страна с цел увеличаване на пазарния дял (например чрез намаляване на цените), ще предизвика същата ответна реакция от страна на другите оператори, така той няма да извлече очакваната полза от своята инициатива. Защото всички оператори ще трябва да понесат снижаването на нивото на цените”. (Решение Gencor/Комисия, упоменато по-горе, точка 276).

61. По този начин, едно колективно господстващо положение, което значително възпрепятства ефективната конкуренция на общия пазар или значителна част от него, може да произтече от концентрация, при която, с оглед на действителните характеристики на релевантния пазар и промяната на структурата, произтичаща от трансакцията, последното кара всеки член на господстващия олигопол, като осъзнава общите интереси, да смята за възможно, икономически рационално и следователно за предпочитане, да приеме на постоянна основа, обща политика на пазара с цел продажби на цени над конкурентните, без да трябва да влиза в споразумения или да прибегва до съгласувани практики по смисъла на член 81 от Договора за ЕО (вж. в този смисъл Решение Gencor/Комисия, точка 277) и без

никакви действителни или потенциални конкуренти, да не говорим за клиенти или потребители, способни да реагират ефективно.

62. Както твърди ищцата и Комисията се съгласява във своето становище по делото, необходими са три условия за създаване на колективно господстващо положение както е определено:

- на първо място, всеки член на доминиращия олигопол трябва да има възможността да знае как се държат останалите членове, за да може да наблюдава дали те приемат общата политика. Както Комисията специално признава, не е достатъчно отделният член на олигопола да съзнава че взаимозависимото пазарно поведение е доходно за всеки от тях, но всеки един член трябва да разполага със средства да е информиран дали другите оператори приемат същата стратегия и дали я поддържат. Следователно трябва да е налице достатъчна прозрачност на пазара за всички членове на доминиращия олигопол, така че те достатъчно точно и бързо да осъзнават начина, по който еволюира поведението на другите членове на пазара;

- на второ място, ситуацията на негласна координация трябва да е устойчива във времето, което означава наличие на стимул да няма отклонения от общата политика на пазара. Както отбелязва Комисията, само в случай, че всички членове на господстващия олигопол запазват паралелно поведение, те могат да извличат ползи от това. Така, вътрешно присъща на това състояние е идеята за ответни действия по отношение на действия, отклоняващи се от общата политика. В този случай страните се съгласяват, че за да бъде жизнеспособно едно състояние на колективно доминиране, трябва да съществуват адекватни възпиращи механизми, които да гарантират, че съществува дългосрочен стимул за неотклоняване от общата политика, което означава, че всеки член на доминиращия олигопол, трябва да осъзнава, че силно конкурентни действия от негова страна, насочени към увеличаване на пазарния му дял, ще провокират идентични действия от останалите, така че той няма да извлече полза от собствената си инициатива (вж. в този смисъл Решение Gencor/Комисия, точка 276);

- на трето място, за да докаже съществуването на колективно господстващо положение, Комисията трябва да установи, че предвидимата реакция на настоящи и бъдещи конкуренти, а също и потребители, няма да застраши резултатите, очаквани от общата политика.

63. Анализът на бъдещото развитие, който Комисията трябва да осъществи в своя преглед на концентрациите, включващи колективно господстващо положение, изисква по-специално внимателна проверка на обстоятелствата, които във всеки отделен случай са релевантни за оценяване на ефектите от концентрацията върху конкуренцията на съответния пазар (Решение Kali & Salz, точка 222). Както самата Комисия е подчертала в точка 104 от Решението си от 20 май 1998 г. Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (по дело IV/M.1016) (ОВ 1999 г., L 50, стр. 27), от решението по делото Kali и Salz е видно, че когато Комисията приеме гледна точка, че сливането между предприятия следва да бъде забранено, защото ще създаде положение на колективно господство, върху нея тежи задължението да представи убедителни доказателства за това. По-специално доказателствата трябва да се

отнасят до факторите, играещи значителна роля при оценката дали е налице положение на колективно доминиране, като например липсата на ефективна конкуренция между операторите, за които се твърди, че са членове на господстващия олигопол и слабост на всякакъв конкурентен натиск, който би могъл да бъде упражнен от други оператори.

64. В допълнение на това, основните разпоредби на Регламент № 4064/89 и по-специално член 2 от него, предоставят на Комисията определена оперативна самостоятелност, особено по отношение на оценка от икономическо естество и следователно, когато се преразглежда упражняването на тази оперативна самостоятелност, която е от основно значение за определяне правилата за концентрациите, Съдът на Европейската общност трябва да вземе предвид обхвата на оперативната самостоятелност, вложена в разпоредбите с икономически характер, които формират част от правилата за концентрациите (Решение *Kali & Salz*, точки 223 и 224, и *Gencor/Комисия*, точки 164 и 165).

65. Следователно е необходимо да се разгледат по същество основанията, на които разчита ищеца, като има предвид посочените по-горе съображения, за да се демонстрира, че Комисията е направила грешка в преценката като е установила, че условията или характеристиките на колективното господстващо положение биха били налице в подлежащата на одобряване сделка.

Б – Решението

66. Решението идентифицира два вида участници на релевантния пазар (вж. съображения 72 и 75), големите туроператори от една страна и малките от друга:

- основните туроператори се характеризират с относително големи размери – всеки от тях има пазарен дял надвишаващ 10 % (според данните на Комисията Thomson осъществява 27 % от продажбите, Airtours 21 %, Thomas Cook 20 %, а First Choice 11 %, което означава общо 79 % от продажбите. Според цифрите, представени от Airtours, Thomson осъществява 30,7 % от продажбите, Thomas Cook 20,4 %, Airtours 19,4 %, а First Choice 15 %, което означава общо 85,5 % от продажбите). Допълнителна характеристика е, че те са интегрирани, както нагоре (операции на чартърни въздухоплавателни дружества), така и надолу (туристически агенции);

- вторичните оператори са по-малки и никой от тях няма пазарен дял надвишаващ 5 % като по правило никой от тях не притежава собствени чартърни въздухоплавателни дружества или туристически агенции. С изключение на Cosmos (който, тъй като е свързан с Monarch, една от основните чартърни въздухоплавателни дружества в Обединеното кралство, представлява изключение сред вторичните оператори, където няма вертикална интеграция), Manos и Kosmar, които са пети, шести и седми в класацията на туроператорите, осъществяващи съответно 2,9 %, 1,7 % и 1,7 % от продажбите, съществуват няколко стотин, конкуриращи се туроператори, от които никой не осъществява повече от 1 % от продажбите.

67. От решението е видно (вж. обобщение на преценката на Комисията в съображения 168 - 172 от Решението), че Комисията е формирала гледна точка, че предлаганото сливане ще създаде господстващо положение на пазара в Обединеното кралство за пакетни почивки в чужбина на близки дестинации, ефектът от което би бил значително увреждане на конкуренцията на общия пазар по смисъла на член 2, параграф 3 от Регламент № 4064/89, по следните причини:

- предлаганото сливане би премахнало конкуренцията между трите големи оператора, оставащи след концентрацията (групата Airtours/First Choice, Thomson и Thomas Cook). Тъй като структурните характеристики на пазара и начинът, по който той оперира, зависят от решения касаящи капацитета и поради високото ниво на концентрация на пазара (трите оставащи големи туроператори биха притежавали около 80 % от пазара, ако концентрацията се осъществи) (решението, съображение 169) те няма да имат стимул да се конкурират един с друг;

- операцията би увеличила нивото на прозрачност и взаимна зависимост, което вече съществува, в резултат на което трите оставащи големи туроператори биха имали интерес изцяло да приемат паралелно поведение, доколкото става дума за решенията колко пакетни почивки да се пуснат на пазара, като намалят капацитета под изискваното от пазарните тенденции (решението, съображение 170);

- прегледът на конкуренцията в миналото подкрепя това заключение, тъй като демонстрира, че релевантният пазар вече проявява тенденция към колективно господстващо положение (Решението, съображения 128 - 138);

- съществуват средства за възпиране и възможност за ответна реакция, които са свързани с факта, че ако един от оставащите трима големи туроператори реши да не ограничава капацитета, съществува риск останалите двама да направят същото, което би довело до свръх предлагане и сериозни финансови последици за всеки от операторите (решението, съображение 170);

- малките оператори или появилите се нови участници, което ще рече настоящите и бъдещи конкуренти, ще бъдат маргинализирани още повече, в резултат на операцията, тъй като ще загубят First Choice, като доставчик на самолетни места, така и като потенциален канал за дистрибуция. Във всеки случай тези оператори няма да имат никаква възможност да компенсират каквото и да било намаление на капацитета, осъществено от трите оставащи големи туроператори (решението, съображение 171).

68. Доколкото става дума за ефектите от сливането върху ефективната конкуренция, Комисията е установила, че последицата от ограничаването на общия капацитет, изнесен на пазара ще бъде затягане на пазара, увеличаване на цените и печалбите на членовете на господстващия олигопол (вж., по-специално, съображение 56 и заключителната част на съображение 168 от Решението).

В – По отношение на твърдените грешки в оценката на Комисията

69. Ищцата твърди, че противно на твърдението на Комисията, факторите изложени от нея в решението, за да характеризират положението като такова на колективно господство, не са съществували към момента на уведомяването и не биха се появили, ако сливането се беше осъществило.

70. По-специално, ищцата твърди, първо, че като се имат предвид характеристиките на релевантния пазар, Комисията не е доказала по убедителен начин, че ако сливането се осъществи, трите оставащи големи туроператори биха имали стимул да престанат да се конкурират помежду си.

71. Второ, той твърди, че дори и да се приеме, че такъв стимул е налице, липсата на възпиращи възможности или адекватни средства за ответна реакция биха предотвратили възникването на предполагаемия господстващ олигопол.

72. Трето, във всички случаи по-малките оператори и появилите се нови участници, което ще рече настоящите и бъдещи конкуренти, ще се противопоставят на ограниченията в капацитета, в резултат на което ще реагират и потребителите, така че трите оставащи основни туроператори няма да са способни, в резултат на концентрацията, да действат заедно в степен, която да бъде почувствана, независимо от другите конкуренти и потребителите.

73. Четвърто, ищцата претендира, че Комисията е оценила неправилно влиянието на сливането върху конкуренцията на релевантния пазар.

1. Предварителни бележки

74. Първото заявление на ищеца е, че естествената тенденция на операторите на релевантния пазар да определят капацитета предпазливо, по никакъв начин не им е попречила да се конкурират помежду си в миналото, и че няма причина да се приеме, че осъществяването на предлаганото сливане ще сложи край на тази конкуренция, създавайки ситуация, където трите оставащи големи туроператори имат колективно господстващо положение.

75. Решението е особено елиптично в описанието на конкурентното положение по времето на уведомяването. Независимо от това, не се спори, че Комисията е достигнала до заключението, че предлаганото сливане по-скоро ще създаде, отколкото да засили господстващо положение на пазара (Решението, съображение 194). В своето становище Комисията потвърди, че тя не смята, че е имало положение на господстващ олигопол към момента на уведомяването, и че става въпрос за създаване, а не за засилване на колективно господстващо положение. Така, тя не отрича, че преди предлаганото сливане трите основни туроператори не са смятали за възможно или доходно да ограничат капацитета с цел увеличаване на цените и приходите.

76. Следователно, в настоящия случай, изходната точка за проверката на Съда трябва да е ситуация, при която – според собствената гледна точка на Комисията – четирите основни туроператори не са способни да приемат обща политика на пазара и следователно не се изправят пред своите конкуренти, търговски партньори и потребители като едно лице, и при която, по този начин, не се радват на възможностите присъщи на едно колективно господстващо положение.

77. При тези обстоятелства върху Комисията е паднала тежестта да докаже, че с оглед характеристиките на пазара за пакетни почивки на близки дистанции в Обединеното кралство и като има предвид операцията, за която Комисията е била уведомена, одобрението на последната би довело до създаването на колективно господстващо положение, което да ограничава конкуренцията, доколкото Airtours/First Choice, Thomson и Thomas Cook биха имали способността, която до този момент не са притежавали, да приемат обща политика на пазара като намаляват капацитета под нормалното за един конкурентен пазар вече характеризираещ се с известна степен на предпазливост по отношение на капацитета.

78 Следователно е необходимо претенциите и аргументите на ищеца да бъдат разгледани като се имат предвид изложените по-горе съображения.

2. Установяване на факта, че ако сливането се осъществи, трите останали големи туроператори ще имат стимул да престанат да се конкурират помежду си

79. Ищцата твърди, че установяването на факта, че ако сливането се осъществи, трите останали големи туроператори ще имат стимул да престанат да се конкурират помежду си е погрешно, тъй като Комисията първо не е взела, както би трябвало, предвид съществуващата конкуренция между водещите туроператори към момента на уведомяването и второ, е направила грешка при оценката на характеристиките на пазара, на които е разчитала като доказателство, че ще възникне колективно господстващо положение, по-специално миналото и очакваното развитие на търсенето, променливостта на търсенето и степента на прозрачност на пазара.

а) Оценката на конкуренцията между водещите туроператори

80. Ищцата твърди, че анализът на конкуренцията, съществувала преди уведомяването на Комисията (наричана минала конкуренция) е от основно значение в настоящия случай, тъй като основните стимули, на които се позовава Комисията, а именно твърдяната бавна подвижност в капацитетите, са вътрешно присъщи на начина, по който обичайно оперира пазара, касаят промишлеността като цяло и няма да се повлияят от осъществяването на сливането. През последните години релевантният пазар е оперирал в конкурентна среда и ищцата оспорва твърдението на Комисията, че вече е налице тенденция към колективно господстващо положение. По-специално, той критикува начина, по който Комисията е разгледала твърдяната тенденция към колективно господстващо положение, преди да разгледа имплементацията на предложеното сливане и променливостта на историческите пазарни дялове.

81. Комисията твърди, че начинът по който пазарът е оперирал преди и фактът, че в миналото е имало конкуренция не са значителни фактори, тъй като решението се основава на установяването на факта, че в резултат на предлаганата операция ще се създаде колективно господстващо положение, което означава, че условията на пазара биха се променили по начин, при който съществували в миналото стимули и поведения вече няма да са подходящ ориентир при определяне как биха реагирали операторите в новите пазарни условия. Следователно, нейният аргумент е, че решаващия въпрос е дали предложената операция би променила съществуващите пазарни условия по начин, който да накара водещите оператори вече да не реагират по същия начин, както са правели в миналото. Така, от факта, че пазарът е бил конкурентен при наличието на четири големи туроператори, не следва че той ще продължи да е такъв, ако техният брой бъде намален до три. Независимо от това, Комисията оспорва аргументите на ищеца, които показват, че конкуренцията между основните оператори е била и ще продължи да бъде действителна.

82. Същевременно, Съдът отбелязва, че един от основните въпроси, които Комисията трябва да разгледа е дали посочената концентрация би довела до сериозно възпрепятстване на ефективната конкуренция на релевантния пазар (Решения *Kali* и *Salz*, точка 221, и *Gencor*/Комисия, точка 163). Ако няма сериозна промяна в постигнатото преди ниво на конкуренция, сливането следва да бъде одобрено, защото то не ограничава конкуренцията (вж. по-горе, точка 58). Следва, че нивото на постигнатата конкуренция на релевантния пазар по времето, когато е нотифицирана концентрацията, е решаващ фактор при установяване дали се създава колективно господстващо положение за целите на Регламент № 4064/89.

83. Както твърди ищцата, анализът на конкуренцията преди нотификацията е от особена важност в настоящия случай, тъй като целта на негласната координация, която според мнението на Комисията вероятно ще последва концентрацията, ще бъде да се ограничи капацитета, изнесен на пазара от трите останали, интегрирани туроператори. Ограничението би отивало по-далеч от тяхната естествена предпазливост при планирането на капацитета, която самата Комисия приема за вътрешно присъща на начина, по който пазарът оперира обичайно.

i) Тенденцията към колективно господстващо положение, за която се твърди, че е съществувала преди предложеното сливане

84. Първо, трябва да се отбележи, че макар Комисията да е отделила една част от решението да разгледа миналата конкуренция (съображения 128 - 138), внимателният анализ на тази част разкрива факта, че в нея Комисията не изразява мнение за степента на постигнатата конкуренция на пазара. Тя се ограничава до посочване (съображения 128 - 138) на определен брой обстоятелства или фактори, наблюдавани на пазара в годините преди нотификацията и заключава (решението, съображение 138), че са налице доказателства, че вече съществува тенденция към колективно господстващо положение на пазара (особено с оглед определянето на капацитета). Същевременно, тези части от решението не споменават за никакво намалено ниво на конкуренция на пазара в периода преди нотификацията.

- Фактът, че големите туроператори предприемат предпазлив подход при планиране на капацитета и отделят особено внимание на изчисленията на основните конкуренти

85. В съображения 135 и 136 от Решението, Комисията обяснява, че големите туроператори предприемат предпазлив подход при планиране на капацитета и отделят особено внимание на изчисленията на основните конкуренти (в съображение 136 от Решението са упоменати изявления на високопоставени служители на водещите, интегрирани туроператори в Обединеното кралство, които илюстрират този предпазлив подход към планирането). В предходното съображение (съображение 135), решението описва един епизод, случил се през лятото на 1995 г., за който Комисията твърди, че илюстрира последиците от свръх предлагане на пазара: през периода на планиране на 1994 г. всички туроператори надценили търсенето за летния сезон на 1995 г. и останали с непродаден капацитет, който трябвало да бъде изчистен посредством големи намаления на цените, а това довело до сериозни загуби.

86. Ищцата твърди, че основните туроператори не могат да бъдат критикувани за предприемането на предпазлив подход към планирането на капацитета, като отделят особено внимание на изчисленията в плановете на другите водещи оператори, тъй като съдилищата на Общността са признали, че изискването за независимост не лишава икономическите оператори от правото да се адаптират интелигентно към съществуващото и очаквано поведение на техните конкуренти (Решение на Съда от 16 декември 1975 г., Suiker Unie и др./Комисия, по обединени дела 40/73, 41/73, 42/73, 43/73, 44/73, 45/73, 46/73, 47/73, 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, Recueil, стр. 1663, точки 173 и 174). Той не смята, че такава предпазливост е несъвместима с агресивната конкуренция за запазване и увеличаване на пазарния дял за сметка на основните конкуренти. В този аспект ищцата упоменава заявленията на основните туроператори, описващи техните амбиции за разрастване.

87. Комисията поддържа, че намеренията приписани на основните туроператори от ищцата отразяват положението преди предлаганото сливане и по тази причина са свързани с различни обстоятелства. Тя не твърди, че преди е съществувало положение на господстващ олигопол. В допълнение на това, агресивният растеж, за който се говори в някои изявления, се е осъществявал в миналото и можело да се очаква в бъдеще да се осъществява чрез придобивания. Накрая, Thomas Cook е посочил на Комисията, че размерът вече не е основна грижа, като на предно място излиза доходността (решението, съображение 131).

88. Съдът отбелязва, че в решението на няколко места се признава, че естествената тенденция към предпазлив подход при планирането на капацитета е характеристика на релевантния пазар при текущото му състояние, където няма колективно господстващо положение, което да ограничава конкуренцията, и това въздейства върху всички оператори, а не само върху четирите големи, макар последните да са по-специално засегнати (вж. съображения 60 - 66, 97 и 136 от Решението). Така, в съображение 97 на Решението Комисията заявява, че променливостта в търсенето прави рационално ограничаването на планирания капацитет, последвано от

добавянето на нов капацитет на по-късен етап, ако се окаже, че търсенето е особено голямо. По този начин, доставчиците се предпазват от спадове в търсенето, а в съображение 136, големите оператори предприемат предпазлив подход при планирането на капацитета, като отделят особено внимание на изчисленията в плановете на другите водещи оператори.

89. При тези обстоятелства и тъй като Комисията не е отрекла, че релевантният пазар е бил конкурентен преди уведомяването (по-специално по времето на кризата от 1995 г.), епизодът от същата година, на който решението отдава особено значение, не може сам по себе си да представлява доказателство, че в промишлеността е съществувала тенденция към колективно господстващо положение. Фактът, че през периода на планиране през 1994 г. операторите са допуснали грешка и са претърпели тежки загуби след като са надценили търсенето за летния сезон на 1995 г., не може да се разглежда като нещо повече от пример за рисковете, специфични за този пазар, особения начин на опериране, на който е обяснен в съображения 59 - 66 от Решението.

90. От забележките, упоменати в съображение 136 на Решението е видно, че високопоставените служители на големите туроператори съзнават рисковете, присъщи на експанзионистичните стратегии на релевантния пазар, особено поради уроците, научени след епизода от 1995 г. и поради това, че коригирането на капацитета спрямо търсенето е от решаващо значение за рентабилността (вж. съображение 60 от Решението). Същевременно тези забележки не дават и най-малък признак за липса на конкуренция между основните туроператори.

91. Накрая, противно на твърдението на Комисията (вж. съображения 137 и 138 от Решението), фактът, че до известна степен (30 до 40 % от акциите) в Airtours, First Choice и Thomson могат да бъдат забелязани едни и същи институционални инвеститори не може да се смята за доказателство, че вече съществува тенденция към колективно господстващо положение. Достатъчно е да се посочи в този аспект, както е отбелязала в своя защита Комисията (точка 73), че в решението никъде не се твърди, че група от институционални инвеститори формира орган, контролиращ упоменатите дружества или осигуряващ механизъм за обмен на информация между трите дружества. В допълнение на това Комисията не може да твърди, че тези притежатели на дялове/акции са допълнителна сила за предпазливо управление на капацитета, освен ако не е проверила до каква степен те са ангажирани в управлението на засегнатите компании. Накрая, дори и да се приеме, че е доказано, че те са способни да упражняват някакво влияние върху управлението на предприятията, тъй като загрижеността на обикновените институционални инвеститори по отношение на растежа (и по този начин на капацитета) просто отразява характеристика, вътрешно присъща на релевантния пазар, Комисията все пак би трябвало да установи, че фактът, че институционалните инвеститори притежават акции/дялове в три от четирите водещи туроператори представлява доказателство, че вече съществува тенденция към колективно господстващо положение.

92. От изложеното по-горе е видно, че тъй като тя не отрича, че пазарът е конкурентен, Комисията не е имала правото да третира характеристиката на пазара,

че при нормални обстоятелства е налице предпазливо планиране на капацитета, като доказателство подкрепящо нейното предложение, че вече е била налице тенденция към колективно господстващо положение в промишлеността.

- Оценката на характеристиките на хоризонталната и вертикалната интеграция на пазара след публикуването на доклада на Комисията по монополите и сливанията

93. Ищцата посочва, че Комисията по монополите и сливанията на Обединеното кралство (по-нататък „КМС“) е проверила състоянието на конкуренцията на релевантния пазар през 1997 г. и е изготвила доклад озаглавен *Foreign Package Holidays: a report on the supply in the UK of tour operators' services and travel agents' services in relation to foreign package holidays* (Пакетни почивки в чужбина: доклад за предлагането в Обединеното кралство на услуги от туроператори и туристически агенции във връзка с пакетните почивки в чужбина“) (докладът на КМС). Той поддържа, че в своя доклад КМС е заключила, че като цяло ситуацията на пазара се характеризира с наличието на конкуренция.

94. Комисията твърди, че пазарната ситуация се е променила значително след като докладът на КМС е бил публикуван през 1997 г., не само защото се е засилила вертикалната интеграция на основните туроператори, както твърди ищцата, но и поради настъпилата значителна хоризонтална интеграция.

95. В съображения 128 - 134 от Решението, Комисията упоменава като доказателство за тенденция към колективно господстващо положение, настъпилите значителни хоризонтална концентрация и вертикална интеграция, които са характеризирали промишлеността на пакетните почивки в чужбина през последните години и които са се засилили след публикуването на доклада на КМС през м. декември 1997 г., в резултат по-специално на поглъщането на определен брой оператори от среден размер от четирите основни туроператори.

96. Същевременно Съдът отбелязва, че ако тези тенденции се разгледат внимателно, може да се види, че придобиването на туроператори, въздухоплавателни дружества и туристически агенции от страна на основните туроператори, упоменато в съображение 134 от Решението, не води до промени на пазара от такъв мащаб, че да направят през 1999 г. невалидни изводите за конкуренцията на пазара, достигнати от КМС към края на 1997 г. и следователно тези придобивания не могат да се смятат за доказателство за тенденция към колективно господстващо положение.

97. Първо, Съдът следва да посочи, както отбелязва ищцата, че в своя доклад, публикуван през 1997 г. КМС е посочила че търговията с пакетни почивки в чужбина е динамичен, че конкуренцията е сериозна и няма сериозни пречки за навлизане в него. Тя достига до своя извод след осъществяване на особено детайлно проучване (над 300 страници), на положението на търговията с екскурзии и начина, по който той функционира. Проучването е отнело 12 месеца като събира огромно количество данни и гледни точки, предоставени от всички страни, присъстващи в търговията с почивки в чужбина в Обединеното кралство. С цел изготвянето на своя доклад КМС е поръчала четири изследвания на пазара от външни консултанти като

работата по него е приключила през м. ноември 1997 г., само година и половина преди Комисията да проучи пазара в контекста на съобщението за сливане.

98. По специално, в точка 1.6 от своя доклад, КМС пише следното:

„През последните десет години търговията с екскурзии съвсем не е била статична и картината продължава да се променя с тенденция към по-нататъшна вертикална интеграция. От основните участници, описани в нашето изследване на пакетните почивки в чужбина от 1986 г. единствено Thomson е запазил значима позиция. Получихме значителен брой доказателства, че конкуренцията в тази търговия е силна и като цяло сме съгласни с тази гледна точка. Макар през последните пет години концентрацията да нараства, тя не е на особено високо ниво. Печалбите не са прекомерни, разглеждани година по година. Появяват се и изчезват участници. Няма значителни бариери за влизането на пазара на туроператорите или туристическите агенти.”

99. В своето решение Комисията не оспорва този анализ, макар на няколко места да се позовава на фактите установени от КМС по отношение на други въпроси (съображения 9, 11, 47, 70, 76, 81, 114, 115, 123, 128, 129, 131, 133 и 134 от Решението). От това следва, че тя не оспорва фактите установени от КМС относно описанието на пазара през 1997 г. като такъв със силна конкуренция.

100. Същевременно, Комисията твърди (решението, съображение 123), че условията на конкуренцията на пазара са се променили значително от 1997 г. особено в резултат на нарасналата концентрация и вертикална интеграция, както е заявено в съображение 134 от Решението. В този аспект, елиминирането на операторите от среден размер представлява важна промяна в конкурентната структура и разширява възможностите за паралелно поведение на основните туроператори.

101. Независимо от това, Съдът установява, че хоризонталната и вертикална интеграция, които са настъпили в промишлеността на пакетните почивки в чужбина в Обединеното кралство след публикуването на доклада на КМС са по-малко значителни отколкото твърди Комисията.

102. По отношение на хоризонталната концентрация, от документите пред Съда е видно (страница 33а на документа, на приложение 5 на молбата, уведомяваща Комисията за сливането, точка 4.18 от доклада на КМС от 1997 г. и съображение 72 от Решението), че развитието на пазарните дялове на Thomson, Airtours и First Choice между 1996 и 1999 г. не доказва, че техните позиции на пазара на близките дестинации са нараснали значително. Графиката, илюстрираща пазарните дялове на туроператорите (Приложение 5 към молбата, страница 33а), включваща всички дестинации, показва че продажбите на пакетни почивки в чужбина на Thomson, които са представлявали 25 % от продажбите на пакетни почивки в чужбина през 1996 г., през 1998 г. са спаднали на не повече от 22 %, докато продажбите на Airtours през 1996 и 1998 г. са 16 %, а тези на First Choice са паднали от 10 % през 1996 г. до 9 % през 1998 г. Следователно трите водещи туроператори, действащи през 1997 г. са осъществили 51 % от продажбите на пакетни почивки в чужбина през 1996 г. и 47

% от тях през 1998 г. Установяването на този факт се подкрепя и ако бъдат проверени данните отнасящи се изключително до близките дестинации. От точка 4.18 на доклада на КМС е видно, че през 1997 г. тя също е проверила пазарните дялове на интегрираните туроператори като е използвала тясното определение на пазара на продукта от решението, тъй като по онова време предимствата на изследването на пазара като се има предвид и това определение са били посочени от страна на Thomas Cook. От сравнението на пазарните дялове през 1996 г. (точка 4.18 от доклада на КМС) и 1998 г. (съображение 72 от Решението) е видно, че делът на Thomson е паднал от 33 % до 30 % или 27 %, в зависимост от източника на числата, делът на Airtours се е придвижил от 20 % на 19 % или 21 %, в зависимост от източника, а на First Choice от 12 % до 15 % или 11 %, в зависимост от източника. Единствено Thomas Cook е увеличил своя пазарен дял значително от 6 % до 20 %.

103. От това става ясно, че ключовият елемент в консолидацията в търговията с пакетни почивки в чужбина, настъпила след 1997 г. е Thomas Cook, чийто статут се променя в рамките на няколко години от такъв на малък оператор на основен туроператор, вследствие на няколко сделки, включващи нарастване чрез придобиване (придобиване на Sunworld през м. юни 1996 г., а през 1998 г. придобиване на Flying Colours, което осъществява 3 % от търговията с пакетни почивки в чужбина и на Carlson/Inspirations, което осъществява между 1 и 3 % от търговията) (доклад на КМС, таблица 4.1, стр. 76; Решение, съображения 131 и 134). По силата на това нарастване през 1998 г. Thomas Cook се налага като четвърти голям туроператор, който е вертикално интегриран и по този начин в по-добра позиция да се конкурира с другите интегрирани туроператори. Този факт не може да бъде тълкуван като доказателство за липсата на конкуренция на пазара.

104. Ако се остави на страна случаят с Thomas Cook, придобиванията на туроператори, упоменати в съображение 134 от Решението, по същество се отнасят до закупувания на по-малки по размер търговии, които не водят до значително нарастване на пазарния дял на основните туроператори в търговията с пакетни почивки в чужбина. Следователно, елиминирането на операторите със средни размери, което според твърдението на Комисията представлява важна промяна в структурата на конкуренцията и нарасналият обхват за паралелно поведение между основните оператори, се свежда до факта, че се е появил нов голям туроператор - Thomas Cook, чийто пазарен дял е нараснал от 6 % на 20 %.

105. Комисията поддържа, че нарасналото ниво на вертикална интеграция на големите туроператори, което е настъпило от 1997 г. насам е допълнително доказателство за тенденцията към колективно господстващо положение в промишлеността (Решението, съображение 138). Съдът отбелязва, че в това отношение решението е непоследователно, тъй като в същото време се основава на предпоставката, че стратегията на вертикална интеграция е необходима за да може даден участник да се конкурира с големите оператори. Така, в съображение 132 от Решението, Комисията заявява, че през 1998 г. First Choice е приело политика на вертикална интеграция при дистрибуцията, с цел да се предпази от търговските практики на другите големи туроператори като избегне необходимостта да им плаща комисионни и да получава по-добра информация за пазарните тенденции. Необходимостта от вертикална интеграция е един от ключовите фактори в заключението на Комисията, която приема гледната точка, че колективното

господстващо положение в настоящия случай ще възникне, особено защото концентрацията ще премахне First Choice като конкурент на всичките три нива от веригата на предлагане (съображение 168 от Решението).

106. Следователно самата Комисия признава в своето решение, че по-високото ниво на вертикална интеграция засилва конкуренцията, доколкото увеличава ефикасността и ограничава взаимната зависимост на големите туроператори, които развиват свои собствени канали за дистрибуция срещу онези на останалите основни оператори. Следователно, фактът, че след публикуването на доклада на КМС от 1997 г. се е осъществявала вертикална интеграция не може в същото време да е и доказателство за тенденция към колективно господстващо положение. В допълнение на това КМС е анализираща в своя доклад и нарастващата тенденция за вертикална интеграция, като е стигнала до заключението, че тя е нещо, което по-вероятно ще стимулира конкуренцията, отколкото да я задуши (вж. точки 2.193 от доклада на КМС). По-специално, КМС е стигнала до заключението, че през 1997 г. антиконкурентният ефект от вертикалната интеграция е слаб, като се отчетат нивата на концентрация в промишлеността.

107. Следователно Комисията е сбъркала, когато е приела гледната точка, че хоризонталната концентрация и вертикалната интеграция, случили се след публикуването на доклада на КМС от 1997 г. са наложили да се пренебрегне установеното от него ниво на конкуренция на релевантния пазар.

108. От изложеното по-горе е видно, че Комисията е допуснала грешка, когато в съображение 138 от Решението е заключила, че факторите, посочени в съображения 128 - 137 от него са доказателство, че вече е съществувала тенденция към колективно доминиращо положение на пазара (по-специално с оглед определянето на капацитета).

ii) Оценката на променливостта на историческите пазарни дялове

109. Ищцата продължава, като цитира доказателството за наличието на конкурентен пазар факта, че в миналото пазарните дялове на основните туроператори са били променящи се, динамични и колебаещи се.

110. Според Комисията, в последно време на релевантния пазар не е забелязвана такава променливост. Промените в пазарните дялове на големите туроператори, посочени от ищеца, произтичат от придобивания и следователно не от тяхното представяне на пазара. Ако се изключат придобиванията, пазарните дялове на основните оператори са показали много слабо движение през последните години, което говори, че органичният растеж е труден (Решението, съображение 128 и бележка под линия 86).

111. Уместно е да се посочи, че за целта на определянето дали съществува колективно господстващо положение, стабилността на историческите пазарни дялове е фактор, допринасящ за развитието на мълчалива колизия, доколкото той

улеснява разделянето на пазара, а не ожесточаването на конкуренцията, като всеки оператор се отнася към своя исторически пазарен дял, за да фиксира производството си пропорционално на него.

112. В настоящия случай, установеният от Комисията факт, че пазарните дялове на Thomson, Airtours, Thomas Cook и First Choice са останали стабилни в рамките на последните пет години, се предопределя от това, че тя е приела, че растежа чрез придобиване следва да бъде игнориран. Комисията приема гледната точка, че когато промените в пазарните дялове произтичат главно от придобиването на конкуренти квотата, която следва да бъде разпределена, може да се изчисли чрез събирането на пазарните дялове на купувача и неговата цел, и следователно не възниква проблемът за операторите, които се опитват да обединят своите пазарни дялове при върховете, постигнати от тях в миналото.

113. Независимо от това, в настоящия случай няма основания да се изключи растеж чрез придобиване, когато се оценява променливостта на пазарните дялове, доколкото на релевантния пазар размерът на предприятията и степента на тяхната вертикална интеграция са значителни фактори за конкуренцията (вж., по-специално, съображения 73, 75, 77, 78, 99, 100, 114 и 115 от Решението). При тези обстоятелства, фактът че големите оператори са извършвали множество придобивания в миналото, както преди, така и след публикуването на доклада на КМС, може да бъде взет като показателен за наличието на силна конкуренция между тези оператори, която води до по-нататъшни придобивания, за да се избягва възможността от изоставане от основните конкуренти в ключови области, с цел да се извлече максимална полза от икономии от мащаба.

114. Нещо повече, становището, че нарастването чрез придобиване следва да се игнорира, влиза в противоречие с няколко забележки, направени от самата Комисия в решението, които говорят, противно на аргументите в нейното становище, че придобиването от страна на някой от големите оператори означава за останалите големи оператори не просто сумиране на пазарните дялове на купувача и закупеното от него дружество, а нужда от конкурентна реакция от тяхна страна.

115. Така, в съображение 137 от Решението е посочено: когато през м. април тази година става известна офертата на Airtours за First Choice, изявление от страна на Thomson, че ще защитава своя пазарен дял, довело до незабавен спад в цената на акциите му с 9 % на същия ден, в който е било направено заявлението, в резултат на „опасения, че дружеството ще започне ценова война” и на управлението на Thomson се е наложило да положи значителни усилия, за да убеди институционалните инвеститори, че изявлението е било разгълкувано погрешно, и че те не са имали намерение да добавят капацитет на пазара, а само да погълнат капацитета, който е шял да бъде освободен от Airtours/First Choice в резултат на сливането.

116. По подобен начин, в съображение 145 от Решението е заявено, че очевидно е налице широко разпространено убеждение в рамките на промишлеността, че всяко сливане води до временна загуба на пазарен дял за участниците, в резултат на оттеглянето на някои клиенти и доставчици, поради премахването на дублирането в техните програми. Една проверка на документите, представени от ищеца във връзка

с развитието на историческите пазарни дялове (Приложение 6 към отговора, страница 2, вж. също таблицата на развитието на пазарните дялове, страница 8 от жалбата) показва, че подобни съображения са добре обосновани. Така, след придобиването на Horizon от Thomson през 1989 г., пазарният дял на новото дружество би трябвало да е 32 % (25 % за Thomson и 7 % за Horizon), но той бързо пада на около 25 %.

117. Уместно е да се посочи, че анализът на данните, представени пред Съда, показва, че както твърди ищцата, което Комисията не оспорва, ако се включи нарастването в резултат на придобиванията, съществуват значителни вариации в дяловете на основните туроператори на пазара за пакетни почивки в чужбина. Това може да бъде видно от таблицата, показваща пазарните дялове на операторите, включена от ищеца в неговото уведомление до Комисията (възпроизведена на страница 8 от исковата молба). Така, през 1990 г., пазарният дял на Thomson е бил 21,81 %, на First Choice 5,82 %, на Airtours 4,27 % и на Thomas Cook 2,13 %. През 1994 г. пазарният дял на Thomson е бил 23,13 %, на Airtours 15,52 %, на First Choice 5,88 % и на Thomas Cook 2,41 %. След това през 1998 г., пазарният дял на Thomson е бил 19,28 %, на Airtours 14,26 %, на First Choice 7,47 % и на Thomas Cook 11,38 %.

118. Следователно Комисията е сгрешила, когато е приела, че пазарните дялове, произтичащи от придобиванията не следва да бъдат вземани предвид и съответно когато е стигнала до заключението, че пазарните дялове на основните туроператори са останали стабилни през последните години.

119. Накрая, с оглед конкуренцията на релевантния пазар, следва да се добави, че ищцата претендира, а Комисията не оспорва, че представянето на основните туроператори може да варира в рамките на даден сезон (с печелещи и губещи), а също и от един сезон на друг. Този факт трябва да се разглежда като доказателство, че пазарът е конкурентен и съответно като оборващ заключението за колективно господстващо положение.

iii) Заключение относно оценката за конкуренцията между водещите туроператори

120. От изложеното по-горе следва, че Комисията е допуснала погрешни оценки в своя анализ на постигнатата конкуренция в релевантния пазар преди нотификацията. Първо, тя не представи достатъчно доказателства в подкрепа на своето заключение, че в промишлеността вече е съществувала тенденция към колективно господстващо положение и следователно към ограничаване на конкуренцията, особено с оглед определянето на капацитета. Второ, тя не е отчела, както би трябвало да стори, факта, че пазарните дялове на основните туроператори са били променливи в миналото, и че тази променливост е доказателство, че пазарът е бил конкурентен.

б) Оценката за миналото и очакваното развитие на търсенето, променливостта на търсенето и степента на прозрачност на пазара

121. Една част от решението, озаглавена „Характеристики на пазара (олигополно господстващо положение)” (съображения 87 - 127) включва определен брой характеристики, които според Комисията, правят релевантния пазар благоприятен за олигополно господстващо положение. Те включват, по-специално, хомогенност на продукта, нисък растеж на търсенето, ниска чувствителност на търсенето към цените, сходни ценови структури на основните доставчици, висока степен на прозрачност, взаимозависимост и търговски връзки между основните доставчици, значителни пречки за влизане в пазара и незначителна покупателна сила на потребителите. Според решението (съображение 87), тези характеристики вече съществували и биха останали, ако сливането се осъществи.

122. Ищцата оспорва установените от Комисията факти, довели я до заключението, че тези характеристики вече съществуват на релевантния пазар, и че те биха го направили благоприятен за олигополно господстващо положение, ако сливането се осъществи. Той твърди, по-специално, че нивото на нарастване на търсенето и степента на неговата променливост на релевантния пазар, както и прозрачността на този пазар, в настоящия случай са фактори, които противно на твърдението на Комисията, правят възникването на колективно господстващо положение по-трудно.

i) Установяване на факти относно слабото нарастване на търсенето

123. По-същество ищцата твърди, че Комисията е допуснала грешка в преценката като е приела, че като цяло нарастването на търсенето е слабо, тъй като, както данните, представени в рамките на административното производство, така и фактът, че нарастването на търсенето е по-бързо от нарастването на брутния вътрешен продукт, са доказателство за обратното.

124. Установените от Комисията факти за нивото на нарастване на търсенето са посочени в съображения 92 и 93 от Решението.

125. В съображение 92, Комисията заявява, че в наскоро проведено проучване на основните туроператори, упоменато в отговор на запитванията на Комисията (...) е отбелязано, че като цяло средният годишен растеж (3 до 4 % в рамките на едно десетилетие) е бил доста нисък. Там е заявено и че очакваният растеж за следващите две години е близък до нула, според няколко прогнози, като впоследствие се очаква известно подобряване на положението.

126. В съображение 93, Комисията продължава, като заявява, че на основата на разследването по настоящия случай, е достигнала до заключението, че като цяло нарастването на търсенето на пазара за пакетни почивки на близки дестинации ще продължи да бъде слабо, както и през 90-те години на XX век. Накрая, като заключение, Комисията стига до извода, че нарастването на пазара вероятно няма да стимулира конкуренцията в близко бъдеще.

127. Съдът е на мнение, че установените от Комисията факти са базирани на непълна и неточна оценка на данните, представени пред нея по време на административното производство.

128. Първо, уместно е да се посочи, че в отговор на мерките по организиране на процедурата, в рамките на които Съдът призова Комисията да представи проучването, упоменато в съображение 92 от Решението, Комисията отговори, че пълната версия на проучването не е била представена в рамките на административното производство, и че това, което може да представи пред Съда е откъс от него, приложен от един туроператор в негов отговор на запитване от страна на Комисията. Откъсът всъщност представлявал една единствена страница от документ, озаглавен Forecasting Holiday Demand (Предвиждане на пазарното търсене на почивки), изготвен от Ogilvy & Mather на неизвестна дата.

129. Според откъса, пазарът за почивки в чужбина в Обединеното кралство е нараснал значително през последните 20 години. Според British National Travel Survey (британско национално наблюдение на пътуванията), британците са осъществили повече от 30 милиона почивки в чужбина (четири и повече нощувки) – повече от три пъти в сравнение с 1978 г. През последното десетилетие пазарът е нараснал средно с 3,7 % на година. Във връзка с променливостта на търсенето, откъсът също така заявява, че макар основният растеж на пазара да е бил постоянен, годишните нива на нарастване съвсем не са били стабилни. Годишни нараствания с 10 и повече процента са били следвани от незабавни свивания, като търсенето било не само по-гъвкаво от brutния вътрешен продукт и дългосрочните разходи на потребителите, ами и не съвпадало напълно с икономическия цикъл (например по време на пика на рецесията от 1980/1 г. пазарът е нараснал с над 10 %), и тази променливост в търсенето правела предвиждането на неговия обем силно проблематично.

130. Същевременно, дори и бегъл преглед на този документ ясно показва, че Комисията го е прочела неправилно. Така, в съображение 92 от Решението тя заявява, че също е забелязала, че като цяло средният годишен растеж (...) бил нисък, макар в откъса, изпратен до Съда да не се казва нищо такова. Напротив, Комисията е игноририла ударението, поставено от автора на откъса върху масираното нарастване на продажбите на почивки в чужбина, забелязано през последните 20 години. Следователно Комисията е тълкувала документа без да обърне внимание на неговото действително съдържание и основна цел, макар и да е решила да го включи като документ от решаващо значение за установяването на факта, че през 90-те години на XX век растежът на пазара е бил скромнен и ще продължи да бъде такъв (решението, съображение 93).

131. Второ, от тези откъси на решението (съображения 92 и 93) е видно, че Комисията не взела предвид нивото на нарастване на търсенето през двете години, предхождащи уведомяването - 1997 г. и 1998 г. - което се оказва важен момент, доколкото по това време ефектът от епизода през 1995 г. вече е абсорбиран от пазара. От данните в том 4 на British National Travel Survey за 1998 (датирано м. февруари 1999 г.), включен в Приложение 9 към уведомлението на ищеца за концентрацията, може да се види, че секторът на почивките в чужбина се е радвал

на силен растеж в рамките на последното десетилетие, а следователно и в последните години. От страница 113 (и таблицата на стр.112) е видно, че броят на пътуванията за почивка в чужбина е нараснал от 21 милиона през 1989 г. до 29, 25 милиона през 1998 г. (увеличаване с повече от 39,2 % в рамките на последното десетилетие). След кризата от 1995 г. в резултат, на която броят на пътуванията в чужбина е спаднал от 26 милиона през 1995 г. до 23, 25 милиона през 1996 г.(спад от около 10, 5 %), броят им отново нараства от 23, 25 милиона до 27, 25 милиона през 1997 г. (увеличаване с повече от 17, 2 %) и от 27, 25 милиона до 29, 25 милиона през 1998 г. (увеличаване с повече от 7, 3 %). Във връзка с 1998 г. е изрично заявено, че става дума за действителен растеж, а не за разлика, причинена от общата практика да се закръгляват цифрите, когато промените от една година към друга са малки. Фактът, че тези данни се отнасят и за пакетните почивки на далечни дистанции, не намалява тяхната доказателствена стойност с оглед тенденцията към стабилен растеж, тъй като този вид почивки през последните години съставляват едва една пета от общия брой почивки през последните години (вж. страница 116 от British National Travel Survey).

132. Комисията е пропуснала да вземе предвид тези данни при изчисляването на растежа на пазара, като вместо това се е позовала на тенденцията за следващите две години, като в съображение 92 от Решението заявява: „Според изчисленията на промишлеността, очаква се нарастването на търсенето през следващите две години да е близко до нулата, след което се предвижда известно възстановяване.” Когато на заседанието беше поставен въпрос в този аспект, Комисията отговори, че установените от нея факти се базират на иконометрично проучване, представено по време на административната процедура в отговор на искане за информация. Заслужава си да се отбележи, че в решението не се упоменават нито естеството на иконометричното проучване, нито неговия автор, нито контекста, в който то е било осъществено. Накрая, следва да се добави, че изчисляването на растежа като близко до нулата е в противоречие със следващото съображение от решението (съображение 93), където самата Комисия признава, че е вероятно пазарът на пакетни почивки в чужбина на близки дестинации да продължи да расте, като темпото му на растеж дори надвишава това на БВП, в резултат на нарастването на времето за ваканция и на общото благосъстояние.

133. От изложеното по-горе е ясно, че тълкуването на данните от страна на Комисията относно нарастването на търсенето е неточно, тъй като е пренебрегнало факта, че пазарът се е характеризирал с ясна тенденция към разрастване през последното десетилетие, въпреки променливия характер на търсенето от една година спрямо следващата, и че скоростта на нарастването се е увеличила особено през последните години. В този контекст на разрастване и като не е представила доказателства, които да установяват, че тенденцията на растеж ще претърпи промяна през следващите години, Комисията не е имала право да заключи, че развитието на пазара се характеризира с нисък растеж, което в настоящия случай е фактор, благоприятстващ създаването на колективно господстващо положение на трите оставащи големи туроператори.

ii) Заключение относно променливостта на търсенето

134. Ищцата твърди, че променливостта на търсенето прави по-трудно доказването на наличието на колективно господстващо положение, тъй като тя създава „шум”, който прави трудно да се разграничат промените в търсенето, причинени от неговата гъвкавост и нарастването на капацитета, предизвикано от отклоняването от общата политика. Фактът, че е толкова трудно да се отличат тези две явления едно от друго ясно говори, че всеки опит за колизия би бил нестабилен.

135. В своето решение Комисията признава, че на пазара съществува известна гъвкавост на търсенето (Решението, съображения 92 и 95). Същевременно, тя твърди, че (Решението, съображение 97) тази променливост не пречи на създаването на колективно господстващо положение, а по-скоро обратното - прави пазара по - благоприятен за установяването на олигополно господство. Причината за това е, че променливостта на търсенето, комбинирана с факта, че е по-лесно да се увеличи капацитета, отколкото да се намали, означава, че за основните оператори е рационално да приемат консервативен подход („да изчакаме да видим”) при вземането на решения относно капацитета. По-конкретно, променливостта в търсенето прави рационално да се ограничи капацитета като след това се добавя към него на по-късен етап, ако се установи, че търсенето е особено силно. По този начин доставчиците се предпазват от отрицателни тенденции в променливото търсене.

136. При всички положения, в съображения 94 - 96 от Решението, Комисията оспорва аргументите, изложени от ищеца по време на административната процедура относно променливостта на търсенето и причините за нея, които са свързани с брутния вътрешен продукт, промените във вкусовете на потребителите и промените в разходите (влиянето на ниско ценовите въздушни превозвачи). Комисията твърди (съображение 95), че всички туроператори са изложени на влиянието на икономическите цикли и следва да се съобразяват с макроикономическото развитие в своите прогнози. Следователно е вероятно всички туроператори да имат сходни възгледи относно развитието на пазара.

137. Комисията признава (Решението, съображение 96 и бележки под линия 73 и 74), че някои екзогенни шокове като терористичните атаки срещу туристи в Египет или Турция, могат да разстроят планирането на операторите, но независимо от това отказва да ги вземе предвид като фактор, който вероятно би направил пазара по-малко благоприятстващ колективното господстване, тъй като такива събития по самата си същност са изключителни и не са характерни за пазара на пакетни почивки на близки дестинации, а могат да се случат на всеки един пазар.

138. Накрая Комисията приема, че бележките на ищеца за трудностите, които такава променливост поставя пред създаването на колективно господстващо положение, са в съответствие с икономическата теория, но заявява, че това е ирелевантно в настоящия случай. Според Комисията, тъй като е по-лесно да се добавя капацитет, отколкото да се намалява, операторите ще имат склонност към предпазливост, за да се предпазват от вероятни промени. Нещо повече, лесно е да бъдат разграничен спад в търсенето и увеличаване на капацитета на друг оператор, тъй като действията на последния могат да бъдат пряко наблюдавани.

139. Като изходна точка, Съдът отбелязва, че както признава Комисията, икономическата теория разглежда променливостта на търсенето като нещо, което прави създаването на колективно господстващо положение по-трудно. Съответно, стабилното търсене, демонстриращо ниска променливост, е релевантен фактор, показателен за съществуването на колективно господстващо положение, доколкото то прави отклоненията от общата политика (измамите) по-лесни за забелязване, като позволява те да бъдат отличени от корекциите в капацитета, предназначени да отговорят на разширяване или свиване на един променлив пазар.

140. В настоящия случай Комисията признава, че релевантния пазар се характеризира с известна степен на променливост (Решението, съображения 92, 95 и 97). Независимо от това, няколко документи, представени пред Съда, сочат че на пазара е налице значителна променливост. Откъсът от изследването, упоменато в точка 92 от Решението обяснява не само, че търсенето на почивки е по-гъвкаво от брутния вътрешен продукт и дългосрочните харчения на потребителите, но то не съвпада напълно и с икономическите цикли (например по време на пика на рецесията от 1980/1 г. пазарът е нараснал с над 10 %), и тази променливост в търсенето правела предвиждането на неговия обем силно проблематично. По подобен начин, налице са доказателства за висока гъвкавост на пазара в числата, даден в British National Travel Survey за 1998 г. След кризата от 1995 г. в резултат, на която броят на пътуванията в чужбина е спаднал от 26 милиона през 1995 г. до 23, 25 милиона през 1996 г. (спад от около 10, 5 %), броят им отново нараства от 23, 25 милиона до 27, 25 милиона през 1997 г. (увеличаване с повече от 17, 2 %) и от 27, 25 милиона до 29, 25 милиона през 1998 г. (увеличаване с повече от 7, 3 %).

141. Комисията обаче твърди, че този факт е ирелевантен в настоящия случай, тъй като операторите проявяват склонност към предпазливост, за да се предпазват от резките промени.

142. Независимо от това, Комисията няма право да разчита на факта, че за да се предпазят от внезапни спадове в търсенето, туроператорите предпочитат да планират своя капацитет предпазливо, като добавят към него на по-късни етапи, ако се окаже, че търсенето е особено силно (решението, съображение 97), с цел в настоящия случай да отрече релевантността на фактор, който е значителен като доказателство, за наличието на олигополно господство, каквато е степента на стабилност и предвидимост на пазара. Макар да е безспорно, че предпазливостта, присъща на начина по който оперира пазара, означава, че трябва да се вземат предвид нуждата да се направят възможно най-точни изчисления, за начина, по който ще се развие търсенето, процесът на планиране остава труден тъй като всеки оператор трябва да очаква (с предвиждане с около 18 месеца в бъдещето поради специфичните характеристики на пазара) как ще се развие търсенето, което се отличава с особена променливост и по този начин се стига в известна степен до спекулиране в изчисленията. В допълнение на това, Комисията не е сметнала нито предпазливостта на операторите, нито променливостта в търсенето за фактори, които са ограничавали конкуренцията на пазара в периода преди сливането. Следователно, предпазливостта, сама по себе си, не може да бъде разглеждана като доказателство за колективно господстващо положение, а по-скоро като характеристика на един конкурентен пазар, какъвто е съществувал по времето на уведомяването.

143. Накрая, аргументите на Комисията (решението, съображения 94 - 96) относно твърденията на ищеца не могат да бъдат приети.

144. По отношение на променливостта, във връзка с икономическите цикли, Комисията не може просто да заключи - както е направила в точка 95 от Решението, че е вероятно всички туроператори да имат сходни възгледи за развитието на пазара, без да представи никакви доказателства в подкрепа на това заявление, като се има предвид, че капацитетът се определя около 18 месеца преди началото на сезона (вж. съображение 63 от Решението). В този момент не е възможно да се направи точна прогноза как ще се развият основни макроикономически променливи като брутния вътрешен продукт, валутните курсове или доверието на потребителите.

145. Подходът на Комисията към променливостта, свързана с резки външни влияния е, че туроператорите използват данни, свързани с променливостта на пазара, когато определят своя капацитет (Решението, съображение 96 и бележки под линия 73 и 74). Този подход означава да се действа по начин, който тя критикува, а именно да се третира външните шокове като вътрешни променливи чрез тяхното вземане предвид при прогнозирането на търсенето. Същевременно, операторите очевидно не действат по този начин. Това може да се види от обратите, преживени от Thomson през май 1999 г., когато дружеството претърпяло тежки загуби от продажбите на пакетни почивки в източното Средиземноморие в резултат на войната в Косово и терористичните заплахи в Турция, докато Airtours останала незасегната, пункт в становището на ищеца, който не се оспорва от Комисията.

146. Накрая, Съдът трябва да отхвърли аргумента на Комисията, че не е трудно да се различи спадът в търсенето от увеличаване на капацитета на друг оператор, тъй като последния може да бъде наблюдаван пряко. Съдът отхвърля този аргумент на основание, че за един интегриран туроператор, по причини изложени по-долу при прегледа на въпроса за прозрачността на пазара, е трудно да тълкува точно решенията, касаещи капацитета, взети от другите туроператори.

147. От изложеното по-горе следва, че Комисията не е доказала, че икономическата теория е неприложима в настоящия случай, и че е сбъркала, когато е заключила, че променливостта в търсенето благоприятства създаването на господстващ олигопол от трите оставащи основни туроператори.

iii) Оценката на степента на прозрачност на пазара

148. В съображение 102 от Решението, Комисията заявява, че по отношение на прозрачността следва да бъде правена разлика между периода на планиране и сезона на продажби, когато се пускат каталозите, но и през двата периода прозрачността на пазара е висока по отношение на четирите основни интегрирани туроператори.

149. В съображения 103, 104 и 105, Комисията заявява, че през периода на планиране се приемат важни решения относно капацитета по отношение на

следващия сезон, и че (...) решенията на четирите основни интегрирани туроператори ще бъдат прозрачни за другите, поради следните причини:

- никой от основните туроператори не въвежда изцяло нова програма от един сезон за следващия. По-скоро планирането на следващия сезон се основава на продажбите от предходния, увеличени или намалени в зависимост от прогнозите за промените в търсенето през новия сезон. Следователно, промените в сравнение с предходния сезон са всъщност едно увеличаване и развитието на програмите на туроператорите е еволюционно. От тук следва, че по силата на опита от миналото, още преди началото на планирането, туроператорите вече знаят в голяма степен какви ще бъдат офертите на другите четири интегрирани доставчици през новия сезон (Решението, съображение 104);

- всеки от четирите основни интегрирани туроператори знае в еднаква степен какви промени са планирали останалите три за съответния период, като се има предвид, че всички използват едни и същи хотели и се ползват от въздухоплавателните дружества на другите туроператори, за да получат или предоставят капацитет или се договарят за смяна на места и слотове (Решението, съображение 105);

- значителните увеличения на капацитета не могат да бъдат запазвани в тайна, например покупката или вземането на лизинг на самолет по необходимост става публично достояние. (Решението, съображение 105).

150. В съображение 105 от Решението, Комисията установява, че поради изложените по-горе причини, всеки от четирите основни интегрирани туроператори би узнал, ако например някой от останалите интегрирани оператори планира да увеличи броя на превозваните пътници и по този начин броя на почивките, които може да предложи. Така, всеки от четирите интегрирани оператори е способен добре да наблюдава общия брой почивки, предлаган от всеки от неговите конкуренти.

151. В съображение 113 от Решението, Комисията стига до заключението, че като се има предвид твърдостта на капацитета, високата степен на прозрачност ще направи дори още по-вероятно (след сливането), основните доставчици да предлагат по-малко от търсеното като оставят незадоволено търсене в по-голяма степен, отколкото в една по-малко прозрачна система (в която би имало повече – временно – свръх предлагане, изискващо по-ниски цени, за да могат да се пласират продуктите), което ще им позволи да вдигнат цените над конкурентното ниво.

152. Ищцата твърди, че през периода на планиране пазарът не е прозрачен. По същество неговата позиция се заключава в това, че решенията за капацитета като цяло се състоят от широка гама индивидуални решения по планирането, свързани с всеки отделен курорт и полет, и че промените в планирания капацитет в сравнение с този в миналото са значителни и трудни за идентифициране.

153. Също така, според ищеца, пазарът не е прозрачен и по време на периода на продажбите. По същество той поддържа, че прозрачност в капацитета е невъзможна

без прозрачност на цените, и че Комисията не е успяла да оцени естеството на информацията налична в компютъризираните системи за резервации на почивки.

154. Комисията приема, че решенията относно капацитета, взети през периода на планиране, не са напълно прозрачни. Независимо от това, тя припомня различните начини за получаване на информация, посочени в съображения 104 и 105 от Решението, доколкото става дума за четирите основни туроператори.

155. Комисията поддържа, че по време на периода на продажби прозрачността на цените не е от значение, тъй като ключовата детерминанта за конкуренцията на релевантния пазар не е цената, а капацитета. Същевременно, по време на този период прозрачността по отношение на капацитета е буквално пълна, тъй като всеки оператор е способен да изчисли капацитета на своите конкуренти на основата на предлаганото в техните каталози, а също и на основата на техните програми в миналото.

156. Като изходна точка е уместно да се отбележи, че фактът че един пазар е достатъчно прозрачен, за да може всеки член на олигопола да е запознат с поведението на останалите, благоприятства създаването на колективно господстващо положение.

157. На първо място Съдът отбелязва, че аргументът на Комисията се основава на твърдението, че в този случай негласната координация, която демонстрира наличието на колективно господстващо положение, е фокусирана не върху цените, а върху капацитета, който се изнася на пазара и че, както заявява Комисията в съображение 103 от Решението, основните решения относно капацитета за следващия сезон се вземат по време на периода на планирането. В съображение 63 от Решението самата Комисия признава, че щом започне сезона на резервациите (например пътуванията за 2000 г. се резервират от лятото на 1999 г.), възможността за промени е силно ограничена, в резултат на липсата на гъвкавост на много ангажименти с доставчици и проблемите, свързани с промените в дати, полети, хотели и т.н. за клиенти, които вече са направили резервации. Тя заявява, (съображение 62 от Решението), че Airtours приема, че през този период съществува възможност за увеличение на капацитета до 10 %.

158. Така предприетия подход от Комисията се подкрепя от нейното твърдение (съображение 108 от Решението), в отговор на аргумента на ищеца, че тъй като всеки от големите интегрирани туроператори трябва да се занимава с хиляди видове цени поради различните програми, които се предлагат, мълчаливото споразумение относно тези цени е невъзможно. Комисията заявява, че според нея в настоящия случай не е необходимо споразумение за цените, за да се достигне до колективно господстващо положение и добавя:

„през сезона на продажбите, съществуват много малко стимули за всеки от интегрираните оператори да намалява цените, за да увеличи пазарния си дял, който се определя от предлагания капацитет. Следователно операторите нямат нужда от мълчалива колизия по отношение на цените. Всъщност, това обстоятелство се

потвърждава от икономическите експерти на Airtours: „ценовото поведение на предприятията след определянето на капацитета е от пряко значение за съвместното доминиране, т.е. за колективното упражняване на пазарна мощ”.

159. Следователно в този случай е уместно да се установи първо, дали всеки от големите туроператори ще има възможност, когато формира важните си решения относно капацитета през периода на планирането, да установи с някаква степен на сигурност какви са решенията на основните му конкуренти. Само при наличието на достатъчно прозрачност, един оператор ще има възможност да установи общия капацитет, определен от останалите членове на предполагаемия олигопол и тогава ще бъде в положение да е сигурен, че като планира своя капацитет по определен начин, приема и същата политика като останалите и следователно ще има стимул да стори това. Степента на прозрачност е важна и с оглед възможността всеки член на олигопола да констатира впоследствие промени на капацитета на останалите участници като различава отклоненията от общата политика от корекции, произтичащи от променливостта на търсенето и в крайна сметка да прецени дали е необходимо да реагира на тези отклонения като предприеме ответни мерки за тяхното санкциониране.

160. От отговорите на ищеца (част Б.1 и приложения 5 - 8) на мярка по организирането на процедурата, предприета от Съда, е видно че определянето на капацитета за всеки сезон не е механично упражнение, представляващо просто подновяване на капацитета от предходната година за следващата, което би било лесно предвидимо от останалите туроператори, а вместо това е изключително комплексна задача, при която историческите данни се вземат предвид само до една ограничена степен, и която по принцип се основава на субективна преценка на всеки оператор за цяла гама от фактори и променливи.

161. По-специално, проверката на данните показва, че цикълът на планиране не е просто преход от една година към друга. Например, планирането на капацитета за летния сезон на 1999 г. (година N), започващ от май и продължаващ до м. октомври 1999 г., започва около 18 месеца предварително, през м. октомври или м. ноември 1997 г. (година N-2). По време на основния период на планиране, който достига своята кулминация с първото издаване на брошура през м. април или м. май 1998 г. (година N-1), туроператорите разполагат с данни за резултатите от летния сезон на 1997 г. (година N-2) и известно количество данни за започващия сезон на 1998 г. (година N-1). В тази времева рамка, общото планиране на капацитета оперира с оглед общи и специфични съображения, които се изчистват с течение на времето. Общите съображения (отгоре надолу) отчитат ключовите фактори, влияещи на търсенето на почивки като икономическа дейност, валутни курсове и доверие на потребителите. Специфичните съображения (отдолу нагоре) се основават на подробен анализ на съществуващите оферти на продукти, като се започва например със съображения за полетите и настаняването във всеки отделен курорт. В тази връзка се анализира всеки полет (летище на заминаване и пристигане и слот на полета), също както и наличните дестинации, продукти и потребителското търсене за специфичен вид почивки, така че да може да бъде подготвена една всеобхватна гама от пакети за почивка в чужбина на близки дестинации. Тази гама се допълва и от нови оферти, разработени от ищеца.

162. Ищцата е заявил, че като се има предвид, че разглежданият продукт е нетраен по характер, е налице тенденция при планирането да се отдава по-голямо значение на макроикономическите фактори или на специфични съображения относно цените и маржа, отколкото на проверката на нивото на търсене в миналото, тъй като е по-вероятно тези фактори, а не представянето в миналото (реализираните и планирани продажби през години N-2 и N-1) да се отразят на оставащите свободни приходи и на бъдещото търсене. Независимо от това, представянето в миналото също се взема предвид при планирането за летния сезон на година N, доколкото то е показателно за силните и слабите страни на съществуващите в момента оферти и какво би могло да се подобри в тях.

163. От статистическа гледна точка, таблицата представена от ищца (Приложение 7 на неговия отговор) сравнява включените в бюджета и действителните продажби на неговото основно поделение в Обединеното кралство Airtours Holidays Ltd, за периода 1996-2000 г., като там са показани разликите между предвидения капацитет за година, която се планира (година N), бюджетния капацитет за година N-1 (чийто сезон на продажби вече е започнал) и продадения капацитет през година N-2 (тъй като този сезон вече е приключил). Таблицата показва, че бюджетният капацитет на Airtours Holidays Ltd за година N варира значително в сравнение с бюджетния капацитет за година N-1 (от + 7,5 % до + 11,2 %, в зависимост от все още обсъжданата година N) или с капацитета, продаден през година N-2 (от + 7,5 % до + 18,6 % в зависимост от все още обсъжданата година N). Сравнението показва, че е налице увеличаване на капацитета между два или три пъти по-голямо от средното годишно нарастване на търсенето на пазара (между 3 и 4 %), посочено от Комисията в съображение 92 от Решението.

164. От изложеното по-горе е видно, че основният проблем в процеса по планиране е не простото подновяване на включения в бюджета или продадения капацитет от миналото, а опитът да се предвиди как ще се развие търсенето на макро и микроикономическо ниво.

165. В допълнение към посочените по-горе фактори е необходимо да се упоменат и практическите трудности, на които обръща внимание ищцата, които затрудняват узнаването какъв капацитет е предвиден от всеки от останалите големи туроператори през периода на планиране, доколкото техните решения за общия капацитет за даден сезон, консолидират цял спектър от индивидуални решения, взети с оглед на всеки отделен курорт и полет, като в допълнение на това варират и от един сезон към друг.

166. Ищцата поддържа, а Комисията не оспорва, че той обслужва около 50 дестинации от 21 летища в Обединеното кралство, които съставляват повече от 1 000 пермутации и тези пермутации варират забележимо от един сезон спрямо следващия. Така, през лятото на 1999 г. Airtours е увеличило своя капацитет до Фуертевентура с 19 %, макар да е намалило заминаванията от Манчестър към тази дестинация с 13 %, докато заминаванията от Кардиф са се увеличили с 42 %. По същия начин, капацитетът на Airtours до Минорка е бил намален с 9 %, като заминаванията от Манчестър към тази дестинация са намалени с 33 %, докато

заминаванията от шотландски летища са били увеличени с 25 %. Така например, в рамките на почивки в хотели с три звезди на самообслужване, които според решението (съображение 90) формират по-голямата част от пакетните почивки на близки дестинации, са налице разлики с оглед на летищата, датите на заминаване, продължителността на престоя и избрания курорт. В това отношение следва да се отбележи, че аргументът че се прави ниска диференциация за въздушния превоз (решението, съображение 90) не променя факта, че решенията, свързани с капацитета на въздушните превозвачи се вземат с оглед на всяко отделно летище и всеки отделен полет.

167. Така, противно на твърдението на Комисията, решенията относно капацитета не включват простото му увеличаване или намаляване, без да се отчитат разликите между отделните категории пакетни почивки, които варират с оглед дестинация, дата на заминаване, летище на заминаване, модел на самолета, вид и качество на настаняването, продължителност на престоя и накрая цена. За да могат да разработят своите пакетни почивки, туроператорите трябва да отчитат серии от променливи, като възможностите за настаняване на различните дестинации и наличието на места в самолетите на отделните дати и по различни времена на годината. Както твърди ищцата, решенията за капацитета по необходимост се вземат на едно ниво „микро”.

168. Глобалният подход на Комисията (съображения 88 - 91 от Решението), който разглежда като важен фактор общия брой пакети, предлагани от всеки един оператор, се сблъсква с някои сериозни трудности на практическо ниво, тъй като с цел да се установи целия капацитет - до степента, до която той произтича от комплекс разнообразни индивидуални решения - е необходимо да се идентифицират тези решения.

169. От изложеното по-горе следва, че сложността на процедурата по планирането на капацитета, разработването на продукта и неговия маркетинг, е основна пречка пред всеки опит за негласна координация. На пазар, на който търсенето като цяло се увеличава, но е променливо от година към година, един интегриран туроператор ще има трудности да разбере правилно решенията относно капацитета на другите оператори относно почивки, които ще се осъществят чак след година и половина.

170. Същевременно, независимо от факта, че всеки туроператор взема решения за капацитета на базата на разнообразен комплекс от фактори, е необходимо да се обсъди дали на практика, по времето когато се определя общия капацитет, е възможно всеки член на олигопола да знае общото ниво на капацитета (броя почивки), предлаган от отделните интегрирани туроператори.

171. В съображение 105 от Решението, Комисията твърди, че всеки от четирите интегрирани туроператори може добре да наблюдава общия брой почивки, предлаган от останалите (през периода на планиране), и че промените, направени от всеки отделен оператор на този етап могат да бъдат забелязани от останалите в резултат на техните контакти с хотелите или на преговорите за наличието и изискванията за местата в самолетите, целта на които е да се придобие капацитет на доставяне или да се договорят смяна на места и слотове.

172. Комисията обаче не успява да докаже тези твърдения.

173. На първо място, от решението не може да бъде установено колко информация може да придобие един туроператор по силата на факта, че няколко оператора могат да са в контакт с един и същ хотел с цел договаряне и резервиране на легла. Дори да се приеме, че основните туроператори в Обединеното кралство в действителност предлагат едни и същи хотели в своите пакети, остава фактът, че в търговията с места за почивки са намесени голяма брой участници, както от страна на предлагането, така и от страна на търсенето. Следователно има голяма вероятност един от основните туроператори да използва хотел без шанс да установи, че някой от неговите конкуренти прави същото. Тази вероятност нараства от факта, че собствениците на хотели предпочитат да отдават своите стаи на поне двама туроператори, за предпочитане от различни страни. Тази стратегия, която е упомената в уведомлението, може да бъде обяснена с желанието на собствениците на хотели да се гарантират срещу спад в търсенето на почивки, предлагани от един от техните клиенти или от спад на търсенето в една от тези страни.

174. Следователно, фактът че няколко интегрирани туроператори могат да преговарят с един и същ хотел, не увеличава значително прозрачността на пазара, по времето когато се вземат решения относно капацитета.

175. На второ място, решението на практика не дава никакви детайли за степента или значението на информацията, която основните туроператори могат да придобият, докато преговарят за места в самолетите, с цел да се придобие капацитет на доставяне или да се договорят смяна на места и слотове. Тъй като решението не изяснява този въпрос, трудно е да се формулира възможност за сдобиване с полезна информация за поддържането или увеличаването на капацитета, посредством смяна на места или слотове, тъй като по правило тези размени се осъществяват на базата на едно място срещу друго, или един слот срещу друг.

176. В този аспект, при предвидената от Комисията ситуация, където значителни ограничения поддържат капацитета под очакваните нива на търсене, интегрираните оператори биха сключили по-малко договори с въздушните превозвачи и хотелите. Без съмнение, като общо правило много по-трудно е да се забележат решения за свиване в търговията, отколкото решения за неговото разрастване и в контекста на нарастващо търсене, тези ограничителни стратегии биха били особено трудни за идентифициране. В допълнение на това, ищцата твърди, а Комисията не оспорва, че решенията за значително увеличаване на капацитета и осъществяване на съответните инвестиции, стават публично достояние едва след определяне на първоначалния капацитет, в резултат на което не е възможна ясна идентификация на решенията взети през периода на планиране. Следователно, аргументът на Комисията в съображение 105 от Решението, според който покупката на самолет по договор за дългосрочен лизинг не може да бъде запазена в тайна, тъй като такива решения стават публично достояние по необходимост, не може да бъде взет предвид за целите на доказването, че съществува прозрачност на пазара за четирите основни туроператори в периода на планиране на капацитета.

177. В допълнение на това, решенията относно използването на въздушния флот се вземат на късен етап от периода на планиране. Според данните, представени от Airtours в отговора на възражението на Комисията, това става едва 12 месеца преди старта на сезона, което означава към момента на публикуването на брошурата. Именно в този период Airtours взема първите си решения относно използването на капацитета от места на своите въздушни превозвачи. Решения относно капацитета, който да бъде закупен от други въздушни превозвачи се вземат едва през следващите месеци. Следователно, информацията, получена в хода на преговорите между големите туроператори, постъпва по-късно, отколкото се твърди в решението.

178. В допълнение на това, според информацията, предоставена заедно с уведомлението, Airtours не зависи в значителна степен от другите основни туроператори за покупката на места в самолетите. Очевидно е, че дружеството рядко използва въздушните превозвачи на своите основни конкуренти. Така през лятото на 1998 г. основните доставчици на самолетни места за Airtours Holidays са били: Spanair (27,2 % от закупените места); Monarch (22 %); Air Europa (21 %); Air 2000, въздушен превозвач на First Choice (9,4 %); Airworld, въздушен превозвач на Thomas Cook (8,7 %); Air Malta (3,8 %), и дванадесет други въздухоплавателни дружества (7,9 %). Така, Airtours Holidays не е използвало или е използвало много рядко, Britannia (въздушен превозвач на Thomson, който е добре известен и осъществява много полети за своето дружество майка), и е използвало като вторични превозвачи основните въздухоплавателни дружества на First Choice и Thomas Cook's (Air 2000 и Airworld осъществяват 18,1 % от общия брой превози) (Приложение 5 към жалбата, точки 6.94; 6.119 и 6.122, доклад на КМС, таблица 3.6, страница 66). Основните клиенти за местата във въздушния превозвач на ищеца за летния сезон на 1998 г. са били: First Choice (Unijet) (около 68 000 места); Monarch (Cosmos) (около 45 000 места); Jet Direct (около 11 500 места); Air Travel Group (около 10 500 места); и Manos (около 10 500 места); като останалите места са били разпродадени на около 20 други оператори. Тук отново може да се види, че Airtours Holidays няма или има много малък контакт с въздушните превозвачи на Thomson (Britannia) и Thomas Cook (Caledonian, Airworld, Flying Colours, Peach) (Приложение 5 от исковата молба, точка 6.94 и доклад на КМС, таблица 3.6, страница 66).

179. Следователно, противно на становището на Комисията, фактът че основните туроператори преговарят помежду, за да се сдобият с капацитет за доставяне или да договорят смяна на места и слотове, не води до достатъчна степен на прозрачност, по времето на вземане на решения относно капацитета.

180. От изложеното по-горе следва, че в съображение 102 от Решението, Комисията е формирала погрешна гледна точка, че прозрачността на пазара е голяма за четирите основни, интегрирани оператори, в рамките на периода на планиране. Съответно, тя е достигнала до погрешно заключение, че степента на прозрачност на пазара е характеристика, която го прави благоприятен за колективно господство (решението, съображение 87) и не е необходимо да се разглежда по същество установената от нея степен на прозрачност по време на периода на продажби, тъй като важните решения за капацитета през следващия сезон се вземат по време на периода на планиране, след което възможността за увеличаване на капацитета е силно ограничена.

iv) Заключение за оценката на миналото и очакваното развитие на търсенето, променливостта на търсенето и степента на прозрачност на пазара

181. От изложеното по-горе следва, че проверката на Комисията на постигнатото ниво на конкуренция между основните туроператори по времето на нотификацията е била неточна, и че Комисията е допуснала грешки в преценката относно развитието и предвидимостта на търсенето, променливостта на търсенето и степента на прозрачност на пазара, и че погрешно е заключила, че тези фактори са били, в настоящия случай, благоприятстващи за създаването на колективно господстващо положение.

в) Заключение

182. От всичко изложено по-горе, следва че Комисията е допуснала грешка в преценката, когато е стигнала до заключение, че ако сделката се осъществи, трите основни туроператори, останали след сливането, ще имат стимул да престанат да се конкурират помежду си.

3. Неподходящият характер на средствата за възпиране, за които Комисията твърди, че ще осигурят единство в твърдения господстващ олигопол

183. Ищцата твърди, че Комисията не е взела предвид факта, че дори трите оставащи големи туроператори да имат стимул да координират мълчаливо своите стратегии относно капацитета след сливането, поради характеристиките на релевантния пазар и влиянието на сделката върху него, механизмът за ответна реакция и средствата за възпиране са неподходящи за осигуряване на единство в твърдения доминиращ олигопол. Фактът, че на релевантния пазар няма ефективни механизми за ответна реакция, повдига въпроса дали олигополното господство е реално осъществимо, доколкото съществува изискване за дългосрочен стимул за неотклоняване от общата политика. Според ищеца, механизмът за санкциониране трябва да е стабилен и по тази причина не може да се приеме, че само заплахата за ответна реакция може да играе ролята на достатъчно средство за възпиране, както изглежда твърди Комисията в съображение 155 от Решението.

184. Ищцата не смята, че механизмите за ответна реакция, за които се твърди че съществуват в рамките на сезона са заслужаващи доверие. По отношение на обхвата на възможността за добавяне на капацитет в периода до м. февруари, предхождащ летния сезон, възможното увеличение на капацитета е до 10 %, след което са невъзможни по-нататъшни увеличения. В допълнение на това, при една индустрия, която се характеризира с променливост в търсенето, увеличение от 10 % е недостатъчно, за да се приеме за подходящо средство за възпиране. Нещо повече, допълнителните разходи, свързани с въвеждането на още капацитет с наказателна цел, няма да бъдат компенсирани от ползите, които измамените ще извлекат от налагането на наказанието. Във всеки случай, каквото и да било увеличаване на капацитета е изключително проблематично, тъй като може да е в противоречие с интересите на онези, които трябва да осъществят наказанието, тъй като късно

добавеният капацитет вероятно ще е с ниско качество (неудобни часове на полетите, ниско качество на настаняването) и труден за продаване. Ищцата отрича да е възможно да се използват целеви продажби или смъкване на цените спрямо конкурента като средство за дисциплиниране.

185. Накрая, ищцата твърди, че средствата за ответна реакция, за които се предполага, че могат да бъдат използвани през следващия сезон са неефективни. Като се има предвид 18 месечния период необходим за организирането на капацитет с голям обем, всяка измама, забелязана в хода на сезона на продажбите, ще може да бъде наказана чрез големи добавки към капацитета едва след две години. Така връзката между нарушаването на споразумението и санкцията за това ще се окаже замъглена.

186. Комисията отбелязва, първо, с оглед на механизма за ответна реакция, описан в решението, че тъй като той не се отнася до олигополно господство на картел, то по никакъв начин в концепцията за него не се включва идеята някой от операторите само да заплашва с ответна реакция.

187. Тя продължава като развива аргумент, че перспективата за ответна реакция в рамките на същия сезон може да се приеме за истинска и ефективна заплаха, доколкото операторите могат да оценят капацитета, пуснат на пазара от техните конкуренти веднага щом се публикуват първите брошури, което означава между 12 и 15 месеца преди сезона на пътуванията (вж. съображения 105 - 107 от Решението). Нарастване на капацитета от 10 % вероятно би довело до сериозен натиск върху цените надолу, което ще лиши отклонилия се оператор от голяма част от очакваните ползи.

188. С оглед на средствата за ответна реакция през следващия сезон, Комисията (за разлика от ищеца) приема гледната точка, че е възможно значително увеличаване на капацитета в рамките на този сезон и смята за погрешно твърдението, че значително увеличаване е възможно едва с два сезона закъснение.

189. В отговор на твърдението на ищеца, че е нерационално за другите оператори да поемат риска от свръх капацитет и по тази причина един от тях може да мами безнаказано, Комисията развива аргумент, че такива разсъждения са неотносими към настоящия случай, защото те водят до извода, че единствената възможна реакция на останалите оператори е да загубят част от пазарния си дял в резултат на измамата.

190. Накрая Комисията отхвърля аргумента, че тактиката на сваляне на брошурите на отклонилия се оператор и започването на целеви продажби, с цел поставянето на неговите продукти в неблагоприятна позиция би била неефективна. Дори ако се разчита само на цифрите за продажбите чрез други оператори, предоставени от ищеца (16 % от неговите продукти се продават чрез Thomson и Thomas Cook), потенциалната загуба в такъв размер е значителна заплаха в една индустрия, която се характеризира с високи обеми и ниски размери на маржа.

191. Съдът отбелязва, че в своето решение Комисията е приела донякъде двусмислен подход, тъй като първоначално заявява, че строг механизъм за ответна реакция не е необходимо условие за колективно доминиране в настоящия случай (решението, съображение 55, вж. също и съображение 150), като в същото време твърди, че не може да приеме, че на този пазар няма възможност за ответна реакция, и че по-скоро е налице значителна възможност за такава, която само би увеличила стимула за паралелно, антиконкурентно поведение (Решението, съображение 55, вж. също и съображение 151).

192. Като изходна точка, Съдът отбелязва, че както вече беше посочено (вж. точки 61 и 62 по-горе), анализът на пазара, необходим при всяка преценка за колективно господстващо положение, трябва да разглежда положението не само статично в един определен период от време - момента, когато се осъществява сделката и се променя структурата на конкуренцията - а също да извърши и динамична оценка, с оглед особено на вътрешното равновесие, стабилността и въпроса дали евентуалното паралелно, неконкурентно поведение, което той може да породни, би било устойчиво във времето.

193. По тази причина е важно да се установи дали индивидуалните интереси на всеки основен туроператор (максимизиране на печалбите, докато се конкурира с всички останали оператори) натежават над интересите на членовете на предполагаемия господстващ олигопол (ограничаване на капацитета с оглед увеличаване на цените и реализиране на над конкурентни печалби). Случаят би бил такъв, ако отсъстват средства за възпиране даден оператор да се отклони от общата политика, като се възползва от липсата на конкуренция, която е жизнено важна за една такава политика, така че да поеме инициативата и да извлече ползи от нея (вж. в този смисъл Решение Gencor/Комисия, упоменато по-горе, точка 227 относно прозрачността на пазара и точки 276 и 281 относно структурните връзки).

194. Фактът, че съществува възможност за ответна реакция гарантира до известна степен, че членовете на олигопола няма да го напуснат в дългосрочен план, като ги възпира от отклоняване от общите насоки на действие.

195. В този контекст, не е необходимо Комисията непременно да доказва съществуването на специфичен механизъм за ответна реакция, но независимо от това тя трябва да установи наличието на средства за възпиране, които да са с такъв характер, че за нито един член на олигопола да не си струва усилията да се отклони от общата линия на поведение във вреда на останалите олигополисти.

196. В настоящия случай решението посочва следните средства за възпиране:

- възпиращият ефект на самата заплаха на възстановяване на положението на свръх предлагане, тъй като опитът от 1995 г. показва какво би могло да се случи ако избухне война на капацитети (Решението, съображение 151; вж. също съображение 170);

- възможността за увеличаване на капацитета с 10 % през сезона на продажбите, поне до края на м. февруари (Решението, съображение 152);

- възможността даден туроператор да добави капацитет между сезоните и да демонстрира, че поведението му е ответна реакция за конкретно действие, така че да е ясна връзката между отклонението и санкцията (Решението, точка 152);

- възможността за сваляне на брошурите и целеви продажби през сезона на продажбите, във вреда на оператора, който се е отделил от групата с цел той да бъде принуден да продаде по-голяма част от своите почивки на занижени цени (решението, съображение 152; вж. също съображение 170).

197. Трябва да се отбележи, че характеристиките на релевантния пазар и начинът, по който той функционира, правят трудно бързото и достатъчно ефективно прилагане на ответни мерки, така че това да служи като адекватно възпиращо средство.

198. Така, в случай на отклонение или казано с други думи измама (когато например по време на периода на планирането един от основните туроператори използва в своя изгода общото ограничение на капацитета, произтичащо от паралелното антиконкурентно поведение), за другите членове на олигопола би било трудно да забележат отклонението, тъй като пазарът не е достатъчно прозрачен, както вече постанови Съдът. В периода на планирането е трудно да се забележи каквото и да било отклонение като се имат предвид трудностите, които един голям туроператор има, когато се опитва да предвиди решенията относно капацитета на своите конкуренти с известна степен на точност.

199. В този контекст, възпиращите средства, посочени от Комисията изглежда не могат да бъдат вкарани в действие.

200. На първо място, Съдът е на мнение, че Комисията бърка като заключава, че само заплахата от възстановяване на ситуацията на свръх предлагане би могла да действа като възпиращо средство. За да илюстрира ефектите от свръх предлагането, Комисията се позовава на кризата от 1995 г. Същевременно, следва да се посочи ясно, че събитията от 1995 г. се случват в контекст, който се различава от настоящия случай: тогава всички оператори - независимо дали са били големи или малки - увеличават капацитета си през периода на планиране от 1994 г., с цел да отговорят на нарасналото търсене, което се е очаквало според секторните показатели и данните за растежа от предходните две години. В настоящия случай обаче, Комисията очаква ситуация, където трите основни туроператори, действайки по-предпазливо от обикновено, ще са намалили капацитета си под очакванията за размерите на търсенето, като в същото време един от тях е решил да измами останалите. Съдът трябва да обсъди дали възможното връщане към свръх предлагане действа възпиращо, именно на този фон, който значително се различава от картината на излишък от капацитет през 1995 г. Свръх предлагане може да се получи едва един сезон по-късно и само ако останалите членове на олигопола са решили да увеличат капацитета си над предполагаемото ниво на търсенето, което означава много значително нарастване, в сравнение с нивото на недостатъчно

снабдяване, което би съществувало в контекста на негласната координация, предвиждана от Комисията.

201. На второ място, възможността за увеличаване на капацитета през сезона на продажби не би могла да действа като възпиращо средство поради следните причини.

202. Първо, както е подчертано в самото решение, пазарът се отличава с вътрешно присъща тенденция към предпазливост при вземането на решения относно капацитета (вж. съображения 60 - 66, 97 и 136 от Решението), като се има предвид, че напасването на капацитета към търсенето е от решаващо значение за рентабилността, тъй като пакетните почивки са нетрайни продукти (Решението, съображение 60).

203. Второ, на този пазар едно евентуално решение за отклоняване от общата политика чрез увеличаване на капацитета през сезона на продажби, би било взето на етап, където ще бъде трудно то да бъде засечено навреме. В допълнение на това, дори ако останалите членове на олигопола успеят да разобличат отклоняването, всяка реакция от тяхна страна, включваща ответно увеличаване на капацитета, не би била достатъчно бърза и ефективна, доколкото тя би могла да се осъществи само до силно ограничена степен през същия сезон - както косвено се приема и в самото решение - и само при наличието на ограничения, които биха ставали все по-строги с напредването на сезона на продажби (в най-добрия случай капацитетът за идващия сезон би могъл да бъде увеличен с десет процента и то не по-късно от края на м. февруари) (вж. съображения 152 и 162 от Решението).

204. Накрая, може да се приеме, че тъй като знаят, че осъществяването на ответни мерки вероятно ще има трудности, свързани с продажбите на късно добавените пакетни почивки поради тяхното ниско качество (неудобни часове на полетите и лошо качество на настаняването), останалите членове на господстващия олигопол вероятно ще бъдат предпазливи при увеличаването на капацитета като ответна реакция. Капацитетът, създаден по този начин, изглежда неспособен да се конкурира ефективно с капацитета, добавен от оператора, който е решил да напусне групата през периода на планиране, тъй като първият се е появил по-късно и е с по-ниско качество. Следователно, отклонилият се оператор се облагодетелства от това, че е действал пръв.

205. На трето място, във връзка с възможността за увеличаване на капацитета през следващия сезон и факта, че е възможно добавяне на капацитет между сезоните (последната част от съображение 152 от Решението), уместно е да се отбележи, че увеличаването на капацитета по този начин вероятно няма да бъде ефективно като ответна мярка, като се има предвид непредвидимия начин, по който се развива търсенето от една година за следващата, а също и времето необходимо за имплементацията на такава мярка.

206. На четвърто място, ответните действия на останалите членове на олигопола на дистрибуторско ниво (чрез сваляне на брошури и целеви продажби) бих засегнали -

ако мишената беше Airtours - само 16 % от продажбите (от които по-малко от 10 % се осъществяват чрез Lunn Poly (Thomson) и само 6 % чрез Thomas Cook). Както посочва ищцата, отговорите на вторичните източници на снабдяване не представляват значителна насрещна сила. Нещо повече, такава ответна реакция, би довела до икономически загуби за тези, които я осъществяват, тъй като ще трябва да се откажат от комисионната, заплащана от Airtours за продажбите, направени чрез мрежите от туристически агенции на неговите конкуренти. Така, възпиращият ефект на подобна ответна реакция не е толкова значителен, колкото твърди решението.

207. От изложеното по-горе следва, че Комисията е срещила като е установила, че факторите, упоменати в съображения 151 и 152 от Решението, с оглед на обстоятелствата по случая, биха били достатъчен стимул за даден член на господстващия олигопол да не се отклонява от общата политика.

4. Подценяване на вероятната реакция на по-малките туроператори, потенциалните конкуренти и потребителите, като противовес, способна да дестабилизира твърдения господстващ олигопол

208. Ищцата твърди, че Комисията е подценила вероятната реакция на по-малките оператори (наричани още независими или вторични туроператори), потенциалните конкуренти (особено онези, предлагащи пакетни почивки на далечни дестинации) и потребителите като балансираща тежест, способна да противодейства на създаването на господстващ олигопол. Такова положение може да бъде създадено само ако основните туроператори имат възможност да действат в значителна степен независимо от други настоящи и бъдещи конкуренти и от потребителите.

209. Отговорът на Комисията е, че за да се преодолее едно координирано ограничаване на капацитета от страна на олигополистите, е необходим голям брой малки оператори, които да увеличат своя капацитет значително, а това не би било възможно като се имат предвид техните размери. Бариерите пред влизането на пазара и нарастването над определена граница, пречат на по-малките оператори и на ново появилите се участници да се противопоставят успешно на мощта на интегрираните туроператори и на тяхната способност да определят капацитет на ниво по-ниско от това на конкурентното равновесие. Така, вторичните оператори не са в положение да предложат достатъчен капацитет, за да посрещнат допълнителното търсене, тъй като се сблъскват със значителни пречки, с които ще се сблъска за да се развие.

210. Като изходна точка, Съдът отбелязва, че за да докаже по безспорен начин съществуването на колективно господстващо положение в настоящия случай, Комисията следва да установи, че предвидимите реакции на настоящите и бъдещите конкуренти и на потребителите, няма да застрашат резултатите, очаквани от големите туроператори в рамките на общата им политика. В този случай това означава, че когато големите туроператори намаляват капацитета с антиконкурентна цел, на нива по-ниски от необходимите, за да се отговори на търсенето, това намаление няма да може да бъде компенсирано от техните настоящи конкуренти, по-малките оператори, всички потенциални конкуренти, туроператори с присъствие в други страни или на пазара за пакетни почивки на далечни дестинации или

техните клиенти (потребителите в Обединеното кралство), които да реагират по такъв начин, че да направят господстващия олигопол нежизнеспособен.

а) Възможният отговор на настоящите конкуренти - по-малките туроператори

і) Предварителни бележки по въпроса за размера на по-малките туроператори

211. В точки 77 и 78 от Решението, Комисията заявява, че способността на по-малките доставчици да се конкурират ефективно с четирите големи туроператори е допълнително ограничена от липсата на вертикална интеграция и малките им размери, което означава, *inter alia*, че те не могат да правят същите икономии от мащаба и обхвата като по-големите оператори.

212. В това отношение, Съдът първо трябва да отбележи, че Комисията (защита, точка 103) приема, че както обяснява експертът на ищеца, професор Neven в рамките на административната процедура, индустрията на пакетните почивки е от вид, където алтернативните търговски стратегии могат да дадат добри резултати и където няма много място за оператори от среден размер. Според професор Neven, предприятията могат да оперират в малки мащаби и да купуват на конкурентни пазари капацитета, от който се нуждаят, за да предлагат пакетни почивки (места в самолетите и легла в хотелите). Алтернативно, те могат да решат да произвеждат големи обеми от пакетни почивки. Независимо от всичко, тези предприятия ще намират за рисковано да купуват капацитет в големи количества (особено места в самолетите) на конкурентни пазари, поради което е необходимо те да се интегрират вертикално, най-малкото в сферата на услугите, свързани с въздушния транспорт. Тази алтернативна търговска стратегия не води непременно до по-ниски цени и систематично конкурентно предимство пред по-малките предприятия. Тя е също така и по-рискована от стратегията да си останеш малък и да купуваш капацитет на конкурентни пазари.

213. Същевременно, следва да се поясни, че въпросът, който се разглежда тук не е дали един малък туроператор може да достигне размерите необходими, за да се конкурира ефективно с интегрираните туроператори като се опита да им отнеме мястото на пазарни лидери. По-скоро, въпросът се свежда до това дали при антиконкурентната ситуация, очаквана от Комисията, стопиците малки оператори, които вече присъстват на пазара, взети заедно, могат да реагират ефективно на наложеното на пазара от големите оператори намаляване на капацитета под нивото на очакваното търсене, като увеличат своя капацитет, за да се възползват от възможностите, предлагани от ситуацията на общ недостиг на предлагането и дали по този начин те биха могли да противодействат на създаването на колективно господстващо положение.

214. При тези обстоятелства, Комисията трябва да установи, че по-малките туроператори биха били неспособни да се противопоставят успешно на създаването на колективно господстващо положение и не може да се ограничи само до това да посочи факта (по който не се спори между страните), че при текущото състояние на релевантния пазар, един вторичен оператор, който иска да се конкурира ефективно с

интегрираните оператори, трябва да достигне определен минимален размер, който да му позволява да оперира в достатъчно голям мащаб, поради която причина му се налага да осъществи известна вертикална интеграция. Аргументът на Комисията, с който тя иска да подчертае трудностите, които срещат малките оператори при опитите си да достигнат размери, които да им позволяват да се конкурират ефективно с четирите големи оператори, по този начин стават без значение за преценката по въпроса дали по-малките оператори и новите участници на пазара са способни да увеличат своя капацитет, за да се възползват от възможностите, предоставени от недостига на продукт, който според Комисията ще възникне, ако операцията се осъществи.

215. По-нататък, както посочва ищцата, въпреки факта, че през последното десетилетие определен брой малки оператори са били погълнати от по-големите, първите все още са многобройни (няколко стотици) като се наблюдава и тенденция на възстановяване на бройката, поради това че на пазара постоянно влизат нови участници, така че те остават една значителна част от пазара.

216. На този фон следва да се прецени дали по-малките оператори са способни, в настоящия случай, да предложат достатъчно допълнителен капацитет, който да уравни намаляването на капацитета от страна на големите оператори.

ii) Способността на по-малките туроператори да предложат допълнителен капацитет

217. Като изходна точка Съдът отбелязва, че в настоящия случай, членовете на твърдения олигопол не контролират индивидуално или колективно пазарите на ресурси или услуги, необходими за приготвянето и разпространението на разглеждания продукт. В тази връзка, от решението е видно (съображения 5 - 42), че освен пазара на пакетни почивки в чужбина на близки дестинации, Комисията е разгледала и ефектите от концентрацията нагоре – на пазара на места за чартърни полети на къси разстояния - и надолу - на пазара на туристическите агенции, като не е стигнала до заключение, че сливането ще доведе до създаването на колективно господстващо положение от страна на трите оставащи оператора на пазарите нагоре или надолу по веригата или че възникналото в резултат на сливането предприятие (Airtours/First Choice) ще се радва на индивидуално господстващо положение.

218. Първо, заслужава да се отбележи, че ищцата е представил, без те да бъдат оспорени от Комисията, няколко примера за малки туроператори, които са ангажирали допълнителен капацитет в отговор на възможностите, възникнали в резултат на неочаквани развития на пазара. През 1996 г. (след трудностите, свързани с кризата от 1995 г.) трите най-големи туроператори по онова време са намалили или замразили своите капацитети, докато няколко по-малки оператори се разраснали значително, например Virgin Holidays (+ 28 %), Kuoni Travel (+ 20 %), Direct Holidays (+ 68 %) и Sun Express (+ 109 %).

219. Второ, ищцата заяви, без това да бъде оспорено от Комисията, че по-малките туроператори се стремят да определят своя капацитет след като това е направено от

големите и те все още имат възможност да увеличат впоследствие до известна степен своя капацитет, като всеки друг туроператор.

220. Трето, от документите на разположение на Съда е видно и това, че някои малки оператори са дали ясно да се разбере, че възнамеряват да увеличат пазарния си дял, което означава, че от всякаква гледна точка, те са готови да се възползват от всички възможности, възникнали в резултат на намаляване на капацитета от основните туроператори по причини, несвързани с предвидими тенденции в търсенето.

221. В съображение 85 от Решението, Комисията отговаря на аргумента, изложен от ищеца по време на административната процедура, в смисъл че вторичните оператори като Cosmos и Virgin Sun следва да се разглеждат като вероятни бъдещи основни конкуренти, тъй като възнамеряват да разширят своята търговия. Комисията е отговорила, заявявайки че не е вероятно нито едно от тези предприятия да бъде способна да отправи предизвикателство към основните оператори в близко бъдеще, тъй като Cosmos/Monarch зависи силно от големите оператори за закупуването на самолетни места и не е вертикално интегрирана с туристически агенции и тъй като в момента операциите на Virgin Sun са много малки и тя също не разполага със свои собствени туристически агенции. Накрая, Virgin Sun е имала сериозни трудности в сключването на договори за настаняване в ключови близки дестинации.

222. Независимо от това, аргументите на Комисията не придават тежест на нейното становище, че от значение е да се знае как биха реагирали малките оператори в бъдеще, в случай че трите оставащи големи туроператори редуцират своя капацитет на пазара под конкурентните нива. По-скоро тези аргументи показват ясни намерения на тези двама вторични туроператори да се възползват от всяка възможност, предоставена им от пазара.

223. Първо, Комисията няма право да разчита на факта, че понастоящем Cosmos (Monarch) предпочита големите пред малките туроператори при продажбите на самолетни места, за да докаже факта, че ако капацитетът падне под конкурентното ниво Cosmos/Monarch няма да постави своите интереси над тези на членовете на предполагаемия господстващ олигопол. Във всеки случай, новият управителен директор на Cosmos е заявил, че възнамерява да увеличи пазарния дял на фирмата от 3, 5 % до 5 % в рамките на две години. С тази цел Cosmos се е сдобила с ATOЛ лицензии за превоз на 1,1 милиона пътници (лицензия за организатори на въздушен превоз, издаден от Гражданска въздухоплавателна администрация).

224. Второ, по същите причини трудностите, с които се е сблъскала Virgin Sun при сключването на договори за настаняване в някои курорти на близки дестинации, биха били разрешени, ако големите туроператори намалят търсенето на стаи. От писмото на Virgin Sun до Комисията с дата 16 август 1999 г., представено пред Съда в контекста на мерките по организиране на процедурата, е видно, че в повечето средиземноморски курорти е лесно да се получат подходящ брой легла от достатъчно качество, с изключение на най-популярните като Балеарските острови, където големите оператори все по-често сключват дългосрочни договори със собствениците на хотели, като така затрудняват намирането на места от страна на

по-малките оператори. Същевременно, от писмото се вижда и това, че туроператорите като Virgin Sun остават в готовност да опитат да се възползват от всички възможности, които биха се появили на най-търсените пазари. Следователно, ако при опит за намаляване на капацитета, големите оператори решат да не използват леглата, за които имат договори, малките оператори ще са способни бързо да сключат договори за тях, с цел да увеличат броя на пакетните екскурзии, пуснати на пазара. Накрая, уместно е да се помни, че Virgin Sun е туроператор за близки дистанции, наскоро създаден от Virgin Travel Group и от 1999 г. предлага почивки на най-популярните курорти, а именно Корфу, Коста Бланка, Коста дел сол, Майорка, Минорка, Ибиса, Португалия, Родос, Големите канарски острови, Тенерифе и Турция, с излитане от лондонското летище „Gatwick” и от Манчестър, а президентът на Virgin Travel Group е заявил, че целта на Virgin Sun е да достигне пазарния дял на Thomson в рамките на следващите 10 години. Virgin Travel Group притежава ATOL лицензи за превоз на 400 000 пътници.

225. Накрая, двама конкуренти на пазара на пакетни почивки на близки дестинации със значителни финансови ресурси на тяхно разположение British Airways Holidays (което притежава 375 000 ATOL лицензи за 1999 г.) и Kuoni (продало 230 000 пакетни почивки в Обединеното кралство за 1998 г.), също биха били способни да увеличат своя капацитет бързо, ако големите туроператори се опитат да изградят колективно господстващо положение.

226. Четвърто, уместно е да бъде упоменато едно изследване, което посочва кои от определен брой (59) по-малки туроператори присъстват на най-търсените 12 близки дестинации, обслужвани и от големите туроператори, което е било представено по време на административната процедура и не се оспорва от Комисията. Проучването показва че тези дестинации се обслужват от поне по четири малки туроператори; най-популярните като Корфу, Родос, Майорка или континентална Испания са обслужвани от огромен брой оператори (20 до 30) и няколко малки оператори (като Cosmos, Manos или Virgin Holidays) на практика обслужват всички дестинации (вж. таблица 1 в приложение 8 на исковата молба, докладът на експерта на ищеца професор D. Neven, озаглавен Competition in the UK Foreign Package Holiday Market, an Economic Analysis, м. юли 1999 г.). Това проучване показва, че и малките туроператори предлагат сходни продукти (като брой нощувки и услуги) на цени, които са сравними и дори по-добри от тези на големите туроператори.

227. Пето и противно на твърдението на Комисията в съображение 83 от Решението, от проучването е видно, а и Комисията не оспорва това, че по-малките туроператори обикновено успяват да се сдобият с условия за настаняване на близките дестинации подобни на тези за големите оператори. Изследването разглежда 20 хотела в популярни курорти на близко разстояние и сравнява цените, платени от Airtours с тези, платени от Panorama и Direct, два независими, малки оператори, които по-късно са били погълнати от Airtours, и демонстрира, че те са подобни като в някои случаи по-малките оператори са получавали по-благоприятни условия от тези на Airtours, макар Airtours да са резервирали много повече нощувки, отколкото по-малките оператори.

228. Следователно, при разглеждания случай, по-малките туроператори биха се опитали да предложат допълнителен капацитет. Същевременно, анализът на въпроса дали те ще бъдат способни да сторят това изисква по-специфична проверка дали за тях съществува адекватен достъп до пазарите на места за самолетни полети и туристическите агенции.

iii) Достъпът на по-малките оператори до места при въздушните превозвачи

229. Решението заявява, че по-малките туроператори нямат адекватен достъп до места при въздушните превозвачи, и че сливането ще направи положението още по-лошо (решението, съображения 78 и 79 и последната част от съображение 83). Малкият им размер означава, че те не могат да се облагодетелстват от мащаба и обхвата като големите оператори. Например, те не са способни да гарантират на един чартърен превозвач пълен самолет (освен може би в рамките на няколко дни по време на пика на сезона). Това увеличава риска за въздухоплавателно дружество, че ще трябва да осъществи полета без оптимално натоварване. Следователно има вероятност въздушният превозвач да поставя пред малките оператори по-високи цени за място, отколкото пред големите, за да компенсират по-високия риск (решението, съображение 78). Малките оператори са заявили, че те вече имат проблеми да се сдобиват с места в желаното от тях време (особено по отношение на уикендите) и място (основните туристически летища „Gatwick” и Манчестър). Туроператорите (и въздухоплавателните дружества) са коментирали, че те трябва да предлагат излитания от тези две летища, за да имат достъп до основните центрове за клиенти и да осигурят операции на национално равнище, като в противен случай шансовете им за разрастване са малки (Решението, съображение 79).

230. В съображение 80 от Решението, Комисията добавя, че основните оператори вече имат значителна пазарна мощ по отношение продажбите на места на независимите оператори. Така например, един туроператор прави коментар, че Monarch, единственият значим доставчик на независимия сектор, който ще остане след сливането, вече проявява тенденция да задоволява нуждите на основните оператори (които взети заедно представляват повече от половината от продажбите на трети страни) преди да разгледа въпроса какво може да предложи на независимите, като дори отказва да обсъжда програмата за настъпващата година с въпросния оператор преди да е научил какви са изискванията на основните оператори.

231. Съдът отбелязва първо, че е видно от таблица 2 към Решението (съображение 159), която показва пазарните дялове на основните доставчици на самолетни места за трети страни (данни, които включват всички продажби към трети страни, обхващайки продажби към и между големите туроператори, а също и продажбите към малките туроператори), че след сливането Airtours/First Choice ще бъде в положение да контролира по-малко от една четвърт от местата в самолети, предлагани на трети страни, и че трите големи туроператори, като цяло ще предлагат по-малко от половината, като се има предвид, че Thomson има силно ограничено присъствие на пазара. Следователно, основните нужди на третите страни от самолетни места ще продължават да се посрещат от участници, които са независими от големите туроператори. Това положение предлага известни гаранции

за малките туроператори, тъй като само двама от трите големи оператори имат значително присъствие на пазара, а независимите трети страни представляват важен източник на самолетни места.

232. Няма доказателства, че положението ще се промени значително в резултат на концентрацията, противно на становището на Комисията, която смята че новообразуваното дружество, състоящо се от ищца и First Choice вероятно ще рационализира още повече самолетните места, и че проблемите на малките оператори ще се изострят от намаляването на броя на наличните места. Както твърди ищцата, сливането няма да се отрази сериозно на наличието на самолетни места за трети страни. Ако Airtours и First Choice вземат повечето от местата от създалата се след концентрацията група (което ще измести туроператорите – трети страни, които в момента летят с Airtours International и Air 2000), това ще доведе до съответно освобождаване на места на самолетите на трети страни, преди заемани от Airtours и First Choice. Самата Комисия приема подобна линия на разсъждения в своето Решение от 8 март 1999 г. (по дело IV/M.1341 Westdeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook (ОВ 1999 г., С 102, стр. 9), точка 36), където заявява, че до степента, до която новосъздаденото дружество Thomas Cook би могло да преориентира своята стратегия към използването на капацитета на вътрешно въздухоплавателно дружество (например този на Caledonian) вместо да закупува капацитет от трети страни, това ще доведе до освобождаване на капацитет за третите страни, който ще бъде на разположение на клиенти, които до този момент са купували от Flying Colours или Caledonian. Комисията не е изложила никакви убедителни аргументи, които да покажат, че логиката на тези разсъждения не е валидна в настоящия случай.

233. По подобен начин, с оглед на аргументите в съображение 80 от Решението, е достатъчно да се каже, че ищцата поддържа, а Комисията не оспори това пред Съда, че Monarch е представило доказателство, че не фаворизира големите туроператори за сметка на малките и е признало, че сливането Thomas Cook/Carlson всъщност е увеличило зависимостта му от туроператори - трети страни, които не разполагат със собствени чартърни въздухоплавателни дружества, както би станало и при сливането на Airtours/First Choice.

234. Второ, Съдът отбелязва, че като твърди ищцата, доказателствата на Hunt & Palmer, един от основните брокери на самолетни места, чиято работа е да координира търсене и предлагане като продава на туроператорите свободния капацитет на въздушните превозвачи (приложение 39 към искова молба), показва, че малките туроператори могат да получат самолетни места за даден сезон (или по-кратък период), с излитания през уикендите от четири източника: чуждестранни превозвачи, редовни въздухоплавателни дружества, ниско тарифни превозвачи, независими чартърни въздухоплавателни дружества, установени в Обединеното кралство. Следва да се посочи, че в Обединеното кралство съществуват поне 15 независими брокери на самолетни места, и че Комисията не е оспорила разглежданото доказателство.

235. Аргументите, изложени от Комисията с цел да се демонстрира, че тези източници на снабдяване не са жизнеспособни, не са убедителни.

236. Първият избор са чуждестранни предприятия, установени на летището на пристигане (например Spanair, Air Europa или Futura).

237. Според гледната точка на Комисията, тези превозвачи не са жизнена алтернатива, тъй като те имат проблем с получаването на достатъчно слотове в удобни времена на летищата в Обединеното кралство, особено на „Gatwick”. Нещо повече, тъй като техните флоти не са установени в Обединеното кралство, самолетът би трябвало да лети сутрин до там и да се върне вечерта, което означава, че клиентите ще трябва да отпътуват късно вечер и да се прибират рано сутрин. Разписание от този тип значително намалява действителното време, прекарано на почивка, а това не е особено популярно сред потребителите. Този аргумент обаче е оборен от Hunt & Palmer, според които на „Gatwick” може да се организира ротация.

238. При всички положения, въпросът тук е дали при наличието на недостатъчно предлагане на пакетни почивки, по-малките туроператори биха могли да получат допълнителни самолетни места на разумни условия, а не дали могат да се сдобият с по-добри времена на отпътуване и по-добри слотове. В това отношение следва да се отбележи, че Комисията е сметнала за неуместно да раздели пазарите на пакетни почивки на близки дестинации и на места за чартърни полети в Обединеното кралство като отчете например региона или летището на заминаване. Напротив, в това отношение Комисията е установила, че (съображение 45 от Решението) е налице относително еднообразие на цени и разходи, което предполага наличие на достатъчно припокриване между възможните регионални и местни пазари, така че за настоящите цели те да бъдат разглеждани като единен национален пазар от гледна точка на търсенето (ако се приеме верига за замяна). Комисията е достигнала до това заключение (съображение 45 от Решението), след като е посочила, че потребителите предпочитат да заминават от летището, което е най-близо до дома им, и че летищните такси, и други свързани фактори означават, че цените на заминаването от някои малки регионални летища са често по-високи от тези на основните летища, използвани при заминаване на почивка (лондонското „Gatwick” и Манчестър) и след като заключава, че исканата премия (или предложената отстъпка) често са относително малки в сравнение с общата стойност на почивката, особено когато се вземат предвид допълнителните разходи за пътуване по земя до някое по-евтино летище. Същото важи и от гледна точка на предлагането, тъй като Комисията е убедена, че туроператорите предлагат своите продукти на национално равнище (съображение 45 от Решението) като те не варират значително по отношение на цена и други характеристики за потребителите от различни региони. Нещо повече, туроператорите и въздушните превозвачи по принцип могат лесно да местят самолети и полети между отделните летища, с изключение на „Gatwick”, където възможностите са ограничени (съображение 46 от Решението).

239. Съдът е на мнение, че аргументът на Комисията, че самолетите на чуждестранните превозвачи трябва да летят до Обединеното кралство сутрин и да се връщат вечер, което е неудобно за потребителите, е без фактическа обосновка, тъй като средното време за полет до дестинация в Европа е около два часа. Така, превозвачите установени на летището на пристигане могат да осъществяват по няколко ротации в рамките на един ден, например да летят от Испания до

Обединеното кралство и след това да се върнат още сутринта, след което да повторят същото и вечерта.

240. Накрая, следва да се отбележи, че в хода на административната процедура, ищцата е поддържал, без това да бъде оспорено от Комисията, че превозвачите, установени на летищата на пристигане са осигурили над един милион места през 1998 г. (последната, за която е имало налични цифри по времето на вземане на решението) за клиенти на пакетните почивки, както и за други лица пътуващи на почивка, и че броят на местата, осигурявани от превозвачи от летищата на пристигане, е нараснал бързо през последните години.

241. Следователно, противно на твърденията на Комисията, тези превозвачи могат да играят значителна роля, ако малките оператори се опитат да увеличат броя на пакетните почивки в случай, че възникне такава възможност.

242. Вторият източник са редовните въздухоплавателни дружества (като Debonair, Flightline или Cityflyer), чието натоварване през уикендите е слабо при липсата на хора пътуващи по работа.

243. Комисията смята, че местата предлагани от редовните въздухоплавателни дружества са от малко значение за Обединеното кралство, където British Airways използва само малка част от своя капацитет за такъв вид полети. Причините са по-високите цени, фактът, че редовните въздухоплавателни дружества нямат преки полети до курортни дестинации, липсата на наличност и отсъствието на гъвкавост в разписанието.

244. Независимо от това, тези фактори са незначителни пречки за малките туроператори, които желаят да увеличат своя капацитет. По отношение на цените, следва да се отбележи, че разходите за транспорт формират само малка част от цената на пакетната почивка. Така например цената на полета Ливърпул - Малага през м. август на EasyJet е била 108 GBP, а тази на Станстед - Малага на Go е била 140 GBP, докато цената на 4 - дневна пакетна почивка в Марбела, Испания през м. август е била 1 598 GBP при Virgin Holidays, 1 698 GBP при Bath Travel и 1 738 GBP при Airtours (исковата молба, приложение 8, таблица 2 и приложение 40) При всички положения делът на транспорта е по-нисък от 10 % от цената на пакета. В тази връзка, по време на административната процедура ищцата е представила таблица (таблица 5 в експертния икономически доклад, приложение 8 на исковата молба), където се сравняват цените на редовните и чартърните полети към различни дестинации и на различни дати. Таблицата е изготвена на основата на данни, получени от Rapogama, малък туроператор, наскоро погълнат от Airtours. Вероятно е възможно подобни данни да бъдат получени и от други малки туроператори. От таблицата е видно, че разликата в цените варира от 20 до 30 GBP, което в крайна сметка има съвсем незначителен ефект върху цените на пакетите и по този начин на конкурентоспособността на по-малките оператори, използващи редовни полети. В това отношение разликата в цената може да бъде отдадена на задължението да се плащат такси за заминаване при използване на редовни въздухоплавателни дружества.

245. По отношение на условията, които могат да бъдат предложени от редовните въздухоплавателни дружества, особено когато става дума за дати и слотове, заслужава да се отбележи, че два от петте примера, посочени от ищеца, на основата на данните, получени от Rapoгата за периода отпреди поглъщането, демонстрират че е възможно да се получат заминавания в събота или неделя. По същия начин, заявлението на Hunt & Palmer привлича вниманието към факта, че целият смисъл на търговията на брокерите на самолетни места е в способността им да намират полети, заминаващи в неделя. В допълнение на това, самото решение (бележка под линия 38) разкрива, че British Airways предлага някои чартърни полети от регионални летища на Обединеното кралство, използвайки самолети, които по това време не са необходими за редовните полети. По отношение на летищата за заминаване е уместно да се посочи казаното по-горе за чуждестранните превозвачи. Накрая, с оглед въпроса дали не е по-неблагоприятно да се купуват само част от местата в даден самолет, вместо той да бъде запазен целия, Съдът отбелязва, че примерите за цени, предложени от брокерите, представени от ищеца, показват че разликите са незначителни (под 10 %), и че цената на място, закупено в пакет с част от местата на даден самолет, може да се окаже и по-ниска от цената на място, закупено заедно с всички останали места в самолета (вж. доклада на професор Neven в приложение 8 от исковата молба).

246. Колкото до факта, че редовните въздухоплавателни дружества покриват само ограничен брой дестинации, заслужава да се отбележи, че освен основните туристически дестинации в Испания, редовните въздухоплавателни дружества, посочени от ищеца, имат също така полети до Южна Франция и Италия. Във всеки случай чуждестранните превозвачи изглеждат способни да компенсират, ако това е необходимо, непокриването на някои дестинации от страна на редовните въздухоплавателни дружества.

247. От изложеното по-горе следва, че противно на становището на Комисията, редовните въздухоплавателни дружества могат да бъдат използвани от малките туроператори за ефективно увеличаване на техния капацитет, така че да се противопоставят на всякакви ограничения, наложени от водещите туроператори.

248. Третият източник са нискотарифните превозвачи (като Ryanair или Go), чийто капацитет е нараснал значително през последните години и които са в положение да предложат подходящи за случая услуги. Ищцата е представил карта, показваща основните дестинации, до които летят нискотарифните превозвачи (искова молба, приложение 40), от която може да се види, че основните курорти по испанското Средиземноморие са обслужвани от поне една, а често от две или дори от три въздухоплавателни дружества: Барселона (Debonair от Лутън, EasyJet от Ливърпул и AB Airlines от „Gatwick”), Палма (EasyJet от Лутън и Go от Станстед), Ибиса (Go от Станстед); Аликанте (Go от Станстед); и Малага (EasyJet от Ливърпул и Go от Станстед).

249. Четвъртият източник са независимите чартърни въздухоплавателни дружества, установени в Обединеното кралство (като Monarch, но също така European Air Charter, British World или Titan), които използват също така малки самолети с ниски

разходи по тяхното опериране. Същевременно като се има предвид, че тези въздухоплавателни дружества представляват над 50 % от капацитета за предлагане на места в чартърни самолети на трети страни (вж. таблица 2 от Решението, съображение 159), трябва да се заключи, че противно на становището на Комисията, те би трябвало да имат достатъчно капацитет, за да действат като солиден източник на предлагане за малките туроператори.

250. Накрая, Комисията не е взела предвид факта, че за интегрираните туроператори е от решаващо значение да си гарантират, че самолетите им са пълни, ако искат да имат развиваща се търговия. Фактът, че техните флоти съставляват значителна част от фиксираните им разходи означава, че големите оператори имат стимул да предлагат места на малките такива, които иначе биха останали празни при ситуацията, предвидена от Комисията, където големите оператори значително намаляват своя капацитет.

251. От изложеното по-горе е видно, че Комисията е допуснала грешка като е заключила, че по-малките туроператори няма да имат достъп до места при въздушните превозвачи при достатъчно благоприятни условия, които да им позволят да увеличат своя капацитет и да се възползват от възможностите, предоставени от недостига на предлагане, ако се създаде антиконкурентната обстановка, предвидена от Комисията при условие, че сливането бъде одобрено.

iv) Достъп на по-малките оператори до дистрибуцията

252. В съображения 81 и 82 от Решението, Комисията говори за някои трудности, срещнати от малките туроператори, като дискриминационните условия, които им поставят туристическите агенции, притежавани от големите интегрирани туроператори, особено относно ставките на комисионните, целевото продаване на техните продукти и начина, по който се излагат брошурите и офертите, като всичко това им пречи да конкурират ефективно големите туроператори.

253. Ищцата оспорва твърдението на Комисията, че достъпът до дистрибуция е бил ограничен в резултат на вертикалната интеграция на водещите туроператори, тъй като според него вертикалната интеграция води до неприемливи възбрани, само ако на дистрибуторско ниво съществува хоризонтална пазарна мощ, което в случая не е така.

254. Комисията твърди, че големите туроператори контролират всички основни национални вериги от туристически агенции и голямото мнозинство от клонове на агенции. В тези агенции другите оператори са жертви на целеви продажби, което означава, че се отдава предпочитание на продуктите на дружеството майка. Това е значителна пречка пред влизането на пазара и разрастването на малките оператори. Алтернативните канали за дистрибуция като тези чрез центровете за телефонни услуги и Интернет все още не са пълноценни заместители на туристическите агенции, както може да се види от усилията полагани от основните туроператори като First Choice, да създадат или да се сдобият с вериги от туристически агенции.

255. Съдът отбелязва, че въпросът тук е не колко голям трябва да бъде един оператор, за да може да се конкурира с основните оператори за лидерство на пазара, а дали в антиконкурентната обстановка, очаквана от Комисията, малките оператори, които вече присъстват на пазара биха били способни да се сдобият с достъп до дистрибуторския пазар при задоволителни условия и да продават значителен брой от своите пакетни почивки на потребителите. Според анализа на решението става ясно, че както твърди ищцата, случаят би бил именно такъв.

256. Първо, заслужава да се отбележи, че в съображение 32 от Решението, Комисията отбелязва, че сливането вероятно няма да доведе до създаването или засилването на колективно господстващо положение в сферата услугите, предлагани от туристическите агенции, независимо дали са включени преки продажби на пакетни почивки от туроператорите или дистанционни продажби (по телефон). По отношение на пласмента, комбинирания дял на страните в предлагането на услуги от страна на туристическите агенции е малък (около 15 %).

257. По-нататък, от решението (съображение 81) става ясно, че почти 40 % от пакетните почивки в чужбина, продавани от туристическите агенции се продават чрез независими агенции. Второ, самата Комисия признава (съображение 31), че съществуват и се развиват добре други методи за дистрибуция, като преки продажби по телефон или Интернет, които вече съставляват около 20 % от общите продажби на пакетни почивки в чужбина. Това увеличава възможностите за малките оператори да разпространяват своите продукти ефикасно в ситуация, където предлагането е ограничено. В това отношение е важно, че Direct Holidays (независим туроператор, погълнат от Airtours), който продава своите почивки с преки средства, се е радвал на нарастване през периода 1995 г.-1996 г. (време, когато големите туроператори изпитват финансови затруднения) (искова молба, точка 9.18). Следва да се добави, в това отношение, че ищцата е привлякъл вниманието към факт, който не се оспорва от Комисията, че по време на административната процедура, Комисията е получила следните доказателства, произхождащи от трети страни относно важноста на преките продажби като средство за достъп до пазара (упоменато в точка 3.57 от отговора на възраженията на Комисията към сливането, в приложение 7 на исковата молба):

i) Thomas Cook е посочило, че в момента съществува тенденция на отлив от традиционния начин на резервиране - лично, чрез туристическа агенция. British National Travel Survey показва, че непреките резервации са нараснали след края на 80-те години на XX век като през 1992 г. възлизат на 29 %, а през 1998 г. на 34 %.

ii) Thomson е изразило гледната точка, че броят на потребителите, които резервират почивки чрез нетрадиционни, преки методи на закупуване нараства, както и процентът на клиентите, които разглеждат преките покупки като алтернатива на резервирането чрез традиционния дистрибутор.

iii) Virgin Holidays са заявили, че като туроператор не притежават дистрибуторска верига. При собствените си продажби са забелязали значително нарастване на броя на почивките, закупени през центровете за телефонни услуги. Нараснал е и броят на почивките, закупени чрез агенциите за телетекст.

258. Дори във връзка с трудностите, срещани от малките туроператори (упоменати в съображения 81 и 82 от Решението), да беше установено, че разглежданите практики действително съществуват и не са незаконни, те не биха намалили значително възможността на малките туроператори да се възползват от възможностите, предложени им от недостатъчното предлагане, до което Комисията е убедена, че ще се стигне в резултат на сливането. При това положение може да се приеме, че като се имат предвид очакванията на потребителите и необходимостта да се максимизират приходите, туристическите агенции не биха могли да се въздържат от предлагането на продуктите на малките туроператори на разумни условия, макар агенциите, притежавани от вертикално интегрираните туроператори да биха предлагали продуктите на своята група с предимство пред тези на останалите конкуренти.

259. При всички положения, тъй като почти 40 % от пакетните почивки се продават в агенции, които не се контролират от големите туроператори, е вероятно, че малките туроператори ще получат достъп до дистрибуцията при достатъчно благоприятни условия, които да им позволяват да продават капацитета, който биха добавили, в случай че основните оператори решат да ограничат своя под конкурентните нива.

260. Следователно Комисията е допуснала грешка, когато е приела, че по-малките туроператори не биха имали достъп до канали, чрез които да разпространяват своите продукти сред потребителите при достатъчно благоприятни условия, които да им позволяват да разширят своя капацитет значително, с цел да се възползват от възможностите, предоставени им от недостатъчното предлагане, което според Комисията би възникнало в случай на одобряване на сливането.

261. От изложеното по-горе е очевидно, че Комисията е подценила възможностите на малките оператори да увеличат своя капацитет с цел да се възползват от възможностите, предоставени им от недостатъчното предлагане, създадено от големите оператори и така да се противопоставят на колективното господстващо положение, произтичащо от концентрацията.

б) Възможни реакции на потенциалните конкуренти: други туроператори

262. Необходимо е да се обсъди и въпроса дали, ако големите туроператори ограничат предлагания капацитет до антиконкурентни нива, туроператорите в други страни на Общността или онези в Обединеното кралство, присъстващи на пазара на пакетни почивки в чужбина на далечни дестинации, няма да са способни да навлязат на пазара на пакетни почивки в чужбина на близки дестинации.

263. Уместно е припомним казаното в доклада на КМС от 1997 г.

„Появяват се и изчезват участници. Няма значителни бариери за влизането на пазара на туроператорите или туристическите агенти (точка 1.6). (...) ако цените на определен вид почивки, на почивки от определени летища или на почивки по

определено време на годината бъдат завишени, туроператорите биха могли да насочат своята търговия във всяка от тези сфери и да подбият цените (точка 4.15)”.

264. Следва да се отбележи, че в съображение 114 от Решението, Комисията признава първо, че колективното господстващо положение не може да бъде запазено в дългосрочна перспектива, ако пречките пред навлизането на пазарите на туроператорите, чартърните въздухоплавателни дружества и туристическите агенции са незначителни и второ, че докладът на КМС от 1997 г. като цяло се съгласява с твърдението на ищеца, за липсата на бариери за влизане на съответния пазар.

265. Независимо от това, в съображение 115 от Решението, Комисията отбелязва, че след изготвянето на доклада на КМС от 1997 г., е настъпила значителна консолидация в индустрията и по тази причина пречките пред навлизането на пазара са се увеличили (вероятно е да имат по-значително влияние) и биха нараснали още повече, ако предлаганото сливане се осъществи. След това Комисията развива следното становище:

„За да е достатъчно да отстрани заплахата от създаване на колективно господстващо положение, влизането трябва да е нещо повече от проста възможност. Между другото то трябва да е устойчиво, което на пазари като този, където мащабът е важен фактор, означава че то трябва да е способно или бързо да се сдобие със способността да се развие в достатъчен мащаб, за да създаде истинско конкурентно предизвикателство пред господстващите доставчици. Според гледната точка на Комисията, настоящият случай най-вероятно не е такъв.”

266. Независимо от това, следва да се има предвид, че както и при настоящите конкуренти, в разглеждания случай е важно не дали има възможност потенциалните конкуренти да достигнат достатъчни размери, за да се състезават на равни основания с големите туроператори, а само дали съществува възможност тези конкуренти да се възползват от възможностите, предоставени им от ограничаването на капацитета, изнесен на пазара от големите оператори на нива под конкурентните. В този контекст Комисията не може да поддържа, че само поради това, че ще имат проблеми да се разраснат над определен размер, туроператорите, предлагащи други продукти (като пакетни почивки на далечни дестинации) или осъществяващи стопанска дейност в други страни (като Германия или Нидерландия) не могат да навлязат бързо и ефективно на пазара на почивки в чужбина на близки дестинации, ако големите туроператори решат да ограничат значително конкуренцията. В това отношение заслужава да се отбележи, че други големи европейски туроператори като Neckermann и TUI, са упоменати от ищеца като потенциални конкуренти, които вероятно биха навлезли бързо в Обединеното кралство в случай на намаляване на капацитета или увеличаване на цените.

267. Нещо повече, в тази връзка решението не разглежда конкуренцията на ниво настаняване по време на почивка, макар предлагането на капацитет от този тип да е много важно, ако искаме да разберем динамиката на релевантния пазар, особено с оглед, първо на способността на членовете на предполагаемия господстващ олигопол да действат независимо от собствениците на хотели на близки разстояния,

и второ и следователно на способността на настоящите и потенциални конкуренти да реагират на възможни намаления в капацитета, предлаган от големите туроператори. Не е вероятно леглата в хотелите, освободени след решението на големите туроператори да намалят капацитета да останат дълго незаети от други оператори. Документите и заявленията на последните, представени по време на административната процедура, демонстрират тяхното желание да се сдобият с капацитет за настаняване (вж. например, писмото от Virgin Sun упоменато в съображение 224 по-горе).

268. Следователно всеки голям туроператор вероятно ще отчете рисковете, свързани с реакцията на собствениците на хотели на значително намаляване на резервациите на легла, което не е причинено от спад в търсенето, а от решение за намаляване на капацитета с цели, противоречащи на конкуренцията. Големите оператори могат да се окажат в ситуация, където за следващите сезони да не могат да намерят достатъчно на брой легла или достатъчно добри условия за резервиране на легла.

269. От изложеното по-горе е видно, че макар Комисията да е разгледала пречките пред нарастването над определен размер, тя не е отчела, както би трябвало да направи, факта че липсата на пречки пред навлизането на пазара, вероятно ще позволи на потенциалните конкуренти да се сдобият с достъп и да предлагат своите продукти на релевантния пазар, а следователно и да предприемат бързи и ефективни действия в случай, че големите туроператори обединят своите стратегии относно капацитета, така че да създадат положение на недостиг на предлагането.

в) Възможна реакция на потребителите

270. При доказването, че възникващият след сделката олигопол ще бъде способен да действа независимо от потребителите, е необходимо да се установи каква би била реакцията на потребителите в Обединеното кралство и дали те са готови да търсят други възможности в случай, че цените на пакетните почивки в чужбина на близки дестинации нараснат значително или възникне недостиг от възможности за такива почивки.

271. В съображение 124 от Решението, Комисията обяснява, че потребителите нямат покупателна сила и ако това се вземе предвид заедно с други аспекти на пазара, то за тях е трудно да сравняват конкуриращи се продукти от ограничената информация, налична в брошурите на туроператорите, което ограничава възможността им да компенсират каквито и да било антиконкурентни явления от страна на предлагането.

272. Според ищеца, няколко проучвания са доказали, че повечето желаещи да заминат в чужбина посещават над една туристическа агенция преди да направят своя избор, и че за 85 % от тях цената е основният фактор, определящ решението за покупка. Следователно отделните потребители са способни да гласуват със своето движение и да търсят по-евтини почивки, като по този начин стимулират туроператорите да определят конкурентни цени.

273. Комисията твърди, че е погрешно да се смята, че на един пазар на потребителски продукти, какъвто е този на пакетните почивки в чужбина на близки

разстояния, потребителите притежават някаква значителна, балансираща покупателна мощ.

274. Независимо от това, уместно е да се подчертае, че фактът, че потребителите нямат значителна покупателна сила, тъй като действат изолирани, не трябва да бъде бъркан с въпроса дали те биха били способни да реагират на нарастване на цените, предизвикано от намаляване на капацитета, изнесен на пазара от големите туроператори до антиконкурентни нива. Както посочва ищцата, няма спор, че потребителите сравняват преди да си купят почивка. Самата Комисия признава в съображение 98 от Решението, че потребителите са чувствителни към относително малки ценови разлики на сходни почивки.

275. В този контекст, Комисията е подценила ролята, която биха могли да изиграят потребителите в Обединеното кралство, които се намират в положение, позволяващо им да се опитат да получат по-добри цени от малките туроператори.

276. По-нататък, уместно е да се посочи в контекста на първия основен юридически аргумент, че беше установено, че макар Комисията при правилно упражняване на нейните ограничителни правомощия, да е стигнала до заключение, че релевантният пазар на продукти следва да се дефинира тясно, тя същевременно не е поставила под въпрос факта, че пакетните почивки в чужбина на далечни дестинации стават все по-привлекателни за потребителите, както и факта, че проучванията на пазара, упоменати от ищеца в неговия отговор на възраженията на Комисията (Приложение 7 на исковата молба British National Travel Survey и Mintel Holidays: the booking procedure, 1997 г.) привличат вниманието към тенденцията на потребителите в Обединеното кралство да пътуват на почивка на все по-големи разстояния, особено до другата страна на Атлантическия океан. Този факт придава тежест на позицията на ищеца, че търсенето би могло частично да се пренасочи към други видове почивки, ако е налице достатъчно сближаване на цените, доколкото както ясно демонстрират въпросните изследвания, вкусовете на потребителите еволюират и те по никакъв начин не приемат средиземноморското крайбрежие като единствено възможно място за почивка.

г) Заключение

277. С оглед на изложените по-горе съображения, Съдът заключава, че оценката на Комисията за предвидимите реакции на по-малките туроператори, потенциалните конкуренти, потребителите и собствениците на хотели е неправилна, и че тя е подценила тяхната реакция като насрещна сила, способна да се противопостави на създаването на колективно господстващо положение.

5. Оценката на ефекта от транзакцията върху конкуренцията

278. Заключениета на Комисията относно ефекта от сделката върху конкуренцията са изложени в съображения 139 - 147 от Решението.

279. Първо (съображение 139), тя твърди, че транзакцията ще доведе до засилена концентрация, тъй като комбинираните пазарни дялове на трите водещи туроператора щели да нараснат до 83 % според нейните изчисления (85 % според Nielsen), в сравнение с около 70 % преди сливането (за Airtours, Thomson и Thomas Cook). В допълнение на това, пазарният дял на четвъртия оператор (Cosmos) би бил по-малко от 5 %, докато операторът, който в момента държи четвъртата позиция (First Choice) има пазарен дял от 11 %. Същевременно, от съображения 139 - 147 от Решението е видно, че Комисията не приема наличието на висок пазарен дял (над 80 %) като достатъчно да се докаже съществуването на колективно господстващо положение.

280. Второ, Комисията поддържа (съображения 140 и 141 от Решението), че в резултат на сливането First Choice ще изчезне като независим доставчик/дистрибутор за вторичните оператори, което ще маргинализира допълнително по-малките, независими и не интегрирани туроператори. Същевременно е уместно да се посочи, че когато се обсъжда дали може да бъде създадено колективно господстващо положение, оценката на предвидимия ефект от операцията върху останалите конкуренти на пазара, трябва да установи дали тези конкуренти биха били в позиция да се противопоставят на стабилността на предполагаемия господстващ олигопол. Съдът установи, че Комисията не е успяла да докаже, че те не биха могли да сторят това.

281. Трето, Комисията твърди (решението, съображения 142 - 147), че сливането ще засили прозрачността на пазара и степента на взаимна зависимост между големите туроператори. В съображение 143 от Решението, тя стига до заключението, че фактът, че сливането ще намали броя на конкурентните взаимоотношения, които са възможни между основните оператори на половина (от шест на три), би увеличил значително взаимозависимостта между членовете на олигопола, което би било още един стимул за тях да намаляват капацитета, защото за тях ще е далеч по-ясно, че надпреварата за пазарни дялове би довела до спад в печалбата за всеки един от тях. Засилената маргинализация на вторичните оператори би увеличила вероятността това да се случи. В съображение 144, Комисията посочва, че намаляването на броя на двустранните отношения на конкуренция и сътрудничество по този начин би увеличило прозрачността на пазара, тъй като за всеки от основните доставчици ще е много по-лесно да забелязва опити за дестабилизиране на пазара, включващи например опити за завладяване на пазарни дялове. По-голямата прозрачност на пазара би повишила риска конкурентните офанзиви да доведат до свръх предлагане, което би намалило печалбата и следователно е контра продуктивно.

282. Следователно Комисията достига до заключението (решение, съображение 147), че пазарната структура, до която ще доведе операцията, би направила за олигополистите рационално да ограничат предлагането.

283. Същевременно, уместно е да се има предвид, че с оглед степента на предвидимата прозрачност на пазара след сливането, Съдът установи, че Комисията е допуснала грешка, като е заключила, че степента на прозрачност на пазара е достатъчна, за да позволи на всеки от основните туроператори да е запознат с поведението на останалите, да забелязва отклонения от общата политика и прилага

ответни мерки. Комисията не е успяла да докаже, че намаляването на броя на основните туроператори от четири на три, ще промени положението. Макар вероятно наистина да настъпи нарастване на прозрачността след намаляването на броя на двустранните конкурентни отношения между основните оператори от шест на три, всеки от тях ще продължи да има трудности при предвиждането на намеренията на останалите двама навреме и при опитите да засича отклонения от общата политика.

284. Във връзка със заключението, че операцията ще увеличи значително взаимната зависимост между основните туроператори, следва да се отбележи, че подходът на Комисията е непоследователен: от една страна тя твърди, че за да бъде наистина конкурентен, релевантният пазар трябва да се интегрира вертикално, а от друга, че фактът, че всеки един от интегрираните туроператори продава самолетни места на останалите нагоре по веригата и техни пакетни почивки надолу по веригата, има негативни за конкуренцията ефекти, доколкото увеличава взаимната зависимост. При липсата на доказателства за обратното важи презумпцията, че като се има предвид логиката, по която оперира пазарът, вертикалната интеграция прави големите туроператори по-независими един от друг, което означава по-малка взаимна зависимост.

285. По подобен начин, Комисията не е обяснила защо онова, което тя разглежда като търговски връзки (закупуване на самолетни места от другите и продаване на собствените продукти чрез агенции, принадлежащи на другите), трябва да се обяснява единствено в рамките на силните икономически връзки между основните оператори (решението, съображение 142), а не просто на основание, че е рентабилно да се поддържат такива връзки в конкурентна обстановка, като се има предвид, че основните туроператори са икономически единици, здраво окопани на няколко пазара в рамките на индустрията, и че е в техен интерес да реализират печалби и да максимизират приходите от тези пазари като цяло.

286. Решението не навлиза в подробности относно силните икономически връзки между операторите или относно начина, по който те увеличават взаимната зависимост на интегрираните туроператори. В съображение 57 от Решението Комисията заявява, че степента и естеството на вертикалната интеграция на основните доставчици, силните търговски и други връзки между тях, са между характеристиките, които отличават условията на конкуренция на релевантния пазар на продукти. След това, в съображение 71 от Решението, става малко по-конкретно относно естеството на въпросните връзки. То посочва, че съществува определен брой търговски връзки между интегрираните предприятия, произтичащи отчасти от тяхната вертикална интеграция, надолу чрез взаимното използване на чуждите туристически агенции и нагоре, доколкото споделят в известна степен капацитета на своите въздухоплавателни дружества, било чрез пряко пазаруване един от друг или чрез промяна и споразумения за координация, чрез които максимизират използването на советите флоти. В съображения 102 - 113, Комисията излага редица съображения под заглавие „Прозрачност, взаимна зависимост и търговски връзки”. Тези точки са посветени на експозето на гледната точка на Комисията относно прозрачността на пазара. В това отношение, тя заявява, че вертикалната интеграция и търговските връзки между основните доставчици им помагат да получават точни и актуални изчисления за техните собствени пазарни дялове и за тези на техните

конкуренти. Същевременно, тези точки не обясняват нито причините за взаимната зависимост на туроператорите, нито какъв е ефектът от търговските връзки, произтичащи от вертикалната интеграция и начина, по който пазарът оперира в този аспект (като се изключи факта, че има по-голяма прозрачност).

287. След това, в съображение 142 от своята оценка на ефекта от сливането, Комисията заявява, че вече съществува известно ниво на взаимна зависимост между туроператорите, което се дължи на ефекта върху пазара на общия обем капацитет, изнасян на него в рамките на даден сезон. Комисията добавя, че това създава силни икономически връзки между основните оператори. Същевременно не се конкретизира какъв вид са икономическите връзки, до които се отнася откъса и решението не обяснява какви са силните икономически връзки. При всички положения, решението няма вид в този откъс да става дума за търговските връзки, произтичащи от вертикалната интеграция (а именно, фактът, че всеки от големите туроператори закупува самолетни места от другите и продава техните пакети за почивки).

288. От изложеното по-горе е видно, че Комисията не е разгледала до каква степен в условията на ситуацията отпреди концентрацията, търговските връзки, произтичащи от вертикална интеграция и начина на опериране на пазара, увеличават взаимната зависимост на интегрираните туроператори, като се изключи това, че е посочила, че те увеличават степента на прозрачност на пазара.

289. Тъй като Комисията не е представила доказателства за противното, важи презумпцията, че при условията съществуващи на релевантния пазар преди концентрацията, фактът, че всеки интегриран туроператор купува самолетни места и продава своите продукти на предприятия, притежавани от неговите конкуренти, доказва наличието на взаимна зависимост толкова, колкото доказва и наличието на независимост. Това изглежда е просто един аспект на начина, по който функционира икономиката, когато на преден план е стопанската дейност, като интегрираните туроператори трябва да се опитват да капитализират своя капацитет и търговски възможности в една индустрия с много високи фиксирани разходи и малък марж на печалбата. Както е посочено в решението, интегрираните оператори присъстват на три пазара и следователно участват в три различни вида търговия: чартърни полети на кратки разстояния, операции по пакетни почивки на близки дестинации и продажби на почивки в туристически агенции. First Choice осъществява дори и четвърти вид търговия, този с резервациите на самолетни места (вж. съображение 1 от Решението). Икономическата логика, лежаща в основата на групата изисква всяко предприятие да се стреми да реализира възможно най-голям успех.

290. В това отношение е уместно да се отбележи, че в своята оценка от ефекта на сделката, Комисията изглежда не е разгледала въпроса за ефекта на икономическата логика на групата, а именно максимизиране на приходите, чрез максимизиране на цялостната печалба на групата. Решението наистина признава (съображение 59), че маржът при туроператорите е с ниски стойности, около 7 % през последните години, и че в контраст с това, вертикално интегрираните оператори обикновено получават печалби от своите въздухоплавателни дружества и туристически агенции, сфери в които (особено доколкото става дума за въздухоплавателните дружества) нивото на

маржа може да достига по-високи стойности. Тя също така признава, че по тази причина брутните стойности на маржа на интегрираните оператори могат да бъдат по-високи от тези при същинските туроператорски дейности.

291. Тъй като тази икономическа логика изглежда насърчава постигането на възможно най-голяма оперативна съвместимост, рентабилността на различните дейности на групата (чартърни въздухоплавателни дружества, туропериране и туристически агенции) съответно ще бъде по-голяма, ако се използват пълноценно ползите от вертикалната интеграция.

292. Накрая, дори и ако оперативното съвместяване, до което се очаква да доведе сливането не надвиши 1 % от общите разходи на комбинираното дружество (Решението, съображение 146), няма доказателства, че Airtours е решило да финансира разходите (които обикновено са по-високи в случаите на опити за враждебно поглъщане) по дяловете във First Choice като разчита тази голяма инвестиция да бъде направена рентабилна чрез ползване на изгоди от едно устойчиво колективно господстващо положение.

293. С оглед на изложените по-горе съображения и без по-нататъшно навлизане в подробности относно последиците от засилени прозрачност на пазара и взаимна зависимост на основните туроператори, до които е вероятно да доведе транзакцията, Съдът установява, че Комисията не е успяла да докаже, че резултатът от сделката би бил промяна на структурата на релевантния пазар по начин, който да накара водещите оператори вече да не се държат както в миналото и да създадат колективно господстващо положение.

Г – Общо заключение

294. Като се има предвид всичко изложено по-горе, Съдът заключава, че решението без да основава своя анализ на бъдещото развитие върху убедителни доказателства, е опорочено от сериозни грешки в оценката относно фактори, които са от основно значение, когато трябва да се прецени дали би могло да се създаде колективно господстващо положение. Следователно Комисията е забранила транзакцията без да докаже необходимите правни стандарти, че концентрацията ще доведе до колективно господстващо положение на трите основни туроператора от вид, който сериозно да възпрепятства ефективната конкуренция на релевантния пазар.

295. При тези обстоятелства, третият основен правен аргумент на ищеца трябва да се приеме за основателен и решението на Комисията да бъде отменено като няма нужда да се разглеждат останалите твърдения, изтъкнати от ищеца.

По съдебните разноски

296. Според член 87, параграф 2 от Процедурния правилник, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Ответникът загубил делото със своите заключения, а ищцата поискала разпореждане за разноските,

следва последната да бъде натоварена със заплащане на собствените си разходи, както и разходите направени от ищцата.

По изложените съображения Първоинстанционният съд (пети разширен състав) реши:

1. Отменя Решение на Комисията С(1999)3022 окончателен от 22 септември 1999 г. за обявяване на концентрация за несъвместима с общия пазар и Споразумението за ЕИП (по дело IV/M.1524 - Airtours/First Choice).

2. Разпорежда Комисията да понесе своите собствени разноси и тези направени от ищеца.

Подписи

Произнесено в открито съдебно заседание в Люксембург на 6 юни 2002 година.

Подписи