



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

13. maj 2015*

»Konkurrence — fusioner — lufttransport — beslutning, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet — bedømmelse af de konkurrencemæssige virkninger af transaktionen — tilsagn«

I sag T-162/10,

Niki Luftfahrt GmbH, Wien (Østrig), ved advokaterne H. Asenbauer og A. Habeler,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen først ved S. Noë, R. Sauer og N. von Lingen, derefter ved S. Noë, R. Sauer og H. Leupold, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Republikken Østrig først ved C. Pesendorfer, E. Riedl og A. Posch, derefter ved C. Pesendorfer og M. Klamert, som befuldmægtigede,

af

Deutsche Lufthansa AG, Köln (Tyskland), først ved advokaterne S. Völcker og A. Israel, derefter ved S. Völcker og advokat J. Orologas,

og af

Österreichische Industrieholding AG, Wien, ved advokaterne H. Kristoferitsch, P. Lewisch og B. Kofler-Senoner,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2009) 6690 endelig af 28. august 2009 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines),

har

* Processprog: tysk.

RET TEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D. Gratsias, og dommerne M. Kancheva (refererende dommer) og C. Wetter,

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. juni 2014,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1. De omhandlede virksomheder

- 1 Deutsche Lufthansa AG (herefter »Lufthansa«) er det største tyske luftfartsselskab. Selskabet udfører tjenesteydelser inden for ruteflyvninger med passagerer og fragt og hermed forbundne tjenester. Lufthansa rådede i 2008 over 272 fly, med hvilke det transporterede 45 000 000 passagerer til mere end 200 destinationer i 85 lande. Dets trafikknudepunkter er den internationale lufthavn i Frankfurt am Main (Tyskland) og lufthavnen i München (Tyskland), og det er ligeledes hjemmehørende i lufthavnen i Düsseldorf (Tyskland). Lufthansa kontrollerer tillige Swiss International Air Lines Ltd (herefter »Swiss«), der er hjemmehørende i lufthavnen i Zürich (Schweiz), Air Dolomiti, Eurowings og dette selskabs lavprisdatterselskab, Germanwings. Desuden har selskabet erhvervet British Midlands (herefter »BMI«) og Brussels Airlines (herefter »SN Brussels«). Lufthansa ejer i øvrigt 19% af aktierne i Jet Blue, som er et lavprisselskab, der er aktivt i De Forenede Stater. Lufthansa og Swiss er medlemmer af Star Alliance.
- 2 Austrian Airlines (herefter »Austrian«) er det største østrigske luftfartsselskab, og dets hovedtrafikknudepunkt er den internationale lufthavn i Wien (Østrig). Selskabet udfører tjenesteydelser inden for ruteflyvninger med passagerer og fragt og hermed forbundne tjenester. Det beflyver 121 destinationer i 63 lande, herunder gennem code share-aftaler med andre luftfartsselskaber. Dets datterselskaber er, bl.a., Lauda Air og Tyrolean Airways. Selskabet ejer desuden 22,5% af aktierne i Ukraine International Airlines. Austrian er medlem af Star Alliance.
- 3 Niki Luftfahrt GmbH er et selskab i henhold til østrigsk ret med hjemsted i Wien, som driver et luftfartsselskab, der er kendt under navnet »FlyNiki« eller »Niki«. Det opererer fra Wien, Linz (Østrig), Salzburg (Østrig), Graz (Østrig) og Innsbruck (Østrig), hvorfra det bl.a. udfører flyvninger til hele Europa og Nordafrika. Sagsøgeren var på datoen for sagsanlægget ejet med 76% af Privatstiftung Lauda (privatfonden Lauda) og med 24% af det næststørste tyske luftfartsselskab, Air Berlin.

2. Den administrative procedure

- 4 Austrian havde i 2008 tab på 430 000 000 EUR, og medio 2009 svarede nettoresultatet for perioden mellem januar og juni 2009 til et tab på 166 600 000 EUR. Austrians tilsynsudvalg vurderede i juli 2008, at det ville blive vanskeligt at fortsætte med at drive Austrian som et selvstændigt selskab. Følgelig anmodede Austrians tilsynsudvalg om, at Republikken Østrig, der var hovedaktionær i Austrian, privatiserede dette selskab. Som følge heraf udstedte den østrigske regering et

privatiseringsmandat, i henhold til hvilket det offentlige holdingselskab Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft (herefter »ÖIAG«) blev bemyndiget til at afhænde alle de aktier, som det ejede i Austrian.

- 5 Lufthansa indvilgede den 5. december 2008, inden for rammerne af proceduren for privatisering af Austrian, i indirekte at erhverve en aktiepost på 41,56% i Austrian fra ÖIAG.
- 6 Den 27. februar 2009 afgav Lufthansa desuden et offentligt købstilbud på de resterende aktier i Austrian, i forhold til hvilke selskabet modtog flere accepterklæringer, end hvad der var nødvendigt. Med ÖIAG's aktieandel var Lufthansa således i stand til at erhverve 85% af aktierne i Austrian.
- 7 Den fusion, der fulgte af Lufthansas erhvervelse af aktieposter i Austrian, blev anmeldt til Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber den 8. maj 2009.
- 8 Sideløbende med vurderingen af den omhandlede fusions forenelighed med fællesmarkedet vurderede Kommissionen betingelserne i Lufthansas tilbud om køb af Republikken Østrigs aktieandele i Austrian, herunder Republikken Østrigs indbetaling af 500 000 000 EUR med henblik på en forhøjelse af Austrians kapital, set i lyset af artikel 87 EF og 88 EF.
- 9 Kommissionen fandt ved beslutning af 1. juli 2009, at fusionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen. Kommissionen besluttede som følge heraf at indlede den tilbunds gående undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1, herefter »fusionsforordningen«).
- 10 Den 10. juli 2009 afgav Lufthansa et tilbud om tilsagn i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 8, stk. 2. Lufthansa afgav den 17. og 27. juli 2009 reviderede udgaver af disse tilsagn. Efter at Kommissionen havde modtaget den reviderede udgave af disse tilsagn, indledte den en markedsundersøgelse for at indsamle synspunkter fra konkurrenterne, kunderne og de andre markedsaktører med hensyn til disse tilsagn. Resultaterne af denne markedsundersøgelse blev meddelt Lufthansa, som derefter fremlagde en endelig udgave af sine tilsagn den 31. juli 2009 (herefter »tilsagnene«).
- 11 Idet Kommissionen var af den opfattelse, at de af Lufthansa afgivne tilsagn var tilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl om, hvorvidt fusionen var forenelig med fællesmarkedet, tilsendte den ikke Lufthansa nogen klagepunktsmeddelelse og vedtog beslutning K(2009) 6690 endelig af 28. august 2009 (sag COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines) (herefter »den anfægtede beslutning«). Ved denne beslutning, hvoraf et resumé er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2010 C 16, s. 11), erklærede Kommissionen, at den fusion, hvorved Lufthansa erhvervede kontrol med Austrian som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), var forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.
- 12 Sideløbende med kontrolproceduren vedrørende fusionen vedtog Kommissionen to beslutninger på området for statsstøtte. For det første godkendte Kommissionen ved beslutning af 19. januar 2009 om statsstøtte NN 72/2008, Austrian Airlines — Redningsstøtte, en redningsstøtte i form af en garanti på 100% stillet af Republikken Østrig for et lån på 200 000 000 EUR til Austrian, som fortrinsvis skulle anvendes til tilbagebetaling af sidstnævntes gæld. For det andet vedtog Kommissionen den 28. august 2009 beslutning 2010/137/EF (ex N 663/08) – Østrig Austrian Airlines – Omstruktureringsplan (EUT 2010 L 59, s. 1) (herefter »beslutningen om omstruktureringsplanen«), hvorved den erklærede den omstruktureringsstøtte på 500 000 000 EUR, som Republikken Østrig havde ydet Austrian som led i Lufthansa-koncernens overtagelse af dette selskab, forenelig med fællesmarkedet under forbehold af, at visse betingelser overholdtes. Denne sidstnævnte beslutning er genstand for et annullationssøgsmål, der er registreret i Rettens register under sagsnummeret T-511/09.

3. Indholdet af den anfægtede beslutning

De omhandlede markeder

- 13 Hvad angik afgrænsningen af de omhandlede markeder identificerede Kommissionen flere tjenesteydelser, som Lufthansa og Austrian leverede. Det drejede sig om tjenesteydelser inden for lufttransport af passagerer, lufttransport af fragt, salg af flysæder til rejsearrangører, vedligeholdelse, reparation og eftersyn, catering om bord og groundhandlingtjenester. Inden for rammerne af den foreliggende sag er det dog alene tjenesteydelserne inden for lufttransport af passagerer og salg af flysæder til rejsearrangører, der er relevante.
- 14 Hvad for det første angik tjenesteydelserne inden for lufttransport af passagerer undersøgte Kommissionen i henhold til sin praksis i særlig grad spørgsmålet om substituerbarhed på efterspørgselssiden. Den definerede de omhandlede markeder under henvisning til tilgangen »afgangsstedet – ankomststedet«, den såkaldte »A&A-fremgangsmåde« (herefter »A&A-fremgangsmåden«), ifølge hvilken hver forbindelse mellem et afgangssted og et ankomststed anses for et særskilt marked. For at fastslå, om en given forbindelse mellem et afgangssted og et ankomststed udgjorde et marked, der skulle tages hensyn til, undersøgte Kommissionen de forskellige muligheder, som forbrugerne havde for at rejse mellem disse to steder.
- 15 Hvad nærmere bestemt angik transportørerne med rutenet tog Kommissionen dog hensyn til visse faktorer set fra udbudssiden, såsom konkurrencen mellem selskaberne på grundlag af de traditionelle transportørers såkaldte »stjerneformede« rutenet. Kommissionen præciserede således, at selv om en transportør med rutenet, set fra et udbudssynspunkt, i teorien kunne flyve fra et hvilket som helst afgangssted til et hvilket som helst ankomststed, forholdt det sig i praksis således, at transportørerne med rutenet næsten udelukkende opbyggede deres rutenet omkring – og besluttede at flyve på – de forbindelser, som forbandt deres trafikknudepunkter. Ifølge Kommissionen gjorde tilsvarende betragtninger sig gældende for de luftfartsselskaber, som koncentrerede sig om sted til sted-tjenester. Den bemærkede tillige, at den i forhold til efterspørgselssiden tidligere havde fastslået, at mens rutenettene havde en vis betydning for virksomhedskunderne, hvis efterspørgsel blev påvirket såvel af virkningerne af rutenettet som af afgang- og ankomstovervejelser, efterspurgte privatkunderne i det væsentlige den billigste og mest bekvemme forbindelse mellem to byer.
- 16 Kommissionen præciserede i den anfægtede beslutning, at markedsundersøgelsen generelt havde bekræftet A&A-fremgangsmåden. I visse besvarelser, navnlig dem fra transportørerne med traditionelle rutenet, blev det dog angivet, at A&A-fremgangsmåden ikke tog højde for de store lufthavnes stjernefunktion og de deraf følgende virkninger på rutenettet. Således havde flere transportører angivet, at både afgangsstedet og ankomststedet burde indbefatte alle de lufthavne, der var substituerbare set fra passagerernes synspunkt.
- 17 Kommissionen undersøgte i den forbindelse flyvningernes substituerbarhed set fra passagerernes synspunkt ud fra de følgende faktorer: tilstedeværelsen af mindst to afgang- eller ankomstlufthavne, hvor tidsfølsomme de rejsende var, og hvorvidt flyvningerne var direkte eller indirekte. Med hensyn til tilstedeværelsen af mindst to afgang- eller ankomstlufthavne lagde Kommissionen for det første til grund, at det kriterium, der bestod i at tage hensyn til tilstedeværelsen af lufthavne i det samme opland svarende til en afstand på 100 km eller en times kørsel mellem bymidten og de nævnte lufthavne, som anvendt i Kommissionens beslutning K(2007) 3104 af 27. juni 2007, Ryanair/Aer Lingus (sag COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus) (EUT 2008 C 47, s. 9), for at anse to lufthavne for at være substituerbare, alene var en første tilnærmelse, som ikke nødvendigvis gjaldt i andre tilfælde, såsom ved forbindelser, der beflyves af to transportører med rutenet. Følgelig angav Kommissionen, at der skulle tages hensyn til kendetegnene ved den foreliggende sag for rigtigt at forstå de konkurrencepres, som flyvningerne fra eller til to forskellige lufthavne udøvede på hinanden. Kommissionen undersøgte således substituerbarheden mellem flyvninger med afgang fra forskellige lufthavne, særligt hvad angik

de følgende lufthavnspar: lufthavnen i Bratislava (Slovakiet) og den internationale lufthavn i Wien-Schwechat, lufthavnen i Frankfurt-Hahn og den internationale lufthavn i Frankfurt am Main, lufthavnen i Köln-Bonn og den internationale lufthavn i Düsseldorf, lufthavnen i Charleroi Bruxelles Syd (Belgien) og lufthavnen i Zaventem Bruxelles-National.

- 18 Med hensyn til flyvningernes substituerbarhed i forhold til hvor tidsfølsomme passagererne var bemærkede Kommissionen dernæst, at den i sine tidligere beslutninger havde vurderet, at de billetter, der ikke var undergivet begrænsninger, og som i det væsentlige blev købt af tidsfølsomme passagerer, kunne udgøre et særskilt marked i forhold til markedet for de billetter, der var undergivet begrænsninger, og som hovedsageligt blev købt af de passagerer, der ikke var tidsfølsomme. På den ene side havde de passagerer, der var tidsfølsomme, en tendens til at være forretningsrejsende, at købe deres billetter kort før afrejsen, at kræve en høj fleksibilitet for deres billetter, såsom annulation og ændring af afgangstidspunktet uden omkostninger, at betale mere for denne fleksibilitet og at kræve en højere hyppighed for et givent »A&A«-par. På den anden side rejste de passagerer, der ikke var tidsfølsomme, i væsentlig grad i fritidsøjemed eller for at aflægge besøg hos venner eller familie, reserverede lang tid i forvejen og krævede ikke nogen fleksibilitet med hensyn til deres reservationer. Tidsfølsomme passagerer havde derfor andre præferencer end ikke-tidsfølsomme passagerer, hvilket afspejlede sig i niveauet for de forskellige typer af billetter, hvormed luftfartsselskaberne tog sigte på disse to forskellige passagergrupper.
- 19 Ifølge Kommissionen bekræftede analysen af den foreliggende sag, at der i hovedtrækkene eksisterede to passagerkategorier med forskellige behov og forskellige indstillinger til prisen, om end visse deltagere i markedsundersøgelsen havde angivet, at denne sondring mellem tidsfølsomme og ikke-tidsfølsomme passagerer blev mindre åbenbar, for så vidt som selv de rejsende, der var tidsfølsomme, blev stadig mere opmærksomme på prisen og havde en tendens til at foretrække en billet, der var undergivet begrænsninger, fremfor en billet, der ikke var undergivet begrænsninger, hvis den var billigere. Stillet over for denne præference for de billetter, der var undergivet begrænsninger, ville størstedelen af transportørerne, herunder lavpristransportørerne, tilbyde ydelser med andenreservation (ændring af enten datoen eller passagerens navn) mod betaling. Sondringen mellem tidsfølsomme og ikke-tidsfølsomme passagerer, og dermed mellem de billetter, der ikke var og var undergivet begrænsninger, forblev dog vigtig. Tidsfølsomme passagerer fortsatte således med at kræve en høj frekvens og præcise afgangs- og ankomsttidspunkter på afgangs- og ankomststederne. Endelig var tidsfølsomme passagerer, henset til behovet for fleksibilitet og den kortest mulige frist, mindre tilbøjelige til at benytte de sekundære lufthavne end de ikke-tidsfølsomme passagerer.
- 20 Navnlig fandt hovedparten af deltagerne i markedsundersøgelsen, at tidsfølsomme passagerer burde maksimere deres ankomsttid og minimere deres rejsetid. Følgelig var flertallet af deltagerne i markedsundersøgelsen af den opfattelse, at dette passagersegment efterspurgte flyvninger tidligt om morgenen og sent sidst på dagen (med en ideel afgangstid omkring kl. 7:00 om morgenen og et maksimalt interval mellem kl. 6:30 og 8:30, og en afgang om aftenen omkring kl. 18:00 eller 19:00, med et maksimalt interval mellem kl. 17:00 og 20:00). Tidsfølsomme passagerer krævede også en tilstrækkeligt høj hyppighed af flyvninger pr. dag. Et minimum på to flyvninger pr. dag var nødvendigt for at muliggøre en returflyvning i løbet af den samme dag, selv om et flertal af deltagere i markedsundersøgelsen havde angivet, at de passagerer, der var følsomme over for tidsfaktoren, efterspurgte mere end to flyvninger pr. dag, alt efter destinationen. Den type af transportør, som tidsfølsomme passagerer foretrak, havde ligeledes en indflydelse, idet flertallet af deltagerne i markedsundersøgelsen fandt, at tidsfølsomme passagerer foretrak transportørerne med rutenet, der tilbød en komplet ydelse, frem for lavpristransportørerne. Disse synspunkter blev delt af alle grupperne af deltagere i markedsundersøgelsen, dvs. virksomhedskunderne, rejsebureauerne og de konkurrerende luftfartsselskaber.

- 21 Kommissionen bemærkede i øvrigt, at muligheden for at foretage en returflyvning i løbet af den samme dag til kortdistancedestinationerne blev vurderet som vigtig af alle de virksomhedskunder, der havde afgivet besvarelser, hovedsageligt på grund af tids- og pengegevinsten, og flertallet var endog tilbøjeligt til at betale et mindre tillæg for at kunne drage fordel af returflyvninger på den samme dag. Dette blev bekræftet af rejsebureauernes besvarelser.
- 22 Hvad angik lufthavnens beliggenhed havde størstedelen af de rejsebureauer og konkurrerende selskaber, der havde svaret på undersøgelsen, angivet, at de hovedlufthavne, der var beliggende i nærheden af forretningscentrene og inden for kort afstand, var vigtigere for tidsfølsomme passagerer end for ikke-følsomme passagerer. Virksomhedskunderne havde angivet, at de klart foretrak at minimere rejsetiden (og udgifterne til forretningsrejserne) for deres medarbejdere, uafhængigt af, om de anså deres medarbejdere for at være tidsfølsomme eller ikke-tidsfølsomme.
- 23 Hvad endelig angik niveauet af substituerbarhed for de indirekte flyvninger og de direkte flyvninger fandt Kommissionen, at dette afhang af flyvningens varighed. Det forholdt sig som hovedregel således, at jo længere flyvningen var, desto mere kunne de indirekte flyvninger udøve et konkurrencepres på de direkte flyvninger. Med hensyn til kortdistanceforbindelserne påpegede Kommissionen, at den i tidligere beslutninger havde fastslået, at de indirekte flyvninger ikke udøvede noget konkurrencepres på de direkte flyvninger, bortset fra undtagelsestilfælde, f.eks. hvor den direkte flyvning ikke gav mulighed for en returflyvning på én dag, hvilket havde en særlig interesse for de passagerer, som var forretningsrejsende. Angående kortdistanceflyvningerne havde markedsundersøgelsen i vidt omfang bekræftet, at de indirekte flyvninger generelt ikke udgjorde et konkurrencedygtigt alternativ til de direkte flyvninger, eftersom kunderne faktisk foretrak de direkte flyvninger. Kommissionen fremhævede, at den i tidligere beslutninger havde analyseret mellemdistanceflyvningerne, dvs. flyvninger af en varighed på over tre timer, i forhold til hvilke de direkte flyvninger normalt ikke gav mulighed for en returflyvning på den samme dag, således at de kan udsættes for konkurrence fra de indirekte flyvninger (Kommissionens beslutning af 4.7.2005 i sag COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss (EUT C 204, s. 3), 17. betragtning, og Kommissionens beslutning i sag COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus, 288. betragtning ff.).
- 24 På grund af den længere varighed af flyvningen ved disse mellemdistanceforbindelser syntes de indirekte flyvninger at udgøre et mere troværdigt alternativ, og visse deltagere i markedsundersøgelsen havde angivet, at de indirekte flyvninger under visse omstændigheder udgjorde et konkurrencedygtigt alternativ. Denne analyse var i overensstemmelse med Kommissionens hidtidige praksis (jf. Kommissionens beslutning af 22.6.2009 i sag COMP/M.5335 – Lufthansa/SN Airholding (EUT C 295, s. 11), 45. betragtning).
- 25 Hvad angik langdistanceflyvningerne (flyvninger af en varighed på mere end seks timer over en afstand på mere end 5 000 km) bemærkede Kommissionen, at den i sine tidligere beslutninger havde vurderet, at de indirekte flyvninger under visse betingelser udgjorde en konkurrencedygtigt alternativ til flyvningerne uden mellemlanding, særligt når de for det første solgtes som flyvninger med transitforbindelse over »A&A«-parret i de elektroniske reservationssystemer, når deres hyppighed for det andet var daglig, og når de for det tredje kun medførte en begrænset forlængelse af rejsetiden (maksimalt 150 minutter) (jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 12.1.2001 i sag COMP/M.2041 – United/US Airways, og Kommissionens beslutning af 5.3.2002 i sag COMP/M.2672 – SAS/Spanair (EFT C 93, s. 7)). Markedsundersøgelsen havde i vidt omfang bekræftet, at de indirekte flyvninger udgjorde en konkurrencedygtig erstatningsløsning, når det drejede sig om flyvninger af en varighed på over seks timer, og flere deltagere i markedsundersøgelsen anså dem for substituerbare.
- 26 Hvad for det andet angik engrossalget af flysæder til rejsearrangører fandt Kommissionen, at markedsanalysen ikke var i modstrid med dens konklusioner i tidligere beslutninger med hensyn til eksistensen af et sådant separat marked på markedet for tjenesteydelser inden for lufttransport af passagerer (jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 17.12.2008 i sag COMP/M.5141 – KLM/Martinair (EUT 2009 C 51, s. 4), 121. betragtning, eller Kommissionens beslutning i sag COMP/M.4439 –

RyanAir/AerLingus, 299. betragtning). Kommissionen fandt dog, at markedsundersøgelsen ikke gav mulighed for klart at afgøre, hvorvidt dette marked havde en national udstrækning, eller hvorvidt det både omfattede Tyskland og Østrig.

Bedømmelse af de konkurrencemæssige virkninger af transaktionen

Begrebsmæssig ramme for vurderingen af fusionen

- 27 Kommissionen fremhævede indledningsvis i den anfægtede beslutning, at den inden anmeldelsen af den foreslåede transaktion have modtaget en anmeldelse af en transaktion den 26. november 2008, ifølge hvilken Lufthansa påtænkte at erhverve enekontrollen med SN Airholding SA/NV, der var holdingselskabet for SN Brussels. Kommissionen tillod den 22. juni 2009 Lufthansas erhvervelse af SN Brussels på visse betingelser (sag COMP/M.5335 – Lufthansa/SN Airholding). Desuden modtog Kommissionen den 3. april 2009 ligeledes en anmeldelse af en transaktion, hvormed Lufthansa påtænkte at erhverve enekontrollen med BMI. Kommissionen godkendte uden betingelser denne transaktion ved en beslutning af 14. maj 2009 (sag COMP/M.5403 – Lufthansa/BMI (EUT 2009 C 158, s. 1)) (herefter »Lufthansa/BMI-beslutningen«). Lufthansas fusioner med SN Brussels og BMI blev indgået henholdsvis den 24. juni 2009 og den 1. juli 2009 og blev derefter gennemført. I forbindelse med analysen af fusionen mellem Lufthansa og Austrian behandlede Kommissionen følgende SN Brussels og BMI som datterselskaber til Lufthansa.
- 28 Kommissionen angav derefter, at fusionen rejste to begrebsmæssige spørgsmål, hvoraf det første vedrørte behandlingen af Lufthansas og Austrians partnere i Star Alliance med henblik på afgrænsningen af de pågældende markeder og den konkurrencemæssige analyse af transaktionen, mens det andet angik det relevante scenarie i forbindelse med vurderingen af virkningerne af transaktionen for de flyforbindelser, som Lufthansa (herunder Swiss, Germanwings, SN Brussels og BMI) og Austrian samarbejdede om.
- 29 Kommissionen fandt i den anledning for det første, at Lufthansas og Austrians partnere i Star Alliance ikke skulle tages i betragtning ved afgrænsningen af de berørte markeder, for så vidt som fusionen ikke bevirkede en automatisk udvidelse af de samarbejdsaftaler, der var indgået mellem Lufthansa og dets partnere i Star alliance, til at omfatte Austrian, og heller ikke bevirkede en udvidelse af de samarbejdsaftaler, der var indgået mellem Austrian og dets partnere i Star alliance, til at omfatte Lufthansa. Hvad angik analysen af konkurrencen på de berørte markeder fandt Kommissionen, at forholdet mellem luftfartsselskaberne og fusionens indvirkninger på deres tilskyndelse til at konkurrere efter denne fusion skulle vurderes flyforbindelse for flyforbindelse. Kommissionen var således af den opfattelse, at såfremt det blev konstateret, at en partner i fusionen og en tredjepart havde en lavere tilskyndelse til at konkurrere som følge af transaktionen, skulle der tages hensyn til dette forhold med henblik på vurderingen.
- 30 Kommissionen fastslog dernæst de relevante scenarier for at vurdere virkningerne af transaktionen på de flyforbindelser, som Lufthansa og Austrian samarbejdede om. Kommissionen henviste til ordlyden af punkt 9 i retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004 C 31, s. 5) (herefter »retningslinjerne fra 2004«):

»Når Kommissionen vurderer en fusions konkurrencemæssige virkninger, sammenligner den de konkurrenceforhold, som den anmeldte fusion ville medføre, med de forhold, der ville gøre sig gældende, hvis fusionen ikke gennemførtes. I de fleste tilfælde er det mest relevant at sammenligne med de eksisterende konkurrenceforhold på fusionstidspunktet, når man skal vurdere en fusions virkninger. Under visse omstændigheder kan Kommissionen dog tage hensyn til de forventede fremtidige ændringer på markedet, som i rimelig grad kan forudsiges [...]«

- 31 Kommissionen fandt i den sammenhæng, at de relevante scenarier for vurderingen af virkningerne af fusionen på konkurrencen var dels beskaffenheden af samarbejdet mellem parterne i fusionen inden denne fusion, dels den mest sandsynlige fremtidige udvikling, såfremt Lufthansas erhvervelse af Austrian ikke fandt sted.
- 32 Hvad angik det eksisterende samarbejde mellem Lufthansa og Austrian inden fusionen angav Kommissionen, at det eksisterede i flere former, nemlig et joint venture omkring omkostnings- og indtægtsdeling på alle flyforbindelserne mellem Østrig og Tyskland, en bilateral verdensomspændende samarbejdsaftale, en code share-aftale for flyforbindelserne mellem Østrig og Schweiz og en code share-aftale mellem British Midlands, der var et datterselskab til Lufthansa, og Austrian.
- 33 Med hensyn til den mest sandsynlige udvikling, såfremt Lufthansas erhvervelse af Austrian ikke fandt sted, anvendte Kommissionen – under hensyntagen til den østrigske regerings beslutning om at finde en privat investor til Austrian – et scenarie med en erhvervelse udført af et andet luftfartsselskab, nærmere bestemt af Air France-KLM. I dette scenarie bragte Austrian sit samarbejde med Lufthansa til ophør og udtrådte af Star Alliance for at blive medlem af alliancen Sky Team, som Air France-KLM tilhørte.

Analyse af konkurrencen

- 34 Hvad for det første angik tjenesteydelsen inden for ruteflyvninger med passagerer fandt Kommissionen, at fusionen afstedkom flere horisontale overlapninger, der kunne inddeles i de følgende kategorier:
- 23 kortdistanceforbindelser mellem Østrig og Tyskland, som betjentes inden for rammerne af joint venturet omkring omkostnings- og indtægtsdeling
 - tre kortdistanceforbindelser mellem Østrig og Schweiz
 - en kortdistanceforbindelse mellem Østrig og Belgien
 - en kortdistanceforbindelse mellem Østrig og Det Forenede Kongerige
 - »de direkte-indirekte overlapninger«, dvs. de forbindelser, i forhold til hvilke én part tilbød en direkte forbindelse, mens den anden tilbød en indirekte forbindelse.
 - »de indirekte-indirekte overlapninger«, dvs. de forbindelser, i forhold til hvilke de to parter alene tilbød indirekte forbindelser.
- 35 Ved afslutningen af sin analyse af konkurrencen på de forskellige horisontale overlapninger nåede Kommissionen til den konklusion, at transaktionen rejste alvorlig tvivl med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet på de følgende flyforbindelser: Wien-Stuttgart (Tyskland), Wien-Køln/Bonn (Tyskland), Wien-München, Wien-Frankfurt am Main og Wien-Bruxelles (herefter »de identificerede bypar«).
- 36 Hvad for det andet angik salget af flysæder til rejsearrangører fandt Kommissionen, at fusionen ikke i betydelig grad ville hindre den effektive konkurrence på markedet for salg af disse ydelser på grund af Lufthansas og Austrians kombinerede markedsandele på det tyske marked, på det østrigske marked og på det kombinerede marked Østrig-Tyskland for langdistanceflyvningerne, som i de tre tilfælde var på mellem 5% og 10%, samt FlyNikis betydelige tilstedeværelse på det østrigske marked (en markedsandel på mellem 40% og 50% for kort- og mellemdistanceflyvningerne).

- 37 Kommissionen var i øvrigt af den opfattelse, at der ligeledes skulle ske en vurdering af indvirkningen af den redningsstøtte og den omstrukturingsstøtte, som var blevet ydet Austrian, på markederne for især tjenesteydelser inden for lufttransport af passagerer og salg af flysæder til rejsearrangører, med den begrundelse, at disse midler kunne styrke Austrians forretningsposition.
- 38 Kommissionen påpegede dog i den forbindelse, at Austrian havde finansielle vanskeligheder. Kommissionen angav således, at Østrig den 19. december 2008 havde meddelt den sin beslutning om at yde Austrian-koncernen en redningsstøtte, og at den den 22. december 2008 havde erfaret, at der var blevet ydet Austrian en første rate på 67 000 000 EUR af denne redningsstøtte for at gøre det muligt for selskabet at varetage sine aktiviteter, og det inden at Kommissionen havde kunnet tage stilling til denne støttes forenelighed med fællesmarkedet.
- 39 Kommissionen præciserede, at Austrians usikre finansielle situation blev illustreret af det forhold, at en selvstændig drift af Austrian nødvendiggjorde supplerende midler af en størrelse, der lå væsentligt over redningsstøtten og omstrukturingsstøtten. Kommissionen angav desuden, at redningsstøtten på 200 000 000 EUR allerede i vid udstrækning var blevet anvendt af Austrian til at tilbagebetale finansieringen af selskabets fly, og at omfanget af Austrians finansielle behov var i overensstemmelse med konklusionerne i dens beslutning 2010/137, ifølge hvilken omstrukturingsomkostningerne langt oversteg beløbet på 500 000 000 EUR.
- 40 Kommissionen konkluderede heraf, at det var lidet sandsynligt, at Austrian havde anvendt eller ville anvende redningsstøtten og omstrukturingsstøtten på en måde, der kunne rejse tvivl om dens analyse af virkningerne af fusionen på de berørte markeder, og navnlig til at forhindre selskabets konkurrenters ekspansion. Kommissionen præciserede, at såvel redningsstøtten som omstrukturingsstøtten tilsigtede at gøre Lufthansas erhvervelse af Austrian økonomisk holdbar, og navnlig at sikre Austrians likviditet, at reducere selskabets passiver og at genoprette selskabets rentabilitet på lang sigt. Kommissionen bemærkede tillige, at den fremover ville overvåge Austrians anvendelse af disse midler.
- 41 Kommissionen angav, at denne konklusion desuden blev bekræftet af Lufthansas stærke finansielle position, hvilket selskab opnåede driftsresultater på over 1 000 000 000 EUR i 2007 og i 2008 og den 31. marts 2009 havde en samlet likviditet på 5 200 000 000 EUR, hvoraf 2 000 000 000 EUR var en strategisk minimumslikviditet. Indvirkningen af redningsstøtten og af omstrukturingsstøtten var således ifølge Kommissionen begrænset i forhold til den ved fusionen skabte enheds finansielle styrke.
- 42 Med hensyn til de »direkte-direkte« flyforbindelser, som alene betjenes af en af parterne, angav Kommissionen desuden, at markedsundersøgelsen ikke havde påvist, at ydelsen af supplerende midler til Austrian i særlig grad ville ændre konklusionerne vedrørende disse forbindelser, dvs. at transaktionen ville medføre eliminering af den potentielle konkurrence. Det forholdt sig derimod således, at hovedårsagerne til, at der ikke rejste sig noget konkurrencemæssigt problem i forhold til disse flyforbindelser – nemlig den ubetydelige efterspørgsel på størstedelen af disse, Lufthansas og Austrians entréstrategier som underbygget af interne dokumenter og fraværet af parallelle aktiviteter før samarbejdet på hovedparten af disse forbindelser – gjorde sig gældende uafhængigt af den omhandlede statsstøtte. Hvad nærmere bestemt angik Austrians entréstrategi havde markedsundersøgelsen i øvrigt ikke vist det mindste tegn på, at Austrian ville ændre sin entréstrategi, henset til de pågældende supplerende midler, hvilket også blev illustreret af det forhold, at Austrian allerede havde opbrugt næsten hele redningsstøtten uden at ændre sin entréstrategi. Det var derfor lidet sandsynligt, at Austrian ville anvende disse supplerende midler til at begynde at drive disse flyforbindelser.

Tilsagn

- 43 For at fjerne den alvorlige tvivl, som fusionen havde rejst med hensyn til, om den var forenelig med fællesmarkedet, tilbød Lufthansa og Austrian en række tilsagn med henblik på at løse konkurrenceproblemerne vedrørende de identificerede bypar. Tilsagnene – der tilsigtede at reducere adgangsbarriererne og at lette en eller flere nye aktørers indtræden eller ekspansionen for konkurrenter, der allerede var aktive på disse flyforbindelser – sammenfattes nedenfor.

Tilsagn vedrørende afgang- og ankomsttidspunkter

– Tildeling af afgang- og ankomsttidspunkter for de bypar, der rejste konkurrenceproblemer

- 44 Parterne forpligtede sig i forbindelse med tilsagnene til, efter en specifik procedure, at stille afgang- og ankomsttidspunkter til rådighed i lufthavnene i Wien, Stuttgart, Köln/Bonn, München, Frankfurt am Main og Bruxelles vedrørende de fem flyforbindelser, i forhold til hvilke Kommissionen havde identificeret konkurrenceproblemer.
- 45 De til rådighed stillede afgang- og ankomsttidspunkter ville gøre det muligt for en ny aktør at drive det følgende antal afgang for de identificerede bypar:
- Wien-Stuttgart: op til 3 afgang om dagen.
 - Wien-Köln/Bonn: op til 3 afgang om dagen, men ikke over 18 afgang om ugen.
 - Wien-Frankfurt am Main: op til 5 afgang om dagen.
 - Wien-München: op til 4 afgang om dagen.
 - Wien-Bruxelles: op til 4 afgang om dagen, men ikke over 24 afgang om ugen.
- 46 Fra det ovennævnte antal afgang- og ankomsttidspunkter skulle trækkes de afgang- og ankomsttidspunkter, der allerede var blevet overført til en ny aktør i medfør af tilsagnene, medmindre den nye aktør ophørte med at udnytte disse afgang- og ankomsttidspunkter, og disse derfor blev tilbageført til parterne.
- 47 Hvad angik alle de identificerede bypar – bortset fra Wien-Frankfurt am Main og Wien-München, for hvilke der gjaldt særlige bestemmelser – skulle de afgang, der allerede blev anvendt af et af parterne uafhængigt eller med disse ikke forbundet luftfartsselskab på et identificeret bypar, trækkes fra det antal afgang- og ankomsttidspunkter, som parterne skulle stille til rådighed for dette luftfartsselskab i medfør af tilsagnene.
- 48 Med hensyn til forbindelsen Wien-Frankfurt am Main skulle de to daglige afgang, som sagsøgeren drev (tre afgang i det omfang sagsøgeren måtte opnå et tredje afgang- og ankomsttidspunkt fra Lufthansa fra vintersæsonen 2009/2010 for International Air Transport Association (IATA), Den Internationale Luftfartssammenslutning), trækkes fra det antal afgang- og ankomsttidspunkter, der skulle stilles til rådighed i medfør af tilsagnene. Såfremt sagsøgeren måtte ophøre med at drive en eller flere af disse afgang, før selskabet havde erhvervet hævdevundne rettigheder, ville disse afgang blive gjort disponible for nye aktører i medfør af tilsagnene.
- 49 Sagsøgeren ville få tilladelse til at ombytte de afgang- og ankomsttidspunkter, som selskabet havde modtaget fra Lufthansa i lufthavnen i Frankfurt am Main i henhold til den daværende aftale om leje af afgang- og ankomsttidspunkter mellem Lufthansa og sagsøgeren, med afgang- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa gjorde tilgængelige i medfør af tilsagnene. For at tage Lufthansas

bølgestruktur i lufthavnen i Frankfurt am Main i betragtning ville Lufthansa dog ikke være forpligtet til at overdrage sagsøgeren mere end ét afgangs- og ankomsttidspunkt i lufthavnen i Frankfurt am Main i hver af de følgende perioder:

Ankomst	Afgang
5:35 – 8:00	6:30 – 8:15
8:05 – 10:20	8:20 – 11:35
10:25 – 14:00	11:40 – 15:05
14:05 – 15:30	15:10 – 16:15
15:35 – 17:50	16:20 – 19:45
17:55 – 21:50	19:50 – 22:25

- 50 Desuden – og uafhængigt af, hvorvidt sagsøgeren måtte vælge eller ikke vælge at skaffe sig nye afgangs- og ankomsttidspunkter fra parterne i fusionen til gengæld for sine daværende afgangs- og ankomsttidspunkter i lufthavnen i Frankfurt am Main – gav Lufthansa tilsagn om at ændre sin daværende aftale om leje af afgangs- og ankomsttidspunkter med sagsøgeren for at afspejle bestemmelserne i tilsagnene, navnlig hvad angik muligheden for sagsøgeren for at erhverve hævdevundne rettigheder i forhold til disse afgangs- og ankomsttidspunkter.
- 51 Såfremt ingen aktør, der ikke tilhørte Star Alliance, forlangte et korrigerende afgangs- og ankomsttidspunkt for IATA's sommersæson 2010 (eller for den første sæson, for hvilken procedurerne for gennemførelse af tilsagnene var på plads, uanset den forrige sæson), skulle én af de tre afgange, som blev drevet af selskabet Adria Airways på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main, endvidere trækkes fra det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, der skulle stilles til rådighed i medfør af tilsagnene. Denne fratrækning skulle i første omgang gælde for en periode på fire på hinanden følgende IATA-sæsoner og for enhver supplerende periode på to år, indtil en aktør, der ikke hørte med til Star Alliance, måtte kræve et korrigerende afgangs- og ankomsttidspunkt.
- 52 Lufthansa gav i øvrigt tilsagn om at ændre sine eksisterende aftaler med Adria Airways vedrørende et afgangs- og ankomsttidspunkt for derved at afspejle bestemmelserne i tilsagnene, forudsat dog at Adria Airways ikke erhvervede hævdevundne rettigheder.
- 53 Hvad angik forbindelsen Wien-München – hvor sagsøgeren drev tre daglige afgange, for hvilke selskabet havde modtaget afgangs- og ankomsttidspunkter ifølge den normale procedure for tildeling af disse – indebar tilsagnene, at Niki ville få ret til at ombytte sine daværende afgangs- og ankomsttidspunkter på denne forbindelse med afgangs- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa stillede til rådighed i medfør af tilsagnene. Uanset om Niki valgte eller ikke valgte at ombytte sine daværende afgangs- og ankomsttidspunkter i medfør af tilsagnene, ville selskabets afgange blive fratrasket det samlede antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som parterne skulle stille til rådighed på denne forbindelse. Såfremt Niki ophørte med at drive en eller flere af sine afgange, ville disse skulle stilles til rådighed for nye aktører i medfør af tilsagnene.
- 54 Hvad angik forbindelserne Wien-Stuttgart og Wien-Køln/Bonn var Lufthansa allerede forpligtet til at stille afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed for nye aktører i henhold til en forudgående beslutning på fusionsområdet, nemlig Kommissionens beslutning K 2006/018/07 af 22. december 2005 i sag COMP/M.3940 – Lufthansa/Eurowings (EUT C 18, s. 22). I det omfang parterne allerede havde stillet afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed for en ny aktør i medfør af de i denne sag afgivne tilsagn, skulle disse afgangs- og ankomsttidspunkter fratrækkes det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, der skulle stilles til rådighed i medfør af tilsagnene i den foreliggende sag. De nye

aktører kunne vælge afgang- og ankomsttidspunkterne for disse to forbindelser på grundlag af de tilsagn, som de ønskede at se anvendt, dvs. dem, der var afgivet i den forudgående sag, eller dem, der var afgivet i den foreliggende sag.

– Betingelser vedrørende overførslen af afgang- og ankomsttidspunkter

55 Den i tilsagnene fastsatte procedure for overførsel af afgang- og ankomsttidspunkter skulle gælde parallelt med den normale procedure for tildeling af afgang- og ankomsttidspunkter. Et luftfartsselskab, der ønskede at erhverve afgang- og ankomsttidspunkter for et af de identificerede bypar, skulle fremsætte sin ansøgning herom gennem den normale procedure for tildeling af afgang- og ankomsttidspunkter og skulle samtidig anmode om en overførsel af afgang- og ankomsttidspunkter i medfør af tilsagnene. Såfremt ansøgerens ansøgning over for koordinatoren om afgang- og ankomsttidspunkter ikke blev imødekommet som følge af IATA-planlægningskonferencen, indebar tilsagnene, at parterne skulle tilbyde at overføre de efterspurgte afgang- og ankomsttidspunkter til ansøgeren inden for en frist på en uge fra ansøgerens tilsagn om at ville udnytte dem. Afgang- og ankomsttidspunkterne skulle tildeles gratis og inden for et interval på 20 minutter i forhold til den af ansøgeren ønskede fartplan, såfremt den ene eller den anden af parterne i fusionen havde disponible afgang- og ankomsttidspunkter inden for et sådant tidsinterval. I modsat fald skulle parterne tilbyde de afgang- og ankomsttidspunkter, der lå tættest på det af ansøgeren efterspurgte tidspunkt.

56 Aftalen om leje af afgang- og ankomsttidspunkter mellem parterne i fusionen og ansøgeren skulle underskrives, og overførselen skulle gennemføres inden for en frist på tre uger regnet fra fristen for overdragelse af afgang- og ankomsttidspunkterne, dvs. den 15. januar for IATA's sommersæson og den 15. august for IATA's vintersæson. Aftalen om leje af afgang- og ankomsttidspunkter skulle have en varighed svarende til udnyttelsesperioden for det identificerede bypar, men den nye aktør ville få ret til at bringe aftalen til ophør ved afslutningen af hver IATA-sæson, og det uden at skulle betale bod. Endelig indebar tilsagnene, at den nye aktør, som besluttede at drive det største antal forbindelser, ville blive begunstiget.

– Hævdvundne rettigheder

57 Tilsagnene indebar ligeledes en mulighed for den nye aktør for at erhverve hævdvundne rettigheder vedrørende de fra parterne i fusionen opnåede afgang- og ankomsttidspunkter. Den nye aktør ville opnå hævdvundne rettigheder over disse afgang- og ankomsttidspunkter – dvs. at vedkommende ville få ret til at anvende de af parterne overførte afgang- og ankomsttidspunkter ved de to endepunkter i et hvilket som helst identificeret bypar på et andet intraeuropæisk bypar end de identificerede bypar – når vedkommende havde befløjet det identificerede bypar i to på hinanden følgende IATA-sæsoner, hvilket gjaldt alle de identificerede bypar med undtagelse af forbindelsen Wien-Frankfurt am Main, og i otte på hinanden følgende IATA-sæsoner for forbindelsen Wien-Frankfurt am Main. Såfremt den nye aktør ophørte med at udnytte de overførte afgang- og ankomsttidspunkter for det identificerede bypar inden afslutningen af den ovennævnte periode på to IATA-sæsoner, ville disse afgang- og ankomsttidspunkter til gengæld blive tilbageleveret til Lufthansa og stillet til rådighed for en anden ny aktør i medfør af tilsagnene.

– Medlemmer af Star Alliance i egenskab af nye aktører

58 De ovenstående tilsagn fandt kun fuldt ud anvendelse på de nye aktører, som ikke var medlemmer af Star Alliance. I princippet kunne medlemmerne af Star Alliance også erhverve afgang- og ankomsttidspunkter inden for rammerne af tilsagnene, men de luftfartsselskaber, der ikke var medlemmer af Star Alliance, ville have fortrinsret, såfremt flere potentielle aktører ansøgte om afgang- og ankomsttidspunkter for den samme forbindelse i medfør af tilsagnene. Der ville altid blive

givet fortrinsret til en ansøger, der ikke var medlem af Star Alliance, dvs. selv hvis et medlem af Star Alliance ansøgte om afgangs- og ankomsttidspunkter for et højere antal forbindelser end en ansøger, der ikke var medlem af Star Alliance.

- 59 Desuden ville en ny aktør, der var medlem af Star Alliance, ikke have mulighed for at erhverve hævdvundne rettigheder vedrørende de fra parterne opnåede afgangs- og ankomsttidspunkter. En ny aktør, der var medlem af Star Alliance, ville ikke kunne indgå nogen code share-aftale eller nogen joint venture-aftale omkring deling af indtægter og fortjenester med parterne i fusionen eller med andre partnere i Star Alliance om de identificerede bypar. Når et medlem af Star Alliance ophørte med at udnytte et af de i medfør af tilsagnene tildelte afgangs- og ankomsttidspunkter, skulle parterne i fusionen på ny tilbyde disse afgangs- og ankomsttidspunkter til nye aktører.
- 60 Såfremt et medlem af Star Alliance erhvervede afgangs- og ankomsttidspunkter i medfør af tilsagnene, kunne Kommissionen pålægge særlige betingelser, navnlig for at sikre uafhængigheden for den ansøger, der var medlem af Star Alliance, i forhold til parterne i fusionen.

Andre tilsagn og bestemmelser

– Særaftaler vedrørende kvoteandele og code share-aftaler

- 61 Tilsagnene gav en ny aktør mulighed for at indgå en særaftale vedrørende kvoteandele og en code share-aftale, der gjorde det muligt for vedkommende at placere sine koder på de flyvninger, der havde et egentligt afgangs- og ankomststed i enten Østrig, Tyskland eller Belgien, forudsat at en del af rejsen indbefattede et identificeret bypar. Betingelserne for denne særaftale vedrørende kvoteandele skulle være således, at den nye aktør skulle nyde godt af den samme behandling som Lufthansas partnere, der var medlemmer af Star Alliance, i forhold til det samme identificerede bypar.

– Andre bestemmelser

- 62 Tilsagnene vedrørende tildelingen af afgangs- og ankomsttidspunkter suppleredes af andre tilsagn, såsom muligheden for en ny aktør for at indgå interliningaftaler og aftaler om adgang til kundeloyalitetsprogrammet med parterne samt aftaler om kombineret transport med en jernbanevirksomhed eller et andet landtransportselskab.
- 63 Tilsagnene indebar, at der skulle udpeges en fuldmagtshaver med ansvar for at kontrollere parternes overholdelse af tilsagnene og at bistå Kommissionen under proceduren for overførelse af de i tilsagnene omhandlede afgangs- og ankomsttidspunkter.
- 64 Tilsagnene indeholdt også bestemmelser vedrørende en hurtig procedure for løsning af tvister, i henhold til hvilken en ny aktør kunne beslutte at løse alle tvister med parterne angående tilsagnene efter en voldgiftsprocedure. Voldgiftsavgørelsen ville være bindende såvel for den nye aktør som for parterne. Bevisbyrden i enhver tvist krævede dels af den nye aktør, at vedkommende fremlagde et umiddelbart bevis for sine anbringender, dels af parterne, at de førte bevis for det modsatte.
- 65 Tilsagnene, og særligt forpligtelsen til at overføre afgangs- og ankomsttidspunkterne, var ikke tidsbegrænsede, men indeholdt en revisionsklausul.

Vurdering af tilsagnene

- 66 Kommissionen præciserede i forbindelse med vurderingen af de af Lufthansa og Austrian tilbudte tilsagn, at den havde taget hensyn til den interesse, som konkurrenterne havde udtrykt for at indlede en udnyttelse af de identificerede bypar eller for at udvide deres aktiviteter på disse bypar, og at den

havde vurderet, at pakken med korrigerende foranstaltninger samlet set havde en tiltrækkende karakter i betragtning af lufttransportindustriens daværende økonomiske situation. Kommissionen angav, at den heraf konkluderede, at de tilbudte tilsagn ville kunne medføre et eller flere luftfartsselskabers entré på de identificerede bypar på en hensigtsmæssig måde, og at denne entré var tilstrækkelig til at fjerne den alvorlige tvivl, der var identificeret på disse markeder.

Konklusion

- 67 Som følge heraf fandt Kommissionen, at fusionen skulle erklæres forenelig med fællesmarkedet i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, og med EØS-aftalen i medfør af denne aftales artikel 57, under forudsætning af overholdelsen af de tilsagn, der var angivet i det bilag, der udgjorde en integrerende del af den anfægtede beslutning.
- 68 Kommissionen præciserede, at denne konklusion gjaldt uafhængigt af redningsstøtten og omstrukturingsstøtten, fordi disse midler hovedsageligt havde til formål at sikre Austrians overlevelse, og på grund af deres lave beløbsstørrelse i forhold til Austrians finansielle behov og Lufthansas samlede finansielle styrke.

Retsforhandlingerne

- 69 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. april 2010 har sagsøgeren, Niki Luftfahrt, anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.
- 70 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 9. juli 2010 og den 20. juli 2010 har Lufthansa og ÖIAG anmodet om tilladelse til at intervenere i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse afsagt den 5. oktober 2010 har formanden for Rettens Syvende Afdeling givet Lufthansa og ÖIAG tilladelse til at intervenere.
- 71 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 2. august 2010 har Republikken Østrig anmodet om tilladelse til at intervenere i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse afsagt den 5. oktober 2010 har formanden for Rettens Syvende Afdeling givet Republikken Østrig tilladelse til at intervenere.
- 72 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 20. august 2010 og den 1. september 2010 har Kommissionen begæret fortrolig behandling i forhold til intervenienterne af visse oplysninger, som ifølge den er omfattet af forretningshemmeligheden.
- 73 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Syvende Afdeling, hvorfor sagen er blevet henvist til denne afdeling den 27. september 2010.
- 74 Da intervenienterne ikke har gjort indsigelser mod begæringen om fortrolig behandling, er en ikke-fortrolig version af dokumenterne blevet tilstillet dem, som det oprindeligt var bestemt i de ovennævnte kendelser af 5. oktober 2010.
- 75 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Første Afdeling, hvorfor sagen er blevet henvist til denne afdeling den 24. maj 2012.
- 76 Retten har den 18. februar 2013, som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse på grundlag af procesreglementets artikel 64, stk. 3, litra b) og c), anmodet Kommissionen om at angive, hvilken metode den havde benyttet for at sikre repræsentativiteten af de besvarelser, der blev afgivet af konkurrenterne, virksomhedskunderne og rejsebureauerne i forbindelse med den markedsundersøgelse, der blev gennemført i løbet af fase I i undersøgelsen af fusionen.

- 77 Retten har den samme dag som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse på grundlag af procesreglementets artikel 64, stk. 3, litra d), opfordret Kommissionen til at fremlægge de tilsagn, som parterne i fusionen tilbød den 10. juli 2009, det spørgeskema, som blev tilsendt markedsaktørerne den 27. juli 2009, såvel som besvarelserne af dette spørgeskema, som Kommissionen havde modtaget inden mødet den 31. juli 2009, i givet fald med anonymisering af navnene på deltagerne i markedsundersøgelsen, samt besvarelserne af spørgsmål nr. 28 i det spørgeskema, som den 12. maj 2009 blev tilsendt konkurrenterne til parterne i fusionen i løbet af fase I i undersøgelsen.
- 78 Kommissionen har den 22. marts 2013 besvaret det af Retten stillede spørgsmål og har delvist efterkommet Rettens anmodning om fremlæggelse af dokumenter.
- 79 Retten har den 17. juli 2013, som en ny foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er vedtaget på grundlag af procesreglementets artikel 64, stk. 3, litra d), opfordret Kommissionen til at fremlægge de tilsagn, som parterne i fusionen tilbød den 10. juli 2009, såvel som alle besvarelserne af det spørgeskema, der blev tilsendt markedsaktørerne den 27. juli 2009, som Kommissionen endnu ikke havde fremlagt, i givet fald med anonymisering af navnene på ophavsmændene til besvarelserne. Kommissionen har efterkommet denne anmodning den 19. august 2013.
- 80 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Ottende Afdeling, hvorfor sagen er blevet henvist til denne afdeling den 1. oktober 2013.

Parternes påstande

- 81 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede beslutning annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 82 Kommissionen har, støttet af Republikken Østrig, Lufthansa og ÖIAG, nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

- 83 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet fremsat tre anbringender. Med det første anbringende gøres det gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1 og 3, EF, af fusionsforordningens artikel 8 og af retningslinjerne fra 2004. Med det andet anbringende gøres det gældende, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Med det tredje anbringende gøres det gældende, at der er begået magtfordrejning.
- 84 Det skal indledningsvis bemærkes, at fusionsforordningens artikel 2, stk. 3, bestemmer, at fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Omvendt er Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 2, stk. 2, forpligtet til at erklære enhver fusion, som falder inden for den nævnte forordnings anvendelsesområde, forenelig med fællesmarkedet, når den i samme forordnings artikel 2, stk. 3, fastsatte betingelse ikke er opfyldt.

- 85 Det følger af fast retspraksis, at fusionsforordningens materielle bestemmelser, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger, og at domstolskontrollen af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, følgelig skal foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (jf. dom af 6.7.2010, sag T-342/07, Ryanair mod Kommissionen, Sml., EU:T:2010:280, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 86 Selv om Unionens retsinstanser har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at disse retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal således bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de dragne konklusioner (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 30).
- 87 Endvidere følger det af fast retspraksis, at der tillægges overholdelsen af de garantier, som EU-retten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling, en endnu mere afgørende betydning, såfremt institutionerne har et skøn. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at Kommissionen omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag, den pågældendes ret til at fremføre sine synspunkter samt kravet om, at afgørelsen skal være forsynet med en tilstrækkelig begrundelse (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 31).
- 88 Det er i lyset af disse principper, at sagsøgernes anbringender og argumenter skal vurderes.
- 89 Retten finder det hensigtsmæssigt først at undersøge det andet anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter.

1. Det andet anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter

- 90 Det andet anbringende er sammensat af to led, hvoraf det første vedrører en mangelfuld begrundelse med hensyn til den konkurrencemæssige situation hvad angår flyforbindelserne fra Centraleuropa til Østeuropa uden for EU, mens det andet vedrører den utilstrækkelige karakter af Kommissionens fastslåelse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med markedsundersøgelsen.

Det andet anbringendes første led om, at der er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten

- 91 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at den anfægtede beslutning savner begrundelse med hensyn til den konkurrencemæssige situation på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa.
- 92 I den forbindelse skal det argument fra sagsøgeren, ifølge hvilket Kommissionen i den anfægtede beslutning begrænsede sig til at henvise til markedsundersøgelsen i forhold til analysen af fusionens virkninger på forbindelserne fra Centraleuropa til Østeuropa, forkastes. Det fremgår således af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i 267. og 268. betragtning til denne beslutning angav, at »den foreslåede transaktion påvirker en hel række af forbindelser hvad angår de direkte-indirekte og de indirekte-indirekte overlapninger mellem [Lufthansa] og [Austrian], såvel inden for Europa som fra europæiske lufthavne til destinationer uden for Europa«, som blev analyseret »i lyset af parternes position på markedet og den af transaktionen afstedkomne tilførsel af markedsandele«. Kommissionen præciserede ligeledes, at »tilstedeværelsen af konkurrenter og deres position samt antallet af passagerer på hver forbindelse er blevet vurderet«, og at »hvor det har været nødvendigt, er der bl.a. blevet taget hensyn til antallet og varigheden af de af konkurrenterne tilbudte afgang og deres relevans for tidsfølsomme passagerer«. Kommissionen angav dernæst, at »[p]å grundlag af disse kriterier er der ikke blevet identificeret noget konkurrenceproblem«, og derefter, at »markedsundersøgelsen [desuden

ikke har] afsløret det mindste konkurrenceproblem vedrørende de identificerede direkte-indirekte og indirekte-indirekte overlapninger, med undtagelse af [Lufthansas] og [Austrians] position på markedet i Central- og Østeuropa«.

- 93 Det skal tillige bemærkes, at Kommissionen i 269. betragtning til den anfægtede beslutning angav, at »[u]nder fase I udtrykte visse [deltagere] i markedsundersøgelsen bekymringer med hensyn til [Lufthansas] og [Austrians] stærke stilling på markedet i [Central- og Østeuropa], henset til navnlig den kontrol, som transaktionen vil give [Lufthansa] på en meget væsentlig del af et »centraleuropæisk marked«, navnlig som følge af, at disse selskaber kontrollerer de vigtigste trafikknudepunkter, der betjener [Central- og Østeuropa], og at de har meget udviklede rutenet i denne region«. Kommissionen bemærkede desuden, at »[r]esultaterne af den mere dybtgående fase II i markedsundersøgelsen [dog] har [...] vist, at det store flertal af især virksomhedskunderne ikke s[å] nogen negativ indvirkning af en potentielt forstærket stilling for den ved fusionen skabte enhed for de flyvninger, der betjener [Central- og Østeuropa], og har angivet eksisterende alternative konkurrenter«.
- 94 Følgelig fremgår det af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har angivet, at den i første omgang foretog en analyse af virkningerne af fusionen på de forbindelser fra Europa, herunder Østeuropa, til destinationer uden for Europa, på hvilke Lufthansas og Austrians tjenester havde direkte-indirekte og indirekte-indirekte overlapninger, i forlængelse af hvilken der ikke blev påpeget noget konkurrenceproblem for de pågældende forbindelser, hvorefter den i anden omgang lod de konkurrenceproblemer, som visse deltagere i markedsundersøgelsen havde anført under fase I i den nævnte undersøgelse, på baggrund af de besvarelser, der blev afgivet af deltagerne i markedsundersøgelsen under den mere dybtgående fase II i denne undersøgelse, ude af betragtning.
- 95 Sagsøgerens udsagn om, at Kommissionen nøjedes med at henvise til resultaterne af markedsundersøgelsen for at forklare fraværet af konkurrenceproblemer på forbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, er følgelig ubegrundet.
- 96 Sagsøgerens argument om, at Kommissionen i forbindelse med analysen af den konkurrencemæssige situation på forbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa ikke angav, på hvilke af disse forbindelser luftfartsselskaberne Air France-KLM, British Airways, CSA og Malev udgjorde troværdige alternativer til Lufthansa og Austrian, skal ligeledes forkastes.
- 97 Det skal således påpeges, at 270. og 271. betragtning til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen har omtalt de ovennævnte luftfartsselskaber, ikke vedrører den analyse, der ledte Kommissionen til, i den nævnte beslutnings punkt 268, at fastslå fraværet af konkurrenceproblemer på forbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa. Der er i realiteten tale om et svar på de bekymringer, som visse deltagere i markedsundersøgelsen udtrykte under fase I i den nævnte undersøgelse, og som Kommissionen har omtalt i 269. betragtning til den anfægtede beslutning. Kommissionen har således angivet i den anfægtede beslutnings punkt 268, at visse deltagere i markedsundersøgelsen var bekymrede over den kontrol, som fusionen ville give Lufthansa »på en meget væsentlig del af et »centraleuropæisk« marked, navnlig som følge af, at [Austrian og Lufthansa] kontrollere[de] de vigtigste trafikknudepunkter, der betjen[te] [Central- og Østeuropa], og at de [havde] meget udviklede rutenet i denne region«. Da disse bekymringer ikke gik på nogen særlige forbindelser men på Lufthansas angiveligt forstærkede position på hele det »centraleuropæiske marked«, begrænsede Kommissionen sig med rette til at bekræfte, at større selskaber med rutenet – i overensstemmelse med, hvad deltagerne i markedsundersøgelsen havde angivet under fase II – betjente Central- og Østeuropa. Det kan derfor ikke udledes heraf, at Kommissionen hermed tilsidesatte sin begrundelsespligt.
- 98 Hvad angår sagsøgerens argument om, at den mangelfulde begrundelse for den anfægtede beslutning med hensyn til den konkurrencemæssige situation på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa ikke kan forklares ved den korte frist for vedtagelsen af en beslutning inden for rammerne af fase II i undersøgelsesproceduren, eftersom denne først udløb den 6. november 2009, er det

tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren som fastslået ovenfor ikke har godtgjort, at Kommissionen tilsidesatte sin begrundelsespligt med hensyn til den konkurrencemæssige analyse af flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, således at dette argument synes ugrundet og skal forkastes.

- 99 For så vidt som sagsøgerens argumentation måtte skulle fortolkes som en kritik af Kommissionen for ikke i den anfægtede beslutning i detaljer at have indføjet den konkurrencemæssige analyse af alle de flyforbindelser mellem Centraleuropa og Østeuropa, på hvilke fusionsparternes tjenester havde en direkte-indirekte eller indirekte-indirekte overlapning, skal det desuden bemærkes, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal således fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml., EU:C:1998:154, præmis 63, af 22.6.2004, sag C-42/01, Portugal mod Kommissionen, Sml., EU:C:2004:379, præmis 66, og af 15.4.2008, sag C-390/06, Nuova Agricast, Sml., EU:C:2008:224, præmis 79).
- 100 Udstederen af en retsakt er imidlertid ikke forpligtet til at tage stilling til forhold, der er af klart underordnet relevans, eller at foregribe potentielle indsigelser (jf. i denne retning dom af 25.10.2005, C-465/02 og C-466/02, Tyskland og Danmark mod Kommissionen, Sml., EU:C:2005:636, præmis 106). Desuden må kravene til en retsacts begrundelse afpasses efter de faktiske muligheder og de tekniske eller tidsmæssige betingelser, hvorunder retsakten bliver til (dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml., EU:C:1965:117, s. 1081, 1096 og 1097, og af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml., EU:C:1990:71, præmis 16). Kommissionen tilsidesætter således ikke sin begrundelsespligt, såfremt den, når den udøver sin fusionskontrolbeføjelse, ikke i sin beslutning inkluderer en præcis begrundelse angående bedømmelsen af et vist antal aspekter ved fusionen, som forekommer den åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans for bedømmelsen af denne fusion (jf. i denne retning dom Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, nævnt ovenfor i præmis 99, præmis 64). Et sådant krav ville således være vanskeligt at forene med kravet om hurtighed og de korte frister under proceduren, som Kommissionen er underlagt, når den udøver sin fusionskontrolbeføjelse, og som udgør en del af de særlige omstændigheder ved en fusionskontrolprocedure. Det følger heraf, at når Kommissionen erklærer en fusion forenelig med fællesmarkedet i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, er begrundelseskravet opfyldt, hvis der i beslutningen klart redegøres for grundene til, at Kommissionen fandt, at den omhandlede fusion – eventuelt efter de berørte virksomheders ændringer – ikke bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.
- 101 Kommissionen kunne imidlertid uden at tilsidesætte sin begrundelsespligt nøjes med at beskrive den konkurrencemæssige situation på disse flyforbindelser på den måde, som den har gjort det i 267.-273. betragtning til den anfægtede beslutning, henset til for det første den omstændighed, at Kommissionen allerede havde fastslået tilstedeværelsen af konkurrenceproblemer på flyforbindelser, der havde direkte overlapninger, i forhold til hvilke parterne havde tilbudt tilfredsstillende tilsagn, og at Kommissionen ikke havde konstateret det mindste konkurrenceproblem på de flyforbindelser, der havde direkte-indirekte og indirekte-indirekte overlapninger, for det andet det store antal af disse flyforbindelser i betragtning af størrelsen af Lufthansas og Austrians respektive rutenet, og endelig forpligtelsen til at vedtage en beslutning, så snart den alvorlige tvivl er fjernet, navnlig på grund af de ændringer, som virksomhederne i fusionen er fremkommet med.

102 Følgelig skal det andet anbringendes første led om, at der er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten angående den konkurrencemæssige situation på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, forkastes som ugrundet.

Det andet anbringendes andet led om den utilstrækkelige karakter af fastslåelsen af de faktiske omstændigheder i forbindelse med markedsundersøgelsen

103 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen under hensyn til de forudsætninger, hvorunder markedsundersøgelsen blev gennemført, ikke har været materielt i stand til at tage hensyn til resultaterne af denne med hensyn til markedsforholdene angående, navnlig, flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa.

104 Sagsøgeren har særligt anført, at Kommissionen den 16. juli 2009, inden for rammerne af markedsundersøgelsen, tilsendte Lufthansas og Austrians konkurrenter et spørgeskema, som skulle udfyldes senest den 24. juli 2009. Kommissionen anmodede i dette spørgeskema om et stort antal oplysninger, navnlig i forhold til flyforbindelserne til Østeuropa og Mellemøsten. Den 20. og 24. juli 2009 tilsendte Kommissionen udelukkende sagsøgeren en række andre spørgeskemaer, som skulle udfyldes senest den 27. og 30. juli 2009.

105 Senere fremsendte Lufthansa den 27. juli 2009 reviderede tilbud om tilsagn, som var mindre omfattende end dem, der var blevet tilbudt under fase I i fusionsundersøgelsen vedrørende tilrådighedsstillelsen af afgang- og ankomsttidspunkter, idet de ikke længere indebar en overdragelse af afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-Zürich (Schweiz), selv om Kommissionen havde anset tilbuddene om tilsagn i fase I for utilstrækkelige, således som dette fremgik af indledningen af fase II i undersøgelsen.

106 Ifølge sagsøgeren tilsendte Kommissionen allerede den 27. juli 2009 konkurrenterne et spørgeskema vedrørende disse nye tilbud om tilsagn, som skulle udfyldes senest den 30. juli 2009. Sagsøgeren skulle i den sammenhæng være blevet informeret af en medarbejder i Kommissionens gruppe om, at de tidligere fremsendte spørgeskemaer ikke længere ville blive behandlet, og at der alene ville ske en behandling af de sidste tilbud om tilsagn, som Lufthansa havde fremsendt.

107 Sagsøgeren har desuden fremhævet, at den kommissær, der havde ansvaret for den omhandlede sag, Neelie Kroes – som det fremgår af en pressemeddelelse fra Kommissionen – den 31. juli 2009, dvs. kun én dag efter udløbet af fristen for udfyldelse af de sidste spørgeskemaer, gav sin gruppe instrukser om at forberede en beslutning om tilladelse til fusionen mellem Lufthansa og Austrian.

108 Det er derfor åbenbart, at Kommissionen ikke gik korrekt frem ved den undersøgelse af markedsforholdene, som den selv havde indledt, navnlig ikke i henseende til flyforbindelserne til Østeuropa.

109 Der skal i den forbindelse erindres om, at det tilkommer Kommissionen at bedømme, hvorvidt de oplysninger, som den råder over, er tilstrækkelige til den konkurrencemæssige analyse, ligesom det påhviler den at bedømme, hvorvidt de tilbudte tilsagn med en tilstrækkelig sikkerhed fjerner de påviste konkurrenceproblemer.

110 Hvad for det første angår sagsøgerens udsagn om, at Kommissionen ikke tog hensyn til besvarelsener af spørgeskemaet af 16. juli 2009 vedrørende flyforbindelserne til Østeuropa og Mellemøsten, skal det bemærkes, at det udelukkende hviler på en erklæring, som et medlem af Kommissionens tjenestegren med ansvar for sagen skulle have afgivet over for sagsøgeren. Det må imidlertid konstateres, at sagsøgeren ikke har ført noget bevis for en sådan erklæring, således at dette udsagn må forkastes som en simpel påstand uden bevismæssigt holdepunkt.

- 111 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke skulle have været i stand til at tage hensyn til besvarelsener af spørgeskemaerne vedrørende de nye tilsagn, som parterne havde tilbudt den 27. juli 2009, på grund af den korte tid, der var forløbet mellem fristen for besvarelse af disse spørgeskemaer og beslutningen fra kommissæren med ansvaret for sagen om at anmode sine tjenestegrene om at forberede en betinget godkendelsesbeslutning, skal det bemærkes, at Kommissionen i sine skriftlige indlæg har gjort gældende, at gennemgangen af besvarelsener af spørgeskemaerne angående disse tilsagn tog meget kort tid på grund af den ubetydelige karakter af de ændringer, der var sket i de tilsagn, som blev fremlagt af parterne i fusionen den 10. juli 2009.
- 112 Da sagsakterne hverken indeholder tilsagnene af 10. juli 2009 fra parterne i fusionen, spørgeskemaet af 27. juli 2009 angående tilsagnene af samme dag eller besvarelsener af dette spørgeskema, har Retten, som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse af 18. februar 2013, anmodet Kommissionen om at fremlægge disse dokumenter for at efterprøve den materielle mulighed for Kommissionens tjenestegrene for at tage hensyn til besvarelsener af spørgeskemaet af 27. juli 2009, inden kommissæren med ansvaret for den pågældende sag anmodede dem om at forberede en betinget godkendelsesbeslutning.
- 113 Kommissionen har den 22. marts 2013 fremlagt tilsagnene af 27. juli 2009 fra parterne i fusionen såvel som besvarelsener af spørgeskemaet af 27. juli 2009 angående de nævnte tilsagn, der blev modtaget senest tidligt om morgenen den 31. juli 2009. Kommissionen har i sin besvarelse af anmodningen om fremlæggelse af dokumenter angivet, at den i sin bedømmelse ligeledes havde taget de for sent indkomne besvarelsener i betragtning, dvs. de besvarelsener, der indkom om eftermiddagen den 31. juli 2009, og som ikke er blevet fremlagt, men at dette ikke havde ført til et anderledes resultat, således at den manglende inddragelse af disse besvarelsener inden kommissærkollegiets vedtagelse af den anfægtede beslutning ikke havde nogen konsekvenser. Kommissionen har derimod ikke fremlagt tilsagnene af 10. juli 2009.
- 114 Under disse omstændigheder har Retten, som en ny foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, anmodet Kommissionen om at fremlægge de tilsagn, som parterne i fusionen tilbød den 10. juli 2009, samt alle besvarelsener af det spørgeskema, der blev tilsendt markedsaktørerne den 27. juli 2009, som den endnu ikke havde fremlagt. Kommissionen har efterkommet denne anmodning den 19. august 2013.
- 115 En sammenholdelse af tilsagnene af 10. og 27. juli 2009 fra parterne i fusionen giver grundlag for at fastslå, at forskellene mellem disse alene er begrænset til parterne i fusionens tilrådighedsstillelse af afgang- og ankomsttidspunkter for flyforbindelserne mellem identificerede bypar. Det skal særligt bemærkes, at tilsagnene af 27. juli 2009 indebar en tilrådighedsstillelse for nye aktører på markedet af fire afgang- og ankomsttidspunkter pr. dag på forbindelsen Wien-München, mens tilsagnene af 10. juli 2009 indebar en tilrådighedsstillelse af to daglige afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-Genève. De nærmere bestemmelser om revision af de eksisterende aftaler mellem Lufthansa og sagsøgeren vedrørende tilrådighedsstillelsen af afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main for at afspejle Lufthansas tilsagn adskiller sig på tilsvarende vis ganske lidt fra hinanden (punkt 1.1.1 og 1.1.3 i de to på hinanden følgende versioner af tilsagnene). På baggrund af samtlige de af parterne i fusionen afgivne tilsagn må det lægges til grund, at disse ændringer kan kvalificeres som ubetydelige, og det uagtet deres særlige betydning for sagsøgeren.
- 116 Til trods for det store antal besvarelsener, som Kommissionen modtog af det spørgeskema, der blev tilsendt markedsaktørerne den 27. juli 2009, synes analysen af disse besvarelsener derfor ikke at have udgjort en umulig opgave at udføre for Kommissionens tjenestegrene, inden kommissæren med ansvaret for den pågældende sag på grundlag af bl.a. denne analyse anmodede dem om at forberede en betinget godkendelsesbeslutning.
- 117 Det følger heraf, at det andet anbringendes andet led, og følgelig det andet anbringende i sin helhed, skal forkastes som ugrundet.

2. Det første anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1 og 3, EF, af fusionsforordningens artikel 8, og af retningslinjerne fra 2004

- 118 Det første anbringende består af fem led. Med det første led gøres det gældende, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til afgrænsningen af det relevante geografiske marked med henblik på bedømmelsen af de konkurrencemæssige virkninger af fusionen. Med det andet led gøres det gældende, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn vedrørende de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på flyforbindelserne mellem Tyskland og Østrig. Med det tredje led gøres det gældende, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn angående følgerne af fusionen for flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU. Med det fjerde led gøres det gældende, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forhold til Lufthansas og Austrians konkurrenters evne til at forblive eller indtræde på det relevante marked efter fusionen. Med det femte led gøres det gældende, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i henseende til tilsagnetenes egnethed til at afhjælpe de ved fusionen skabte konkurrenceproblemer.

Det første anbringendes første led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til afgrænsningen af det relevante geografiske marked

- 119 Sagsøgeren har i det væsentlige kritiseret Kommissionen for at have afgrænset det relevante geografiske marked ud fra A&A-fremgangsmåden og for ikke at have gjort brug af en mere samlet tilgang til det relevante geografiske marked, som ville have været mere hensigtsmæssig med henblik på bedømmelsen af fusionens virkninger på konkurrencen mellem to luftfartsselskaber med rutenet, såsom Lufthansa og Austrian.

Kommissionens afgrænsning af markedet ud fra A&A-fremgangsmåden

- 120 Det skal indledningsvis bemærkes, at del 6 i den CO-formular til anmeldelse af en fusion efter fusionsforordningen, der er opført i bilag I til Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004 om gennemførelse af [fusionsforordningen] (EUT L 133, s. 1), bestemmer, at »[d]et er det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked, der danner grundlag for vurderingen af den nye virksomheds markedsstyrke efter fusionen«.

- 121 Følgende præciseres i den nævnte del 6 under afsnittet »I. Relevante produktmarkeder«:

»Ved et relevant produktmarked forstås markedet for alle de varer og/eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål [...]

Blandt de faktorer, der er af betydning for vurderingen af det relevante produktmarked, indgår en analyse af, hvorfor de pågældende varer og tjenesteydelser henføres til dette marked, og hvorfor andre ikke henføres hertil, på grundlag af ovennævnte definition og under hensyn til f.eks. substituerbarhed, konkurrencevilkår, priser, krydspriselasticitet på efterspørgselssiden eller andre faktorer af relevans for afgrænsningen af produktmarkederne (f.eks. udbudssubstitution).«

- 122 Følgende angives i samme del 6 under afsnittet »II. Relevante geografiske markeder«:

»Ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de deltagende virksomheder udbyder og efterspørger de pågældende varer og tjenesteydelser, hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt homogene, og som kan adskilles fra tilgrænsende geografiske områder på grund af især væsentlige forskelle i konkurrencevilkårene.

Blandt de faktorer, der er af betydning for vurderingen af det relevante geografiske marked, indgår de pågældende varers eller tjenesteydelsers art og egenskaber, adgangsbarrierer, forbrugerpræferencer, betydelige forskelle i virksomhedernes markedsandele i dette og tilgrænsende geografiske områder eller væsentlige prisforskelle.«

123 Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372, s. 5, herefter »meddelelsen om afgrænsning af markedet«), som der henvises til i den CO-formular, der er indeholdt i bilag I til forordning nr. 802/2004, præciserer grundprincipperne for markedsafgrænsningen.

124 Hvad angår konkurrencebegrænsninger angives således følgende i punkt 13 i meddelelsen om afgrænsning af markedet:

»Der findes tre hovedårsager til de konkurrencebegrænsninger, virksomhederne udsættes for, nemlig efterspørgselssubstitution, udbudssubstitution og potentiel konkurrence. Ved afgrænsning af det relevante marked har efterspørgselssubstitution ud fra et økonomisk synspunkt den mest umiddelbare og effektive disciplinerende indflydelse på leverandørerne af et givet produkt og især på deres prissætning [...]«

125 Endvidere anføres følgende i punkt 14 i meddelelsen om afgrænsning af markedet:

»De konkurrencebegrænsninger, som opstår ved udbudssubstitution – dog ikke de i punkt 20-23 anførte – og potentiel konkurrence, er generelt mindre direkte og kræver under alle omstændigheder, at der foretages en analyse af andre faktorer. Sådanne begrænsninger tages derfor i betragtning ved konkurrencevurderingen.«

126 Meddelelsen om afgrænsning af markedet definerer dernæst, hvad der skal forstås ved efterspørgselssubstitution, udbudssubstitution og potentiel konkurrence.

127 Således angives følgende i punkt 15 i meddelelsen om afgrænsning af markedet:

»Ved vurderingen af efterspørgselssubstitution fastlægges en række produkter, som forbrugerne betragter som substitutionsprodukter. Dette kan f.eks. ske ved et tankeeksperiment, hvor man forestiller sig en lille, varig stigning i de relative priser og vurderer kundernes sandsynlige reaktion på denne stigning. Ved markedsafgrænsningen koncentrerer man sig af praktiske årsager om priserne og især om efterspørgselssubstitution, der skyldes små, varige ændringer i de relative priser [...]«

128 Ifølge ordlyden af punkt 16 i meddelelsen om afgrænsning af markedet betyder denne metode, »at det med udgangspunkt i de produkter, som de involverede virksomheder sælger, og det område, hvor de sælger dem, kan fastslås, at yderligere produkter og områder skal medtages eller udelukkes ved markedsafgrænsningen afhængigt af, om den konkurrence, som disse øvrige produkter og områder medfører, påvirker eller begrænser prisfastsættelsen på parternes produkter tilstrækkeligt på kort sigt«.

129 Inden for rammerne af den ovennævnte metode præciserer punkt 17 i meddelelsen om afgrænsning af markedet følgende:

»Det afgørende spørgsmål er, om [parterne i fusionens] kunder ville skifte til lettilgængelige substitutionsprodukter eller leverandører andre steder på grund af en hypotetisk, lille (i størrelsesordenen 5-10%) varig stigning i den relative pris på de pågældende produkter og i de pågældende områder. Hvis substitutionen er tilstrækkelig til at gøre prisstigningen urentabel på grund af den omsætningsnedgang, den medfører, medtages yderligere substitutionsprodukter og områder i det relevante marked, indtil man opnår en bestemt række produkter og geografiske områder, hvor små, varige stigninger i de relative priser ville være rentable [...]«

130 I punkt 20 i meddelelsen om afgrænsning af markedet omtales udbudssubstitution på følgende måde:

»Udbudssubstitution kan også tages i betragtning ved markedsafgrænsning i de situationer, hvor den har de samme effektive og direkte virkninger som efterspørgselssubstitution. Dette forudsætter, at leverandørerne som reaktion på små, varige ændringer i de relative priser omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt [...], uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici. Når disse betingelser er opfyldt, vil den yderligere produktion, der markedsføres, få en disciplinerende virkning på de involverede virksomheders konkurrencemæssige adfærd. Sådanne effektive og direkte virkninger svarer til virkningerne af efterspørgselssubstitution.«

131 I punkt 21 i meddelelsen om afgrænsning af markedet anføres følgende:

»Disse situationer opstår typisk, når virksomhederne markedsfører et produkt i en lang række forskellige kvaliteter. Selv om de forskellige kvaliteter ikke er substituerbare for en bestemt endelig forbruger eller en bestemt gruppe af forbrugere, vil de forskellige kvaliteter blive betragtet som et produktmarked, forudsat at de fleste leverandører kan tilbyde og sælge de forskellige kvaliteter omgående og uden væsentlig stigning i omkostningerne som beskrevet ovenfor. I så fald vil det relevante produktmarked omfatte alle produkter, der er efterspørgsels- og udbudssubstituerbare, og den løbende omsætning af disse produkter vil blive lagt sammen med henblik på en værdimæssig eller mængdemæssig beregning af det samlede marked. Med samme begrundelse kan man samle forskellige geografiske områder under et.«

132 Derimod angives følgende i punkt 24 i meddelelsen om afgrænsning af markedet:

»Den tredje årsag til konkurrencebegrænsninger, nemlig den potentielle konkurrence, tages ikke i betragtning ved markedsafgrænsningen. Om den potentielle konkurrence rent faktisk vil medføre en effektiv konkurrencebegrænsning kan nemlig kun fastslås ved en analyse af bestemte faktorer og forhold i forbindelse med betingelserne for adgang til markedet. En sådan analyse gennemføres eventuelt først på et senere tidspunkt, normalt når de involverede virksomheders stilling på det relevante marked allerede er blevet fastslået, og denne stilling giver anledning til betænkeligheder ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt.«

133 EU's retsinstanser har allerede præciseret, hvorledes det relevante marked skal afgrænses inden for den særlige sektor for ruteflyvninger med passagerer i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF.

134 Det følger således af retspraksis, at artikel 82 EF under visse omstændigheder kan omfatte billetpriser, der anvendes på en eller flere flyruter, når disse billetpriser er blevet fastsat ved bilaterale eller multilaterale aftaler mellem luftfartsselskaber, såfremt de i artiklen fastsatte betingelser er opfyldt (jf. analogt dom af 11.4.1989, sag 66/86, Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml., EU:C:1989:140, præmis 38).

135 Ved bedømmelsen af, om et luftfartsselskab, som driver ruteflyvning, har en dominerende stilling på markedet, er det nødvendigt først at afgrænse markedet for de pågældende befordringsydelse. Der eksisterer i den forbindelse to opfattelser: Den første er, at ruteflysektoren udgør et særskilt marked, mens den anden er, at også de alternative transportmuligheder, såsom charterfly-, jernbane- eller landevejstrafik, må tages i betragtning, samt flyvning på andre ruter, der kan komme på tale som substitution (jf. analogt dom Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, nævnt ovenfor i præmis 134, EU:C:1989:140, præmis 39).

136 Det afgørende kriterium er i denne henseende, om en flyrute på en bestemt strækning er så speciel i forhold til alternative transportmuligheder, at disse kun i ringe omfang er substituerbare med og kun i ringe omfang konkurrerer med flyruten (jf. analogt dom Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, nævnt ovenfor i præmis 134, EU:C:1989:140, præmis 40).

- 137 Anvendelsen af dette kriterium fører ikke nødvendigvis til ens resultater i de forskellige tilfælde, der kan foreligge; på bestemte flystrækninger er ingen effektiv konkurrence mulig. Principielt kan dog, og især på ruter inden for Fællesskabet, et luftfartsselskabs økonomiske magt på en flyrute afhænge af konkurrencesituationen for andre luftfartsselskaber, der beflyver den samme rute eller en rute, der kan tjene som substitution (jf. analogt dom Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, nævnt ovenfor i præmis 134, EU:C:1989:140, præmis 41).
- 138 Som det fremgår af den anfægtede beslutning, har Kommissionen i forbindelse med kontrollen med fusioner inden for sektoren for ruteflyvninger med passagerer udviklet A&A-fremgangsmåden, som svarer til en fremgangsmåde med bypar efter »afgangsstedet/ankomststedet«, og som afspejler det efterspørgselssynspunkt, ifølge hvilket forbrugerne overvejer alle valgmulighederne, herunder forskellige transportformer, for at begive sig fra en afgangsbay til en ankomstby. Ifølge denne fremgangsmåde udgør hver kombination af et afgangssted og et ankomststed et særskilt marked. Som Kommissionen har fremhævet, anerkender de nationale konkurrencemyndigheder A&A-fremgangsmåden (jf. f.eks. den franske konkurrencemyndigheds afgørelse 09-DCC-17 af 7.7.2009, Financière LMP SAS/Financière Linair SAS/Brit Air SA, punkt 22, samt det belgiske konkurrenceråds afgørelse af 24.12.2004, SN Airholding II/Virgin Express, punkt 4.2).
- 139 A&A-fremgangsmådens overensstemmelse med de af retspraksis fastlagte retningslinjer blev bekræftet af Retten i dom af 19. maj 1994, Air France mod Kommissionen (sag T-2/93, Sml, EU:T:1994:55, præmis 84), og gentaget i den senere dom af 4. juli 2006, easyJet mod Kommissionen (sag T-177/04, Sml., EU:T:2006:187, præmis 56). Det skal i den forbindelse bemærkes, at den anfægtede beslutning i den ovennævnte dom easyJet mod Kommissionen (EU:T:2006:187) vedrørte en fusion mellem to luftfartsselskaber med rutenet, nemlig Air France og KLM.
- 140 Følgelig kan klagepunktet om anvendelsen af A&A-fremgangsmåden til afgrænsningen af markedet forkastes som ugrundet alene på grundlag af den ovenfor angivne retspraksis.
- 141 De forskellige argumenter, som sagsøgeren har fremført, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.
- 142 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke anvendte A&A-fremgangsmåden i Lufthansa/BMI-beslutningen, skal det påpeges, at når Kommissionen tager stilling til en fusions forenelighed med fællesmarkedet på grundlag af anmeldelsen og de øvrige dokumenter vedrørende fusionen, kan en sagsøger ikke drage Kommissionens konstateringer i tvivl med den begrundelse, at de afviger fra tidligere konstateringer i en anden sag, der bygger på en anden anmeldelse og andre dokumenter, heller ikke selv om markederne i de to sager ligner hinanden eller er identiske. De argumenter i den foreliggende sag, hvor sagsøgeren påberåber sig Kommissionens analyser i tidligere beslutninger, er således irrelevante (dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml., EU:T:2005:456, præmis 118).
- 143 Selv om det antages, at dette klagepunkt kan ændres til en påstand om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, kan virksomhederne ikke have en berettiget forventning om, at en tidligere beslutningspraksis, som kan ændres, vil blive opretholdt. De kan så meget desto mindre påberåbe sig en berettiget forventning med henblik på at bestride konstateringer eller vurderinger foretaget i en bestemt sag under henvisning til konstateringer eller vurderinger, der er foretaget i en enkelt tidligere sag (dom General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 142, EU:T:2005:456, præmis 119).
- 144 Under alle omstændigheder er hverken Kommissionen eller – så meget desto mindre – Retten i den foreliggende sag bundet af konstateringerne af faktiske omstændigheder og de økonomiske vurderinger i Lufthansa/BMI-beslutningen. Selv om det antages, at analysen i de to beslutninger er forskellig, uden at denne forskel er objektivt begrundet, skal Retten kun annullere den i den

foreliggende sag anfægtede beslutning, såfremt denne, og ikke Lufthansa/BMI-beslutningen, er behæftet med fejl (dom General Electric mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 142, EU:T:2005:456, præmis 120).

- 145 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at A&A-fremgangsmåden, der blev anvendt i den anfægtede beslutning til at afgrænse det relevante marked, ikke svarer til den markedsafgrænsning, som Kommissionen anvendte i beslutningen om omstruktureringsplanen, skal det bemærkes, at selv om hver af disse beslutninger angår de betingelser, på hvilke Lufthansa overtog Austrian, forholder det sig ikke desto mindre således, at de adskiller sig fra hinanden ved såvel deres genstand, godkendelsen af en statsstøtte i den ene sag, godkendelsen af en fusion i den anden, som ved deres retsgrundlag, artikel 88, stk. 2, første afsnit, EF i den ene sag, og fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, i den anden.
- 146 Kommissionen skal i forbindelse med undersøgelsen af statsstøtte, der kan godkendes i henhold til artikel 87, stk. 3, litra c), EF, påse, at den pågældende støtte ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse. De korregerende foranstaltninger, som Kommissionen kan pålægge for at godkende en sådan statsstøtte, står således i forhold til den måde, hvorpå den pågældende støtte kan påvirke samhandelsvilkårene. I tilfældet med beslutningen om omstruktureringsplanen tilsigter den pågældende støtte at sikre afviklingen af Austrians gæld og indgår i en omstruktureringsplan, der har til formål at sikre dette selskabs tilbagevenden til en langsigtet levedygtighed. Virkningerne af denne støtte er således ikke begrænset til et særligt marked, på hvilket Austrian er til stede, men omfatter dette selskabs samlede situation. Dette er grunden til, at de korregerende foranstaltninger, som Kommissionen pålagde i beslutningen om omstruktureringsplanen, nemlig reduktionen af antallet af sæder/km og begrænsningen af Austrians vækst i en bestemt periode, ikke angår et særligt marked, men snarere Austrians evne til at forstyrre samhandelsvilkårene som helhed. Det er således præciseret i fodnote nr. 1 til meddelelsen om afgrænsning af markedet, at »[i] statsstøttesager er vurderingen snarere koncentreret om støttemodtageren og den pågældende industri/sector end på indkredsning af de konkurrencebegrænsninger, støttemodtageren udsættes for [...]«.
- 147 I forbindelse med kontrollen med fusioner skal Kommissionen derimod, i medfør af fusionsforordningens artikel 2, stk. 2 og 3, sikre sig, at fusionen ikke bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Vurderingen er derfor koncentreret om fusionens virkning på konkurrencebegrænsningen. Dette er grunden til, at de tilsagn, der blev tilbudt af parterne, som foretog anmeldelsen, og som Kommissionen accepterede i den anfægtede beslutning, tilsigter at afhjælpe de ved fusionen skabte konkurrenceproblemer på de markeder, på hvilke de nævnte parter konkurrerede inden fusionen.
- 148 Det følger heraf, at afgrænsningen af det relevante marked i den anfægtede beslutning ud fra en A&A-fremgangsmåde – i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende – på ingen måde er i modstrid med den samlede opfattelse af det marked, der kan påvirkes af den statsstøtte, der blev ydet Lufthansa i beslutningen om omstruktureringsplanen.
- 149 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argumenter om, at det var med urette, at Kommissionen begrundede valget af A&A-fremgangsmåden til at afgrænse det relevante marked med resultaterne af markedsundersøgelsen, må det konstateres, at disse argumenter, som Kommissionen med rette har gjort gældende, er blevet fremført for første gang i replikken.
- 150 Det skal dog bemærkes, at disse argumenter tilsigter at rejse tvivl om Kommissionens fortolkning af resultaterne af markedsundersøgelsen, som denne har fremlagt for første gang i bilaget til svarskriftet. Sådanne argumenter kan følgelig antages til realitetsbehandling i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, eftersom de støttes på omstændigheder, som først er kommet frem under retsforhandlingerne (jf. i denne retning dom af 28.9.1999, sag T-141/97, Yasse mod EIB, Sml. Pers., EU:T:1999:177, præmis 126-128). Følgelig skal den materielle rigtighed af disse argumenter undersøges.

- 151 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke gennem markedsundersøgelsen indhentede faktuelle oplysninger, som ville have gjort det muligt for denne at efterprøve, hvorvidt A&A-fremgangsmåden var hensigtsmæssig i det foreliggende tilfælde, men begrænsede sig til at spørge de adspurgte aktører, om de godkendte denne fremgangsmåde, således at valget af denne metode alene var resultatet af en afstemning blandt disse aktører.
- 152 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren, som det fremgår af stævningens punkt 56, ikke har anfægtet hensigtsmæssigheden af den af Kommissionen i tidligere fusionssager benyttede A&A-fremgangsmåde. Selskabet har således implicit anerkendt, at anvendelsen af A&A-fremgangsmåden til at identificere det relevante marked inden for sektoren for ruteflyvninger med passagerer udgør en fast praksis. Desuden har Retten, som anført i præmis 139 ovenfor, udtalt, at A&A-fremgangsmåden udgjorde en hensigtsmæssig fremgangsmåde til at afgrænse det relevante marked inden for sektoren for ruteflyvninger med passagerer. Det fremgår endvidere af bilag B1 til svarskriftet – der svarer til en del af resultaterne fra den i den foreliggende sag gennemførte markedsundersøgelse – at Kommissionen under fase I i markedsanalysen ikke blot spurgte konkurrenterne, virksomhedskunderne og rejsebureauerne, hvorvidt de var enige i den traditionelle A&A-fremgangsmåde baseret på substituerbarhed på efterspørgselssiden, men at den desuden anmodede dem om at føje kommentarer til deres besvarelser, hvilket de i øvrigt gjorde, som sagsøgeren selv har anerkendt. Følgelig kan det, i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, ikke lægges til grund, at markedsanalysen i det foreliggende tilfælde begrænsede sig til en indhentning af resultatet af en stemmeafgivning blandt deltagerne i markedsundersøgelsen om hensigtsmæssigheden af A&A-fremgangsmåden.
- 153 Sagsøgeren har dernæst gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne anvende besvarelserne fra de aktører, der var blevet adspurgt i forbindelse med markedsundersøgelsen, til at begrunde brugen af A&A-fremgangsmåden, eftersom markedsundersøgelsen ikke var repræsentativ, henset til det lave antal adspurgte aktører i forhold til de tusinder af aktive aktører på det relevante marked.
- 154 Det skal i den anledning bemærkes, at Kommissionen, som det tillige fremgår af bilag B1 til svarskriftet, adspurgte 31 virksomheder, der var konkurrenter til parterne i fusionen, herunder sagsøgeren, 35 virksomhedskunder og 18 rejsebureauer. For at vurdere, hvorvidt resultaterne af markedsundersøgelsen var repræsentative på dette punkt, skal der tages hensyn til de forudsætninger, hvorunder denne undersøgelse blev gennemført.
- 155 Idet bilag B1 til svarskriftet hverken rummer nogen angivelse af det samlede antal aktører, som Kommissionen adspurgte om hensigtsmæssigheden af A&A-fremgangsmåden, eller af identiteten eller den relative vægt af deltagerne i markedsundersøgelsen inden for sektoren for ruteflyvninger med passagerer, har Retten den 18. februar 2013 anmodet Kommissionen om at få oplyst, hvilken metode der var blevet benyttet for at sikre repræsentativiteten af de besvarelser, der blev afgivet af konkurrenterne, virksomhedskunderne og rejsebureauerne i forbindelse med den markedsundersøgelse, der blev gennemført i løbet af fase I i undersøgelsen af fusionen.
- 156 Kommissionen har i sin besvarelse af denne foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse angivet, at de virksomheder, som den havde adspurgt i forbindelse med markedsundersøgelsen, var konkurrenterne, de potentielle konkurrenter og de største af fusionsparterne uafhængige kunder, hvis data blev fremlagt for den af de anmeldende parter i henhold til punkt 7.3, 8.9 og 8.6 i den CO-formular, der er indeholdt i bilag I til forordning nr. 802/2004, og som der er henvist til i samme forordnings artikel 3, stk. 1, og artikel 4, stk. 1. Kommissionen præciserede på grundlag af sit eget kendskab til markedet, som udsprang af undersøgelsen af talrige andre fusionsprojekter inden for sektoren for lufttransport, at der blandt de omhandlede virksomheder befandt sig alle de luftfartsselskaber, der var i konkurrence med fusionsparterne på de i beslutningen identificerede markeder, samt hovedparten af de større virksomhedskunder og rejsebureauer. Kommissionen fremhævede desuden, at det blotte numeriske forhold, dvs. forholdet mellem de positive besvarelser og de negative besvarelser af et spørgsmål, ikke var afgørende med henblik på vurderingen af

fusionsprojektet. Kommissionen foretager snarere en samlet vurdering, i hvilken kan indgå forskellige faktorer såsom begrundelserne for det afgivne svar, den adspurgte virksomheds forventede kendskab under hensyn til omstændighederne (f.eks. varigheden af en virksomheds tilstedeværelse på markedet, dens betydning som konkurrent eller kunde til parterne i fusionen eller dens konkrete virksomhedsområde), eller hver adspurgt virksomheds særlige interesser (f.eks. en konkurrents interesse i at forhindre fusionen under hensyn til sin egen ekspansionspolitik eller interesse i at købe afgang- og ankomsttidspunkter, der er blevet stillet til rådighed i tilfælde af tilsagn). Ifølge Kommissionen havde den, for at opnå et så repræsentativt billede som muligt af forholdene på markedet, ligeledes vendt sig mod andre erfarne aktører på markedet (f.eks. lufthavne, luftfartsmyndigheder og koordinatore af afgang- og ankomsttidspunkter). Hertil blev ifølge Kommissionen føjet en økonomisk analyse af objektive data. Kommissionen præciserede tillige, at markedsundersøgelsens repræsentativitet også blev sikret ved meddelelsen om anmeldelsen af fusionen, som omhandlet i artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, hvorved interesserede tredjeparter opfordres til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger om fusionsprojektet over for Kommissionen.

- 157 Sagsøgeren blev under retsmødet opfordret til at tage stilling til de af Kommissionen fremlagte supplerende oplysninger om markedsundersøgelsens repræsentativitet og begrænsede sig til at gøre gældende, at det – eftersom identiteten af deltagerne i markedsundersøgelsen ikke var angivet – ikke var muligt at bedømme, hvorvidt disse deltagere var aktive på de omhandlede forbindelser, og hvorvidt markedsundersøgelsen derfor var repræsentativ.
- 158 Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at påpege, at markedsundersøgelsen, i modsætning til, hvad sagsøgeren synes at lægge til grund, ikke er begrænset til de anmeldende parter konkurrenter på det relevante geografiske marked, men ligeledes omfatter de potentielle konkurrenter såvel som kunderne til de anmeldende parter på dette marked.
- 159 Retten finder under disse omstændigheder, at sagsøgerens udsagn om markedsundersøgelsens manglende repræsentativitet må forkastes som ugrundet.
- 160 Endelig skal sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til det forhold, at et stort antal konkurrenter i forbindelse med markedsundersøgelsen gav udtryk for nødvendigheden af at tage hensyn til virkningerne af rutenettet, ligeledes forkastes.
- 161 Det skal således bemærkes, at fase I i markedsundersøgelsen – som det fremgår af bilag B1 til svarskriftet – viste, at et bredt flertal af deltagerne i markedsundersøgelsen (i det foreliggende tilfælde 22 konkurrenter ud af 31, 15 rejsebureauer ud af 18 og 31 virksomhedskunder ud af 35) erklærede at være enige i den traditionelle A&A-fremgangsmåde baseret på substituerbarhed på efterspørgselssiden.
- 162 Det fremgår tillige af bilag B1 til svarskriftet, at blandt de 31 konkurrenter, der har besvaret spørgsmål nr. 7 i markedsundersøgelsen, som består i at fastslå deres eventuelle enighed i anvendelsen af A&A-fremgangsmåden, har seks klart udtrykt tvivl om denne fremgangsmådes egnethed til at tage højde for konkurrencen mellem rutenet (i det foreliggende tilfælde deltagerne nr. 2, 3, 12, 19, 22 og 30 i markedsundersøgelsen), og tre har givet udtryk for deres bekymringer med hensyn til den forstærkede position for den ved fusionen skabte enhed på en bestemt lufthavn (i det foreliggende tilfælde deltagerne nr. 4, 7 og 10 i markedsundersøgelsen). Ud af de seks markedsundersøgelsesdeltagere, der har udtrykt tvivl om A&A-fremgangsmådens egnethed til at tage højde for konkurrencen mellem rutenet, har tre dog svaret bekræftende på det stillede spørgsmål (i det foreliggende tilfælde deltagerne nr. 2, 12 og 19 i markedsundersøgelsen). Ud af de tre markedsundersøgelsesdeltagere, der har givet udtryk for deres bekymring med hensyn til den forstærkede position for den ved fusionen skabte enhed på en lufthavn, har en svaret bekræftende på spørgsmål nr. 7 (i det foreliggende tilfælde markedsundersøgelsesdeltager nr. 7). Det følger heraf, at

ud af de ni markedsundersøgelsesdeltagere, der har givet udtryk for deres bekymringer med hensyn til nødvendigheden af at tage højde for konkurrencen mellem rutenet og for den ved fusionen skabte enheds stærke position på visse lufthavne, har kun fem svaret benægtende på spørgsmål nr. 7.

- 163 Det fremgår ydermere af bilag B1 til svarskriftet, at ingen af de rejsebureauer eller virksomhedskunder, der har besvaret spørgsmål nr. 7, har afgivet den mindste kommentar vedrørende nødvendigheden af at medregne konkurrencen mellem de berørte selskabers rutenet.
- 164 Det følger heraf, at ud af 81 markedsundersøgelsesdeltagere har kun fem udtrykt deres uenighed i brugen af A&A-fremgangsmåden med den begrundelse, at denne fremgangsmåde ikke gav mulighed for at tage hensyn til virkningerne af rutenettet.
- 165 Det skal i øvrigt fastslås, at Kommissionen i 269. betragtning til den anfægtede beslutning henviste til visse markedsundersøgelsesdeltageres bekymringer under fase I i den nævnte undersøgelse »med hensyn til [Lufthansas] og [Austrians] stærke position på markedet i [Central- og Østeuropa], henset til navnlig den kontrol, som transaktionen vil give [Lufthansa] på en meget væsentlig del af et »centraleuropæisk marked«, navnlig som følge af, at disse selskaber kontrollerer de vigtigste trafikknudepunkter, der betjener [Central- og Østeuropa], og at de har meget udviklede rutenet i denne region«. Kommissionen præciserede imidlertid, at »[r]esultaterne af den mere dybtgående fase II i markedsundersøgelsen har dog vist, at flertallet af især virksomhedskunderne ikke ser nogen negativ indvirkning af en potentielt forstærket position for den ved fusionen skabte enhed for de flyvninger, der betjener [Central- og Østeuropa], og har angivet eksisterende alternative konkurrenter«.
- 166 Under disse omstændigheder må sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke tog hensyn til kommentarerne fra talrige konkurrenter om, at A&A-fremgangsmåden ikke gav mulighed for at bedømme konkurrencen mellem nettene, forkastes som ugrundet.
- 167 Hvad for det fjerde og sidste angår sagsøgerens argument om, at den opfattelse, at konkurrencen mellem luftfartsselskaber udelukkende finder sted på visse bestemte forbindelser, afkræftes af forekomsten af kundeloyalitetsprogrammer og rabatordninger, der er tiltænkt forretningskunder, rejsebureauer og rejsearrangører, skal det bemærkes, at dette argument er blevet fremført for første gang i sagsøgerens bemærkninger til Republikken Østrigs og Lufthansas interventionsindlæg. Det skal tillige bemærkes, at det ikke har til formål at besvare et specifikt argument fra intervenienterne. Følgelig, og for så vidt som sagsøgeren ikke har anført nogen retlige eller faktiske omstændigheder, der er fremkommet under retsforhandlingerne, som begrundelse for den forsinkede fremsættelse af dette argument, må argumentet afvises fra realitetsbehandling, da det er blevet gjort gældende for sent i forhold til kravene i artikel 44, stk. 1, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, i procesreglementet (jf. i denne retning dom af 8.3.2007, sag T-340/04, France Télécom mod Kommissionen, Sml., EU:T:2007:81, præmis 164).
- 168 På baggrund af de ovenstående betragtninger må det konstateres, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen skulle have foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at anvende A&A-fremgangsmåden til at afgrænse det relevante marked.

Om den manglende analyse af de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på det relevante geografiske og ud fra en »samlet tilgang« definerede marked

- 169 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for ikke at have analyseret de konkurrencemæssige virkninger af den omhandlede fusion på det relevante geografiske marked, defineret ud fra en samlet tilgang som omfattende hele det område, i hvilket Lufthansa og Austrian driver deres rutenet eller tilbyder en adgang til deres rutenet via trafikknudepunkter eller baser. En sådan tilgang ville gøre det muligt at tage hensyn til efterspørgselssubstitutionen, ved at basere sig på kundernes forventninger, såvel som til udbudssubstitutionen, ved at basere sig på luftfartsselskabernes udbudsstruktur.

- 170 Hvad angår luftfartsselskabernes udbudsstruktur har sagsøgeren gjort gældende, at et luftfartsselskabs rutenet er en afgørende faktor for forretningskunderne samt for rejsebureauerne og rejsearrangørerne. På tilsvarende vis gør et luftfartsselskabs rutenetorganisering det muligt for dette at tiltrække flere passagerer fra de små lufthavne ved at give disse lufthavne adgang til trafikknudepunkter, hvorfra de kan drage fordel af et bredt udvalg af destinationer. Navnlige på markedet for direkte salg af flyvninger inden for turismesektoren påvirkes udbudsstrukturen ydermere af evnen for et luftfartsselskab med et rutenet til at anvende underbudspriser på visse forbindelser.
- 171 Ifølge sagsøgeren giver alene denne samlede tilgang til det relevante geografiske marked mulighed for at forstå forstærkningen af markedsdominansfaktorerne til fordel for den ved den omhandlede fusion skabte enhed, og disse faktorer er ikke blevet inddraget af Kommissionen på »markedet i hele Centraleuropa« og på »det regionale marked mellem Østrig og Tyskland«.
- 172 Det skal i den forbindelse bemærkes, at Kommissionen, navnlig i henhold til fusionsforordningens artikel 2, skal undersøge de konkurrencemæssige virkninger af en fusion på de markeder, for hvilke der består en risiko for en betydelig hæmning af den effektive konkurrence, navnlig som følge af, at en dominerende stilling skabes eller styrkes (jf. i denne retning dom *easyJet* mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 63).
- 173 Selv om den konkurrencemæssige undersøgelse, som Kommissionen foretager, delvis ledes af de betænkeligheder, som er blevet rejst af tredjemænd, der er blevet hørt under den administrative procedure, skal denne, selv uden nogen udtrykkelig tilskyndelse fra disse tredjemænd, men i lyset af tungvejende indicier, påvise de konkurrencemæssige problemer, som fusionen skaber på samtlige markeder, der kan blive berørt deraf (jf. i denne retning dom *easyJet* mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 64).
- 174 Ikke desto mindre bemærkes, at når det gøres gældende, at Kommissionen ikke har taget et eventuelt konkurrencemæssigt problem i betragtning på andre markeder end dem, som den konkurrencemæssige undersøgelse har omhandlet, påhviler det sagsøgeren at tilvejebringe tungvejende indicier, som konkret kan godtgøre, at der foreligger et konkurrencemæssigt problem, som på grund af sin virkning skulle have været undersøgt af Kommissionen (jf. i denne retning dom *easyJet* mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 65).
- 175 For at opfylde dette krav påhviler det sagsøgeren at identificere de relevante markeder, at beskrive konkurrencesituationen uden fusionen og at angive, hvad der ville være de sandsynlige virkninger af en fusion med hensyn til konkurrencesituationen på disse markeder (jf. i denne retning dom *easyJet* mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 66).
- 176 Det skal i den anledning ligeledes bemærkes, at der i henhold til del 6, afsnittet »II. Relevante geografiske markeder«, i den CO-formular, der er indeholdt i bilag I til forordning nr. 802/2004, ved det relevante geografiske marked forstås det område, hvor de deltagende virksomheder udbyder og efterspørger de pågældende varer og tjenesteydelser, hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt homogene, og som kan adskilles fra tilgrænsende geografiske områder på grund af især væsentlige forskelle i konkurrencevilkårene. Det præciseres, at blandt de faktorer, der er af betydning for afgrænsningen af det relevante geografiske marked, indgår de pågældende varers eller tjenesteydelsers art og egenskaber, adgangsbarrierer, forbrugerpræferencer, betydelige forskelle i virksomhedernes markedsandele i dette og tilgrænsende geografiske områder eller væsentlige prisforskelle.
- 177 I det foreliggende tilfælde skal det imidlertid for det første bemærkes, at den af sagsøgeren foreslåede afgrænsning af det geografiske marked savner præcision i selve sin ordlyd.
- 178 Denne afgrænsning hviler således på den opfattelse, at det relevante marked skulle omfatte samtlige de geografiske områder, hvorfra det er muligt at få adgang til Lufthansas og Austrians rutenet. Sagsøgeren har imidlertid ikke klart angivet, hvorvidt selskabet her henviser til de geografiske områder, hvorfra det

er muligt at få adgang til begge disse to rutenet, eller alene til de geografiske områder, hvorfra det er muligt at få adgang til ét af disse to rutenet. Sagsøgeren har desuden heller ikke angivet, hvorvidt adgangspunktet til rutenettet nødvendigvis er en lufthavn. Ydermere har sagsøgeren ikke angivet, hvorledes udstrækningen af det geografiske område, der er beliggende rundt om et adgangspunkt til rutenettet, skal fastlægges.

- 179 Endvidere har sagsøgeren, som Kommissionen med rette har fremhævet, i forskellige dele af sine skriftlige indlæg henvist til forskellige geografiske markeder. Således har sagsøgeren i stævningens punkt 47 anført, at Lufthansa altid har indtaget en dominerende stilling på »markedet i Centraleuropa«. Sagsøgeren har i stævningens punkt 48 og 49 angivet, at denne dominerende stilling – der er blevet forstærket ved Lufthansas overtagelse af Swiss og SN Brussels og oprettelsen af Lufthansa Italia – forstærkes yderligere ved overtagelsen af Austrian. Ifølge sagsøgeren vil disse transaktioner således gøre det muligt for Lufthansa at sikre sig »kontrollen med markederne i Tyskland, Schweiz, Belgien, Norditalien og Østrig«. Sagsøgeren har ligeledes præciseret, at denne konstatering ikke en gang tager højde for det forhold, at Lufthansa dominerer »det skandinaviske marked« gennem Scandinavian Airlines System (SAS) såvel som »lufttrafikken mellem Centraleuropa og Østeuropa«. Sagsøgeren har i øvrigt i replikkens punkt 25 anført, at fusionen vil gøre det muligt for Lufthansa at opnå »en dominerende stilling i lufthavnen i Wien-Schwechat svarende til dén, som selskabet indtager i lufthavnen i Frankfurt [am Main] (hvor Lufthansa udfører 59% af passagertrafikken), og i lufthavnen i Zürich (hvor Lufthansa og Swiss udfører mere end 60% af passagertrafikken)«.
- 180 I øvrigt har sagsøgeren i stævningens punkt 70 i hovedtrækkene gjort gældende, at den samlede tilgang til det relevante geografiske marked i modsætning til A&A-fremgangsmåden ville have gjort det muligt at tage de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på det regionale marked mellem Tyskland og Østrig i betragtning.
- 181 Den geografiske dimension af det marked, inden for rammerne af hvilket de konkurrencemæssige virkninger af fusionen skal analyseres, varierer derfor alt efter selve sagsøgerens skriftlige indlæg fra en lufthavn til en kontinental region, over to medlemsstats område, en enkelt medlemsstats område eller en del af en medlemsstats område.
- 182 For det andet er beskrivelsen af den konkurrencemæssige situation forud for fusionen på det relevante geografiske marked, som defineret af sagsøgeren, ligeledes uklar.
- 183 Hvad angår den konkurrencemæssige situation på markedet i hele Centraleuropa har sagsøgeren således begrænset sig til i replikken at beskrive det, som selskabet har kaldt de »markedsdominansfaktorer«, som Lufthansa og Austrian rådede over før fusionen, nemlig antallet af trafikknudepunkter, antallet af afgang- og ankomsttidspunkter for de forskellige lufthavne, de lufttrafikrettigheder til Østeuropa og Mellemøsten, som Lufthansa og Austrian besad, flyflådens størrelse, den finansielle styrke, forekomsten af et kundeloyalitetsprogram, kapaciteten til at indgå rammeaftaler med forretningskunder, rejsearrangører og rejsebureauer samt muligheden for at opnå fordelagtige forsyningsaftaler med de virksomheder, der leverer de for flyveoperationer nødvendige driftsmidler eller infrastrukturer.
- 184 Sagsøgeren har dog i den forbindelse undladt at fremføre det mindste sammenligningsgrundlag vedrørende situationen for andre luftfartsselskaber med rutenet, der er aktive i Centraleuropa, og har nøjedes med at anføre, at den ved fusionen skabte enhed bliver det eneste luftfartsselskab med rutenet, der vil kunne tilbyde forbindelser fra Centraleuropa til destinationer beliggende inden for EU og i Østeuropa samt transkontinentale forbindelser.
- 185 Angående den konkurrencemæssige situation på dét, som sagsøgeren har kaldt »markedet for flyforbindelser mellem Tyskland og Østrig«, har selskabet i øvrigt fremført selvmodsigende udsagn om, at de anmeldende parter på den ene side skulle have delt trafikken mellem de regionale østrigske

lufthavne og Tyskland mellem sig gennem deres joint venture (stævningens punkt 71), og at de på den anden side skulle være gået i konkurrence på forbindelserne mellem disse lufthavne og Tyskland, særligt på forbindelserne Graz-Kiev (Ukraine) og Linz-Paris, på hvilke Lufthansa og Austrian begge tilbyder flyvninger med tilslutningsfly ved at gøre brug af deres respektive trafikknudepunkter i Wien og Frankfurt am Main (stævningens punkt 72). Desuden er sagsøgeren ikke fremkommet med nogen præcis angivelse hvad angår muligheden for de rejsende fra de regionale østrigske lufthavne for at benytte tjenester fra et andet luftfartsselskab med rutenet end Lufthansa eller Austrian på de samme forbindelser.

- 186 Det følger heraf, at de argumenter, som sagsøgeren har fremført til støtte for udsagnet om, at Kommissionen med urette skulle have undladt at analysere de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på »hele markedet i Centraleuropa«, ikke opfylder de i retspraksis opstillede krav, der er anført i præmis 175 ovenfor.
- 187 Det må under disse omstændigheder fastslås, at sagsøgeren ikke med tilstrækkelig præcision har afgrænset det relevante geografiske marked, som selskabet har hævdet eksistensen af, og at det derfor er umuligt for Retten at vurdere, hvorvidt der var anledning for Kommissionen til at undersøge de potentielle konkurrencemæssige virkninger af den omhandlede fusion på dette marked.
- 188 Under disse omstændigheder skal det første anbringendes første led forkastes som ugrundet.

Det første anbringendes andet led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn vedrørende de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på flyforbindelserne mellem Tyskland og Østrig

- 189 Sagsøgeren har i det væsentlige kritiseret Kommissionen for ikke at have taget hensyn til de negative virkninger af fusionen på samtlige flyforbindelser mellem Tyskland og Østrig.
- 190 Det skal i den anledning først bemærkes, at det – i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet – fremgår af 107. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen har analyseret virkningerne af fusionen ikke blot på de 23 flyforbindelser mellem Østrig og Tyskland, der havde direkte overlapninger mellem Lufthansas og Austrians tjenester, men tillige på de flyforbindelser, der havde indirekte-indirekte overlapninger, såsom de af sagsøgeren beskrevne.
- 191 Det skal dernæst bemærkes, at Kommissionen – i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende – i forbindelse med sin konkurrencemæssige analyse af alle flyforbindelserne mellem Østrig og Tyskland, som et scenarie, tog højde for det joint venture omkring omkostnings- og indtægtsdeling, der blev oprettet mellem Lufthansa og Austrian forud for fusionen (64.-69., 113.-116., 129.-133., 145., 159.-169., 191. og 210. betragtning til den anfægtede beslutning), med undtagelse af forbindelserne Wien-Berlin, Wien-Düsseldorf, Wien-Hamborg (Tyskland), Wien-Hannover (Tyskland), Wien-Nürnberg (Tyskland) (185. betragtning til den anfægtede beslutning) og forbindelsen München-Linz (189. betragtning til den anfægtede beslutning). Grunden til, at Kommissionen ikke tog højde for joint venture i forbindelse med den konkurrencemæssige analyse af de nævnte flyforbindelser, var, at den i forvejen havde konstateret, at konkurrenterne til fusionsparterne havde omfattende markedsandele på disse forbindelser, hvilket gjorde det usandsynligt, at der skulle opstå konkurrenceproblemer i tilknytning til fusionen på disse forbindelser.
- 192 Hvad angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke tog hensyn til antallet af flyvninger, der blev foretaget af Lufthansa og Austrian på forbindelserne Wien-Berlin og Wien-Hamborg, i forbindelse med undersøgelsen af den konkurrencemæssige situation på disse forbindelser, skal det endelig tillige påpeges, at det fremgår af 185. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen fastslog, at Air Berlins markedsandel, udtrykt i procent af det samlede antal transporterede rejsende, der var eller ikke var følsomme over for tidsfaktoren, befandt sig i et interval mellem 70 og 80% på forbindelsen Wien-Hamborg og mellem 80 og 90% på forbindelsen Wien-Berlin i løbet af vinteren 2008/2009, dvs.

inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Disse tal vidnede i øvrigt om en let, men mærkbar forøgelse af Air Berlins markedsandel i forhold til sommeren 2008, i løbet af hvilken periode Air Berlin kun havde transporteret 70-80% af de rejsende på forbindelsen Wien-Berlin. Argumentet om, at Lufthansa og Austrian havde foretaget flere flyvninger end Air Berlin i løbet af den samme periode, er i denne forbindelse uden relevans, for så vidt som markedsandelene med rette er udtrykt i forhold til antallet af transporterede passagerer. Den omstændighed, at Lufthansa og Austrian bevidst valgte at reducere deres kapaciteter på disse forbindelser, kan i øvrigt – såfremt den forudsættes godtgjort – ikke rejse tvivl om Kommissionens konkurrencemæssige analyse. Ved analysen af den konkurrencemæssige situation forud for en fusion på en given flyforbindelse er Kommissionen således forpligtet til at vurdere konkurrenternes reelle markedsandele og ikke deres potentielle markedsandele.

- 193 På grundlag af ovenstående betragtninger skal det første anbringendes andet led forkastes som ugrundet.

Det første anbringendes tredje led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn angående følgerne af fusionen for flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU

- 194 Sagsøgeren har inden for rammerne af det første anbringendes tredje led fremsat tre forskellige klagepunkter. Med det første klagepunkt gøres det gældende, at Kommissionen ikke i den anfægtede beslutning foretog en analyse af virkningerne af fusionen på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU på grundlag af A&A-fremgangsmåden. Med det andet klagepunkt gøres det gældende, at Kommissionen ikke tog hensyn til den dominerende stilling, som Lufthansa og Austrian indtog på forbindelserne mellem på den ene side lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich og på den anden side lufthavnene i Østeuropa uden for EU.

- 195 Det tredje klagepunkt – hvormed det gøres gældende, at Kommissionen ikke i den anfægtede beslutning pålagde noget vilkår eller nogen forpligtelse, som er egnet til at sikre, at de med Austrian eller Lufthansa konkurrerende luftfartsselskaber vil få tildelt bilaterale lufttrafikk rettigheder, således at disse selskaber kan begynde at drive flyforbindelser til Østeuropa – sigter ikke til analysen af virkningerne af fusionen på forbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, men til den angiveligt utilstrækkelige karakter af de af Kommissionen i den anfægtede beslutning accepterede tilsagn under hensyn til de af fusionen forårsagede konkurrenceproblemer, som sagsøgeren har påtalt. Dette klagepunkt skal derfor, i givet fald, undersøges i forbindelse med det første anbringendes fjerde led, hvori er samlet klagepunkterne angående den angiveligt utilstrækkelige karakter af de af fusionsparterne i den anfægtede beslutning afgivne tilsagn.

Det første klagepunkt om, at Kommissionen ikke foretog en analyse af virkningerne af fusionen på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU på grundlag af A&A-fremgangsmåden

- 196 Indledningsvis skal de argumenter fra sagsøgeren, der har til formål at påvise, at Kommissionen ikke anvendte A&A-fremgangsmåden på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, og som er blevet fremført for første gang i sagsøgerens bemærkninger til Republikken Østrigs og Lufthansas interventionsindlæg, afvises fra realitetsbehandling, da de er blevet gjort gældende for sent, og det i henhold til den i præmis 167 ovenfor nævnte retspraksis.

- 197 Det skal i øvrigt påpeges, at A&A-fremgangsmåden ikke er en metode til analyse af konkurrencen, men alene den metode, som Kommissionen har anvendt til at identificere det omhandlede marked, på hvilket fusionens indvirkning skal analyseres. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i henhold til denne metode identificerede de flyforbindelser, på hvilke Lufthansas og Austrians tjenester havde overlapninger.

198 Det fremgår således af 107. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen identificerede 28 direkte-direkte overlapninger, hvoraf ingen vedrørte en forbindelse mellem en lufthavn i Centraleuropa og en lufthavn i Østeuropa uden for EU. Kommissionen foretog derefter i 108.-266. betragtning til den anfægtede beslutning en analyse af fusionens indvirkning på disse overlapninger.

199 Det fremgår i øvrigt af 267. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen tillige identificerede direkte-indirekte og indirekte-indirekte overlapninger angående forbindelser mellem europæiske lufthavne og mellem europæiske lufthavne og ikke-europæiske lufthavne.

200 Kommissionen angav i den forbindelse følgende i 268. betragtning til den anfægtede beslutning:

»Disse forbindelser er blevet analyseret i lyset af parternes position på markedet og den af transaktionen afstedkomne tilførsel af markedsandele. Desuden er tilstedeværelsen af konkurrenter og deres position samt antallet af passagerer på hver forbindelse blevet vurderet. Hvor det har været nødvendigt, er der bl.a. blevet taget hensyn til antallet og varigheden af de af konkurrenterne tilbudte afgange og deres relevans for tidsfølsomme passagerer. På grundlag af disse kriterier er der ikke blevet identificeret noget konkurrenceproblem. Desuden har markedsundersøgelsen ikke afsløret det mindste konkurrenceproblem vedrørende de identificerede direkte-indirekte og indirekte-indirekte overlapninger, med undtagelse af [Lufthansas] og [Austrians] position på markedet i Central- og Østeuropa.«

201 Til trods for den noget ufuldstændige affattelse af 268. betragtning til den anfægtede beslutning kan det udledes af denne, at Kommissionen identificerede direkte-indirekte overlapninger og indirekte-indirekte overlapninger mellem Lufthansas og Austrians tjenester på forbindelser mellem lufthavne i Centraleuropa og lufthavne i Østeuropa, i forhold til hvilke den gennemførte en analyse af fusionens indvirkning, som – i modsætning til markedsanalysen – ikke afslørede noget konkurrenceproblem.

202 Dette første klagepunkt skal herefter forkastes som ugrundet.

Det andet klagepunkt om, at Kommissionen ikke tog hensyn til den dominerende stilling, som Lufthansa og Austrian indtog på forbindelserne mellem på den ene side lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich, og på den anden side lufthavnene i Østeuropa uden for EU

203 Det skal for det første bemærkes, at sagsøgeren ikke præcist har identificeret de flyforbindelser, på hvilke fusionsparterne skulle indtage en dominerende stilling. Sagsøgeren har således i stævningens punkt 78 nøjedes med at foretage en generel henvisning til forbindelserne mellem på den ene side lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich og på den anden side lufthavnene i byer beliggende i Østeuropa såsom Kiev, Moskva (Rusland) og Sankt Petersborg (Rusland). Tallene angående det ugentlige antal flyvninger, som tilbydes af Lufthansa, Swiss og Austrian fra lufthavnene i München, Frankfurt am Main, Zürich og Wien til lufthavne beliggende i Østeuropa, som afgivet af sagsøgeren, er endvidere samlede tal, som ikke rummer nogen angivelse af det ugentlige antal flyvninger, som tilbydes af et af disse selskaber på en bestemt forbindelse. Desuden udtrykker disse tal heller ikke antallet af transporterede passagerer, som traditionelt udgør den indikator, der gør det muligt at beregne et luftfartsselskabs markedsandel på en bestemt forbindelse. Sagsøgeren har i øvrigt ikke gjort gældende, at den dominerende stilling, som den ved fusionen skabte enhed angiveligt vil indtage på visse forbindelser mellem Centraleuropa og Østeuropa, er resultatet af fusionen derved, at denne skulle føre til, at den eksisterende konkurrence mellem Austrian og Lufthansa på disse forbindelser bringes til ophør.

- 204 Sagsøgeren synes reelt at kritisere Kommissionen for, at den i sin analyse af fusionens indvirkning ikke har taget hensyn til det forhold, at Lufthansa og Austrian drager fordel af en stærk tilstedeværelse i lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich, fra hvilke de betjener destinationer i Østeuropa, og at de rejsende, der ønsker at komme til Østeuropa fra Centraleuropa, ikke har andet valg end at vende sig mod Austrian eller Lufthansa.
- 205 Det fremgår i denne henseende af 269. betragtning til den anfægtede beslutning, at sådanne bekymringer blev fremført i forbindelse med fase I i markedsundersøgelsen af visse deltagere i denne undersøgelse, men at disse bekymringer blev imødegået i undersøgelsens fase II, idet et stort flertal af virksomhedskunderne ikke så nogen negativ indvirkning af en potentielt forstærket stilling for den ved fusionen skabte enhed på de flyvninger, der betjener Central- og Østeuropa, og angav eksisterende alternative konkurrenter.
- 206 Kommissionen præciserede i 270. betragtning til den anfægtede beslutning, at der syntes at eksistere vigtige konkurrenter, der betjente Central- og Østeuropa, navnlig Air France-KLM, som betjente 15 destinationer i Central- og Østeuropa ved at benytte sit eget rutenet og yderligere 11 destinationer i samarbejde med sine partnere i SkyTeam, Aeroflot og CSA, samt British Airways, der betjente 13 destinationer i Central- og Østeuropa ved at benytte sit eget rutenet, og Malev, der betjente 22 destinationer i Central- og Østeuropa.
- 207 Sagsøgeren har hertil anført, at den ved fusionen skabte enhed ikke er stillet over for et tilstrækkeligt konkurrencepres på forbindelserne mellem på den ene side lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich og på den anden side lufthavnene i Østeuropa, navnlig Moskva, det være sig fra Air France-KLM, British Airways, Malev eller CSA, for så vidt som disse selskaber alene tilbyder flyvninger med tilslutningsfly, hvilket forlænger rejsetiden og -længden betydeligt på disse forbindelser.
- 208 Hvad angår niveauet af substituerbarhed mellem de direkte og indirekte flyvninger skal det bemærkes, at Kommissionen i 24. betragtning til den anfægtede beslutning angav, at dette afhænger af flyvningens varighed. Jo længere flyvningen er, desto mere kan de indirekte flyvninger således udøve et konkurrencepres på de direkte flyvninger. Kommissionen præciserede dernæst, at markedsundersøgelsen i det foreliggende tilfælde havde bekræftet den i tidligere beslutninger foretagne konstatering, ifølge hvilken de indirekte flyvninger generelt ikke udgjorde et konkurrencedygtigt alternativ til de direkte flyvninger med hensyn til kortdistanceflyvningerne, dvs. flyvningerne af en varighed på under tre timer, eftersom kunderne således foretrækker de direkte flyvninger.
- 209 Det er imidlertid ubestridt, at de direkte flyvninger mellem på den ene side Wien og på den anden side Moskva, Sankt Petersborg eller Kiev, samt de direkte flyvninger Zürich-Kiev, Frankfurt am Main-Kiev, München-Sankt Petersborg og München-Kiev er af en varighed på under tre timer. Under disse omstændigheder udgør de indirekte flyvninger, der tilbydes af Air France-KLM, British Airways, Malev og CSA eller alle andre luftfartsselskaber fra Østeuropa, ikke konkurrencedygtige alternativer til de af Austrian eller Lufthansa tilbudte direkte flyvninger på disse forbindelser. Kommissionen angav dog i 271. betragtning til den anfægtede beslutning, at markedsundersøgelsen bekræftede konklusionen om, at transportørerne fra Østeuropa også kan tilbyde et alternativ i forhold til Lufthansa og Austrian, eftersom den viste, at det store flertal af rejsebureauerne sammenlignede disse selskabers priser med priserne fra alternative transportører, herunder transportører fra Østeuropa. Kommissionen angav ligeledes, at markedsundersøgelsen viste, at flertallet af virksomhedskunderne angav, at de ikke købte flyvningerne fra et særligt selskab, men at de, afhængigt af destinationen i Central- og Østeuropa, efterspurgte alternative flyvninger hos andre transportører, herunder transportører fra Østeuropa. Sagsøgeren har imidlertid hverken gjort gældende eller dokumenteret, at intet andet luftfartsselskab fra Østeuropa – særligt blandt russiske eller ukrainske selskaber – på datoen for den anfægtede beslutning tilbød direkte flyvninger på de omhandlede forbindelser.
- 210 Sagsøgeren har i øvrigt i replikken anerkendt forekomsten af direkte flyvninger på forbindelsen Wien-Moskva, som tilbydes af selskaberne Transaero og Aeroflot.

- 211 Sagsøgerens argument om, at disse selskabers udbud af flyvninger ikke er konkurrencedygtigt på grund af det lave antal ugentlige flyvninger og deres fartplaner, som ikke passer til de østrigske forretningskunder, er i den forbindelse ikke overbevisende. Det må således konstateres, at sagsøgeren ikke er fremkommet med noget bevismateriale i denne henseende. Desuden udgør forretningskunderne generelt kun en del af de rejsende, der berøres af en bestemt flyforbindelse, og det er derfor ikke muligt at drage følgeslutninger af disse kunders påståede præferencer uden at kende den andel, som de udgør af samtlige rejsende mellem Wien og Moskva.
- 212 Sagsøgeren har derfor ikke påvist, at den ved fusionen skabte enhed ikke ville blive underlagt et tilstrækkeligt konkurrencepres på forbindelserne fra Wien til Moskva, Sankt Petersborg eller Kiev samt på forbindelserne Zürich-Kiev, Frankfurt am Main-Kiev, München-Sankt Petersborg og München-Kiev.
- 213 Denne konklusion gælder ligeledes for mellemdistanceforbindelserne Zürich-Moskva, Zürich-Sankt Petersborg, Frankfurt am Main-Moskva, Frankfurt am Main-Sankt Petersborg, München-Moskva og München-Sankt Petersborg, for hvilke det ikke er udelukket, at andre transportører fra Østeuropa tilbyder direkte flyvninger. Desuden præciserede Kommissionen i 26. betragtning til den anfægtede beslutning, at visse deltagere i markedsundersøgelsen havde angivet, at de indirekte flyvninger under visse omstændigheder udgjorde et konkurrencedygtigt alternativ. Følgelig har sagsøgeren heller ikke påvist, at den ved fusionen skabte enhed ikke ville blive underlagt et tilstrækkeligt konkurrencepres på disse forbindelser.
- 214 Sagsøgeren har ligeledes anført, at CSA's og Malevs udbud af flyvninger – i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende – ikke udgør en troværdig alternativ løsning i forhold til Austrians og Lufthansas udbud af flyvninger med tilslutningsfly for de personer, der ønsker at rejse fra de regionale østrigske lufthavne til lufthavne i Østeuropa.
- 215 Ifølge sagsøgeren eksisterer der således ikke direkte flyvninger fra de regionale østrigske lufthavne, dvs. lufthavnene i Graz, Linz, Innsbruck, Salzburg og Klagenfurt, til CSA's og Malevs respektive trafikknudepunkter, dvs. Prag (Den Tjekkiske Republik) og Budapest (Ungarn). Det følger heraf, at de rejsende, der lever i omegnen af disse regionale østrigske lufthavne, og som ønsker at rejse fra en af disse lufthavne til en destination beliggende i Østeuropa, for at benytte de af Malev og CSA tilbudte flyvninger først vil skulle foretage en flyvning til Wien og derefter rejse derfra til Prag eller Budapest, hvorfra de endelig vil kunne flyve til deres destination i Østeuropa. Dette forhold gør de af disse to selskaber tilbudte flyvninger lidet konkurrencedygtige for disse rejsende i forhold til Austrians og Lufthansas tilbud, som gør det muligt at rejse fra disse regionale østrigske lufthavne til deres trafikknudepunkter i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich og siden derfra til en destination i Østeuropa.
- 216 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren ikke er fremkommet med nogen angivelse af de destinationer beliggende i Østeuropa, som selskabet har henvist til, således at det ikke er muligt at identificere de forbindelser mellem de regionale østrigske lufthavne og disse destinationer, i forhold til hvilke selskabet har anført, at Kommissionen ikke har taget hensyn til virkningerne af fusionen.
- 217 I øvrigt skal det fastslås, at konkurrencen mellem udbud af indirekte flyvninger på den samme forbindelse efter sin karakter skal adskilles fra konkurrencen mellem de direkte flyvninger eller fra konkurrencen mellem direkte flyvninger og indirekte flyvninger. Det synes således lidet sandsynligt, at Austrian skulle forøge antallet af flyvninger mellem de regionale østrigske lufthavne og Wien eller nedsætte billetpriserne for sine flyvninger på disse forbindelser, henset til efterspørgslen på flyvninger mellem disse lufthavne og destinationer i Østeuropa, eftersom de passagerer, der rejser fra disse regionale lufthavne til sådanne destinationer, sandsynligvis kun udgør en begrænset andel af det samlede antal passagerer, der efterspørger en direkte flyvning mellem de regionale lufthavne og Wien. Det samme gælder i øvrigt for Malev og CSA hvad angår flyvningerne mellem Wien og Budapest og mellem Wien og Prag, hvor der er en lav sandsynlighed for, at billetpriser og afgang vil variere ud fra

efterspørgslen på flyvninger mellem de østrigske lufthavne og destinationer i Østeuropa. Konkurrencen mellem udbud af indirekte flyvninger på den samme forbindelse afhænger i den sammenhæng af talrige faktorer, såsom flyvetiden mellem rejsens forskellige etaper, varigheden af mellemlandingerne, den samlede pris eller afgangstiderne. Det kan under disse omstændigheder ikke på forhånd udelukkes, at CSA's og Malevs udbud af flyvninger på de omhandlede forbindelser – om end de er mindre praktiske end Austrians – kan udgøre troværdige alternativer til disse sidstnævnte.

218 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal sagsøgerens klagepunkt om, at Kommissionen i forbindelse med analysen af følgerne af fusionen for konkurrencen ikke tog hensyn til den omstændighed, at Austrian og Lufthansa har flere trafikknudepunkter i Centraleuropa, hvorfra de tilbyder flyvninger til Østeuropa, forkastes som ugrundet.

219 Det følger heraf, at det første anbringendes tredje led er ugrundet.

Det første anbringendes fjerde led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forhold til Lufthansas og Austrians konkurrenters evne til at forblive eller indtræde på det relevante marked

220 Det første anbringendes fjerde led er inddelt i fem klagepunkter. Med det første og andet klagepunkt gøres det gældende, at der er sket en tilsidesættelse af henholdsvis punkt 36 og punkt 31 i retningslinjerne fra 2004. Med det tredje, fjerde og femte klagepunkt gøres det gældende, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i samme retningslinjer.

Det første klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 36 i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til fusionens begrænsning af konkurrenternes evne til at sælge flyvninger til forretningskunderne og indgå rammeaftaler med rejsebureauerne og rejsearrangørerne

221 Sagsøgeren har i det væsentlige kritiseret Kommissionen for at have tilsidesat punkt 36 i retningslinjerne fra 2004 ved at tillade fusionen, selv om denne – ved kombinationen af Lufthansas og Austrians rutenet og den forøgelse af udbuddet af flyforbindelser, som den vil indebære – vil medføre en begrænsning af de andre luftfartsselskabers evne til at sælge flyvninger til forretningskunderne og indgå rammeaftaler med rejsebureauerne og rejsearrangørerne.

222 De af sagsøgeren til støtte for dette klagepunkt fremførte argumenter kan ikke tiltrædes.

223 Hvad for det første angår den påståede begrænsning af de andre transportørers evne til at udnytte forretningsrejsesegmentet skal det således bemærkes, at bilag B4 til svarskriftet indeholder virksomhedskundernes besvarelser af spørgsmål nr. 13 i det spørgeskema, som de fik tilsendt den 15. maj 2009, og som angik betydningen af de bonus- og rabatordninger, som bl.a. Lufthansa og Austrian tilbød, for fastholdelsen af forretningskunderne. Det må imidlertid konstateres, at det fremgår af disse besvarelser, at et flertal af deltagere i markedsundersøgelsen har angivet, at de ikke udelukkende benytter Lufthansas og Austrians tjenester, og at de af sidstnævnte tilbudte rabatter ikke er tilstrækkelige til at udelukke muligheden for at gøre brug af en anden transportør.

224 Det skal tillige bemærkes, at bilag B5 til svarskriftet indeholder virksomhedskundernes besvarelser af spørgsmål nr. 71, 73, 76, 79 og 80, som de fik tilsendt af Kommissionen under fase II i markedsundersøgelsen. Det skal i den anledning bemærkes, at spørgsmål nr. 71 vedrørte forretningskundernes vurdering af luftfartsselskaberne fra Østeuropa som seriøse alternativer i forhold til rejserne til Central- og Østeuropa og Mellemøsten. Det må konstateres, at 22 deltagere i markedsundersøgelsen ud af 31 svarede bekræftende på dette spørgsmål.

- 225 Det følger heraf, at det – i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende – fremgår af markedsundersøgelsen, at forretningskunderne anså visse konkurrenter til Lufthansa og Austrian for troværdige alternativer til det udbud af flyvninger, som disse sidstnævnte vil kunne tænkes at tilbyde ved hjælp af deres rutenet.
- 226 Hvad for det andet angår den påståede begrænsning af de andre transportørers mulighed for at indgå rammeaftaler med rejsebureauer og rejsearrangører skal det bemærkes, at det fremgår af det af Kommissionen påberåbte bilag B2 til svarskriftet, at et meget stort flertal af de 38 deltagere i undersøgelsen – som svar på spørgsmål nr. 2 og 3 i det spørgeskema, som blev tilsendt virksomhedskunderne den 15. maj 2009 i forbindelse med fase I i undersøgelsen af fusionen – angav, at de ikke havde nogen eksklusiv forretningsrelation med et bestemt luftfartsselskab eller en bestemt alliance, men at de derimod havde forretningsforbindelser, navnlig via indgåelsen af rammeaftaler, med talrige transportører og alliancer.
- 227 En sådan konstatering giver imidlertid ingen indikation af, hvorvidt rejsebureauerne har fastsat den samme type forretningspolitik.
- 228 Det skal dog påpeges, at bilag B3 til svarskriftet angiver den procentdel, i antal billetter og værdi, som Lufthansas og Austrians flybilletter udgør af samtlige de flybilletter, der blev solgt i 2007 og 2008 af rejsebureauer, der har besvaret spørgeskemaet af 13. maj 2009.
- 229 Det skal i den forbindelse bemærkes, at disse procentdele, som er blevet opstillet af Kommissionens tjenestegrene, vedrører samtlige de billetter, der er blevet solgt af hver af de enheder, der har besvaret spørgeskemaet. Sagsøgeren har på dette grundlag gjort gældende, at de adspurgte rejsebureauer i gennemsnit købte 58,2% i 2007 og 53,7% i 2008 af de af Lufthansa og Austrian solgte billetter. Selv om sagsøgerens beregning er korrekt, udgør de tal, som den fører frem til, imidlertid ikke den procentdel af de af Lufthansa og Austrian udstedte billetter, der er blevet købt af rejsebureauer, men den procentdel af billetterne, som de rejsebureauer, der har besvaret spørgeskemaet, har købt af Lufthansa og Austrian.
- 230 Om end denne procentdel er høj, vidner den desuden om, at de rejsebureauer, der har besvaret spørgeskemaet, ikke har en eksklusiv forretningsrelation med Lufthansa og Austrian.
- 231 Hvad angår sagsøgerens argument om, at denne procentdel godtgør, at Lufthansa indtager en dominerende stilling i Centraleuropa efter fusionen, skal det bemærkes, at den anfægtede beslutning – som Kommissionen med rette har gjort gældende – ikke rummer nogen analyse af et marked for rejsebureauers salg af flybilletter, og at sagsøgeren indtil nu aldrig har hævdet, at der skulle bestå et sådant marked.
- 232 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal klagepunktet om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 36 i retningslinjerne fra 2004, forkastes som ugrundet.

Det andet klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 31 i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enhed bliver det eneste selskab med et rutenet, der er i stand til at tilbyde sine kunder et komplet rutenet af forbindelser i hele verden og navnlig i Østeuropa

- 233 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen tilsidesatte punkt 31 i retningslinjerne fra 2004 ved at godkende fusionen, skønt Lufthansa efter denne vil vedblive at være det eneste selskab med et rutenet, der er i stand til at tilbyde sine kunder et komplet rutenet af forbindelser i hele verden og navnlig i Østeuropa. De forretningskunder, rejsebureauer og rejsearrangører, der for nogens

vedkommende måtte få behov for at råde over et komplet rutenet af forbindelser, og for andres vedkommende at være i stand til at tilbyde deres kunder flyforbindelser i hele verden, vil ikke have noget andet valg end at indgå rammeaftaler med Lufthansa.

- 234 Der skal i den forbindelse henvises til, at Kommissionen i punkt 31 i retningslinjerne fra 2004 har beskrevet en potentiel konkurrencebegrænsende virkning af de horisontale fusioner, nemlig det forhold, at kunderne har få muligheder for at skifte leverandør. Kommissionen har således præciseret, at fusionsparternes kunder kan have vanskeligt ved at skifte til andre leverandører, fordi der kun er nogle få alternative leverandører, eller fordi der er betydelige omkostninger forbundet dermed. Sådanne kunder er særligt sårbare over for prisstigninger. Fusionen kan påvirke disse kunders mulighed for at beskytte sig mod prisforhøjelser. Det kan især være tilfældet for kunder, der har fået leverancer fra begge fusionsparter for at opnå konkurrencedygtige priser. Oplysninger om tidligere mønstre for kundernes leverandørskifte og reaktioner på prisændringer kan være vigtige i denne forbindelse (punkt 31 i retningslinjerne fra 2004).
- 235 Det skal dog bemærkes, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at det at råde over et så komplet rutenet af forbindelser som Lufthansas udgør en nødvendig betingelse for indgåelsen af rammeaftaler med rejsebureauer og rejsearrangører.
- 236 Det fremgår desuden af bilag B2 til svarskriftet, at et meget bredt flertal af de virksomhedskunder, der har besvaret spørgsmål nr. 2 og 3 i det spørgeskema, som de fik tilsendt af Kommissionen under fase I i markedsundersøgelsen, har angivet at have indgået rammeaftaler med andre luftfartsselskaber end Lufthansa og Austrian og med medlemmer af en anden alliance end Star Alliance, såsom Air Berlin-Fly Niki, British Airways, Air France-KLM, CSA, Malev, Alitalia, Emirates, Finnair eller Iberia. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremført noget argument, der kan rejse tvivl om denne konstatering.
- 237 Det må derfor fastslås, at Kommissionen med rimelighed og uden at tilsidesætte punkt 31 i retningslinjerne fra 2004 kunne lægge til grund, at den omhandlede fusion ikke bevirkede, at forretningskunderne, rejsearrangørerne og rejsebureauerne blev frataget alternative aktører, og at dette klagepunkt følgelig skal forkastes som ugrundet.

Det tredje klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enheds udbud vil dække hele den disponible efterspørgsel på de flyforbindelser, som de anmeldende parter dominerer

- 238 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at en indtræden på markedet forudsætter, at der eksisterer en efterspørgsel på yderligere flyvninger, som en ny konkurrent kan udføre. I henseende til antallet af flyvninger, afgangs- og ankomsttidspunkter samt antallet af udbudte sæder er Lufthansas og Austrians udbud imidlertid af en sådan karakter, at det dækker hele efterspørgslen på de flyforbindelser, som disse selskaber dominerer sammen eller individuelt, og at det som følge heraf er umuligt for en ny konkurrent at indtræde på en af disse flyforbindelser.
- 239 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren ikke har hævdet, at der eksisterer en overkapacitet på de af Lufthansa og Austrian dominerede flyforbindelser, men udelukkende, at disse sidstnævntes udbud dækker hele efterspørgslen på disse flyforbindelser. Forekomsten af et udbud af flyvninger fra Lufthansa eller Austrian på en given flyforbindelse kan imidlertid ikke i sig selv – uanset hvor stort dette udbud er – udelukke muligheden for en ny konkurrent for at indtræde på denne flyforbindelse med succes ved at tilbyde specifikke tjenesteydelser eller mere fordelagtige billetpriser for derved enten selv at udnytte en del af efterspørgslen eller udvikle et nyt kundepotentiale.
- 240 Følgelig skal sagsøgerens argument om, at Lufthansas eller Austrians udbud på de af disse selskaber dominerede flyforbindelser udgør en barriere for en indtræden på markedet, forkastes.

- 241 Det at besidde et betragteligt antal afgang- og ankomsttidspunkter på kritiske tidspunkter af døgnet, f.eks. om morgenen og om aftenen, vil derimod kunne have en stor betydning for en del af kundekredsen, navnlig forretningskunderne, og udgør følgelig en afgørende forudsætning for at sikre rentabiliteten i driften af en flyforbindelse.
- 242 Det af sagsøgeren valgte eksempel med forbindelsen Wien-Bruxelles er i den forbindelse relevant, for så vidt som det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen erkendte, at der i forhold til fusionen forelå konkurrenceproblemer på denne flyforbindelse med den begrundelse, at der for det første ikke eksisterede noget tilstrækkeligt konkurrencepres, og at den manglende rådighed over afgang- og ankomsttidspunkter i spidsbelastningstidsrummene i lufthavnene i Wien og Bruxelles for det andet vanskeliggjorde en indtræden på markedet (257. og 261. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 243 Det skal dog bemærkes, at parterne i fusionen, som det fremgår af 330. betragtning til den anfægtede beslutning, forpligtede sig til at stille afgang- og ankomsttidspunkter, der muliggjorde op til 4 daglige, men ikke flere end 24 ugentlige afgange på forbindelsen Wien-Bruxelles, til rådighed for en ny leverandør af luftfartstjenester. Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen i 356. betragtning til den anfægtede beslutning angav, at markedsundersøgelsen – hvad angik alle de identificerede bypar – i vidt omfang havde bekræftet, at det i tilsagnene tilbudte antal afgang- og ankomsttidspunkter var tilstrækkeligt til, at en eller flere andre aktører, som ønskede at tilbyde nye eller yderligere afgange, kunne give parterne i fusionen en effektiv konkurrence. Det må imidlertid konstateres, at sagsøgeren ikke har anfægtet markedsundersøgelsens resultater på dette punkt.
- 244 Følgelig har sagsøgeren ikke godtgjort, at fusionen skulle have til følge, at der skabes en barriere for en indtræden på flyforbindelsen Wien-Bruxelles.
- 245 Dette klagepunkt skal derfor forkastes som ugrundet.

Det fjerde klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til den barriere for en indtræden på markedet, som den af Lufthansa og Austrian førte udelukkelsespolitik via priserne udgør

- 246 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at Lufthansa og Austrian fører en illoyal prispolitik, som forhindrer konkurrenterne i at indtræde eller forblive på markedet. Ifølge sagsøgeren har parterne i fusionen altid tilpasset priserne på deres flyvninger i forhold til den konkurrencemæssige situation på de flyforbindelser, som de driver. De anvender således lave, eller endda meget lave, priser på de forbindelser, på hvilke de står over for konkurrence, og højere priser på de forbindelser, på hvilke de har monopol eller praktisk taget monopol. Dette gør det muligt for dem at udkonkurrere deres konkurrenter ved hjælp af underbudspriser. Denne politik dokumenteres af de meget lave billetpriser, som Lufthansa og Austrian anvender på forbindelserne Wien-Berlin, Wien-Innsbruck, Wien-Zürich, Wien-München, Wien-Hamborg, Wien-Frankfurt am Main og Wien-Düsseldorf, på hvilke de står eller stod over for konkurrence fra luftfartsselskaber, der endte med at blive udkonkurreret, såsom Sky Europe på forbindelsen Wien-Innsbruck, eller hvis indtræden på markedet blev vanskeliggjort, såsom Air Alps på denne samme forbindelse. Ifølge sagsøgeren er denne politik endda blevet mere udtalt på det seneste takket være den statsstøtte på 500 000 000 EUR, som sætter Austrian i stand til at tilbyde særligt interessante billetpriser på et stort antal flyforbindelser og navnlig på de forbindelser, som sagsøgeren først for nylig er begyndt at beflyve.
- 247 Det skal i den forbindelse først bemærkes, at den prispolitik, som den ved fusionen skabte enhed på det seneste har ført, og som sagsøgeren har henvist til i stævningens punkt 132 og i bilag A26 til denne, vedrører faktiske forhold, der er indtrådt efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og som i henhold til Rettens faste praksis er uden betydning for den nævnte beslutnings lovlighed.

248 Det skal dernæst bemærkes, at den illoyale prispolitik, som Lufthansa og Austrian angiveligt har ført forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, ifølge sagsøgeren kun har været mulig på grund af den monopolsituation, som parterne indtog på visse flyforbindelser. I forbindelse med undersøgelsen af en fusions forenelighed med fællesmarkedet er Kommissionen imidlertid forpligtet til at vurdere de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på de markeder, på hvilke der eksisterer en overlapning mellem fusionsparternes aktiviteter. Det følger heraf, at såfremt den ene af parterne allerede befandt sig i en monopolsituation på en flyforbindelse, dvs. et omhandlet marked, forud for fusionen, falder denne situation pr. definition uden for analysen af de konkurrencemæssige virkninger af fusionen.

249 Det forholder sig derimod ikke på tilsvarende vis, når situationen med et monopol eller en dominerende stilling på en flyforbindelse udspringer af fusionen eller forstærkes af denne. Såfremt parterne ikke har afgivet tilsagn, der er af en sådan karakter, at de kan afhjælpe virkningerne af den dominerende stilling på konkurrencen, kan Kommissionen ikke i et sådant tilfælde erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet. Det skal imidlertid påpeges, at Kommissionen alene har identificeret konkurrenceproblemer i tilknytning til fusionen på fem flyforbindelser, i forhold til hvilke parterne har afgivet tilsagn i form af korrigerende foranstaltninger.

250 Endelig skal det bemærkes, at selv om det forhold, at et luftfartsselskab bruger sin dominerende stilling på visse flyforbindelser til at føre en udkonkurreringspolitik via priserne på en anden forbindelse, kan udgøre et tilfælde af et efter artikel 102 TEUF forbudt misbrug af en dominerende stilling, tilkommer det konkurrenterne til dette selskab at påklage denne praksis over for de nationale konkurrencemyndigheder eller Kommissionen, uden at dette dog påvirker muligheden for disse for at handle ex officio i medfør af artikel 5 og artikel 7, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003 L 1, s. 1). Det er udelukkende inden for rammerne af en sådan procedure, at de behandlende myndigheder vil kunne vurdere realiteten i den kritiserede adfærd.

251 Dette klagepunkt skal derfor forkastes som ugrundet.

Det femte klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enhed vil få et monopol på lufttrafikrettighederne fra Centraleuropa til Østeuropa og Mellemøsten

252 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at den ved fusionen skabte enhed vil få et monopol på lufttrafikrettighederne fra Centraleuropa til destinationerne i Østeuropa og Mellemøsten. Denne situation – som i Østrigs tilfælde følger af bestemmelserne i Bundesgesetz über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 2008 (forbundslov af 2008 om international lufttrafik) af 2. juli 2008 (BGBl. I nr. 96/2008, senest ændret ved BGBl. I nr. 89/2009) – vil skabe en barriere for en indtræden på flyforbindelserne fra Centraleuropa til Østeuropa og Mellemøsten.

253 Til støtte for dette klagepunkt har sagsøgeren i sine bemærkninger til interventionsindlæggene – med henblik på at bevise det, som selskabet i disse bemærkninger punkt 45 og 46 har fremført angående Republikken Østrigs adfærd i forbindelse med genforhandlingen af aftalen om luftfartstjenester med Den Russiske Føderation – fremsat begæring om, at Niki Luftfahrt GmbH's direktør, Otmar Lenz, skal give personligt fremmøde. Sagsøgeren har desuden fremsat begæring om vidneafhøring af flere embedsmænd fra Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (forbundsministeriet for europæiske og internationale anliggender), og af en embedsmand fra Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (forbundsministeriet for transport, innovation og teknologi), med den begrundelse, at de deltog i genforhandlingen af aftalen om luftfartstjenester med Den Russiske Føderation.

254 Indledningsvis skal disse begæringer behandles.

- 255 Til støtte for sine begæringer om indkaldelse af vidner og om, at selskabets direktør skal give personligt fremmøde, har sagsøgeren gjort gældende, at nye anbringender og følgelig det tilsvarende bevismateriale i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, skal antages til realitetsbehandling selv efter replikken og duplikken, når de støtter sig på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. De argumenter, der er fremført i bemærkningerne til interventionsindlæggene, såvel som de tilsvarende påberåbte beviser støtter sig på en afkræftelse af de udsagn, som Republikken Østrig er fremkommet med i sit interventionsindlæg, og skal derfor antages til realitetsbehandling.
- 256 Kommissionen og intervenienterne er af den opfattelse, at sagsøgerens begæringer udgør påberåbelse af beviser, der skal afvises fra realitetsbehandling, idet de er blevet fremsat for sent. De har desuden anført, at begæringen om vidneafhøring skal afvises fra realitetsbehandling på grund af manglende præcision i begæringen med hensyn til de faktiske omstændigheder, der skal bevises. Begæringen om, at Niki Luftfahrt GmbH's direktør skal give personligt fremmøde, skal ligeledes afvises fra realitetsbehandling med den begrundelse, at den ikke vil kunne gøre det muligt at føre bevis for de argumenter, som sagsøgeren har fremført i sine bemærkninger til interventionsindlæggene.
- 257 Det skal i den forbindelse bemærkes, at en sagsøger – som det fremgår af procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra e), sammenholdt med samme reglementets artikel 48, stk. 1 – er forpligtet til at fremføre sine påberåbte beviser i stævningen, og at vedkommende i replikken kan anføre yderligere beviser til støtte for sine anbringender under forudsætning af, at denne forsinkelse begrundes.
- 258 I den foreliggende sag fremgår det imidlertid af punkt 60 i bemærkningerne til Republikken Østrigs og Lufthansas interventionsindlæg, at sagsøgerens begæringer udtrykkeligt tilsigter at føre bevis for argumenter, som denne selv har fremført. Det følger heraf, at disse begæringer derfor udgør påberåbelse af beviser som omhandlet i de ovennævnte bestemmelser.
- 259 Hvad angår det forhold, at disse begæringer angiveligt er blevet fremsat for sent, må det konstateres, at bemærkningerne hverken er blevet fremsat i stævningen eller i replikken, men i sagsøgerens bemærkninger til Republikken Østrigs og Lufthansas interventionsindlæg. Det følger dog ikke heraf, at disse begæringer nødvendigvis skal anses for at være blevet fremsat for sent. For så vidt som de argumenter, til støtte for hvilke de omhandlede begæringer er fremsat, ikke udgør nye anbringender eller klagepunkter rettet mod Kommissionens beslutning, men tilsigter at imødegå intervenienternes egne argumenter, kan de beviser, der er blevet påberåbt i bemærkningerne til interventionsindlæggene, således ikke anses for at være blevet fremsat for sent. I den foreliggende sag har sagsøgeren imidlertid gjort gældende, at selskabets begæringer netop tilsigter at føre bevis for de udsagn, der er indeholdt i dets bemærkninger til interventionsindlæggene, som svar på intervenienternes argumentation.
- 260 Hvad for det første angår begæringen om, at Niki Luftfahrt GmbH's direktør skal give personligt fremmøde, skal det i den forbindelse bemærkes, at denne begæring ifølge sagsøgeren tilsigter at føre bevis for de argumenter, der er fremført i punkt 45-56 i selskabets bemærkninger til interventionsindlæggene. Det skal imidlertid påpeges, at den i de nævnte punkter indeholdte argumentation faktisk tilsigter at imødegå Republikken Østrigs argumenter om genforhandlingen af de bilaterale aftaler om luftfartstjenester, særligt med Den Russiske Føderation. Det følger heraf, at det påberåbte bevis, der består i, at Niki Luftfahrt GmbH's direktør skal give personligt fremmøde, ikke kan anses for at være blevet fremsat for sent, for så vidt som det tilsigter at føre bevis for denne argumentation.
- 261 Hvad for det andet angår begæringen om indkaldelse af vidner skal det bemærkes, at denne begæring ligeledes tilsigter at føre bevis for de argumenter, som sagsøgeren har fremført i punkt 45 og 46 i bemærkningerne til interventionsindlæggene. Den kan følgelig ikke anses for at være blevet fremsat for

sent, eftersom disse argumenter, som fastslået ovenfor, er blevet fremført af sagsøgeren som svar på Republikken Østrigs specifikke argumenter om genforhandlingen af den bilaterale aftale om luftfartstjenester med Den Russiske Føderation.

- 262 Det skal dog ligeledes bemærkes, at procesreglementets artikel 68, stk. 1, tredje afsnit, bestemmer, at »[e]n parts anmodning om afhøring af et vidne skal indeholde en angivelse af, hvilke omstændigheder vidnet skal afhøres om, og hvilke grunde der gør afhøringen berettiget«.
- 263 Retten finder i den foreliggende sag, at de faktiske omstændigheder, der skal bevises, er beskrevet med tilstrækkelig præcision i punkt 45 og 46 i bemærkningerne til de interventionsindlæg, som sagsøgeren har henvist til. Det er således angivet i det nævnte punkt 46, at »[i] forbindelse med de forhandlinger, der siden vedtagelsen af den anfægtede beslutning har stået på med Den Russiske Føderation om den eksisterende aftale om luftfartstjenester [...], har Republikken Østrig ikke gjort det mindste forsøg på at opnå en ændring af den i den omhandlede aftale indeholdte nationalitetsklausul«, og at »i forbindelse med disse forhandlinger har Republikken Østrigs delegation udelukkende vist interesse for at dokumentere, at Austrian – selv efter at være blevet overtaget af Lufthansa – er et østrigsk luftfartsselskab (hvor østrigske statsborgere er indehavere af de væsentligste ejerrettigheder eller sidder inde med den reelle kontrol), for på denne måde at sikre fastholdelsen af de Austrian tildelte trafikrettigheder«. Det er i øvrigt angivet, at »Republikken Østrig er gået så vidt som til at få udarbejdet en ekspertrapport af kontoret for international ret under forbundsministeriet for europæiske og internationale anliggender, ifølge hvilken Austrian er et østrigsk luftfartsselskab (hvor østrigske statsborgere er indehavere af de væsentligste ejendomsrettigheder eller sidder inde med den reelle kontrol), og at Austrian derfor opfylder kravene i nationalitetsklausulen i den bilaterale aftale om luftfartstjenester med Den Russiske Føderation«.
- 264 Sagsøgeren har imidlertid på ingen måde angivet, af hvilke grunde selskabet ønsker, at Retten skal afhøre de personer, som det i sin begæring har identificeret ved navn. Sagsøgeren har således nøjedes med at angive navnene på disse personer samt det ministerium, som de arbejder for, og adressen på dette. Sagsøgeren har på ingen måde redegjort for, hvorfor navnlig disse personer skulle være i stand til at bevise de faktiske omstændigheder, som selskabet har gjort gældende i punkt 46 i sine bemærkninger til interventionsindlæggene.
- 265 Det følger heraf, at sagsøgerens begæring om vidneafhøring med henblik på at føre bevis for de udsagn, der er indeholdt i punkt 45 og 46 i selskabets bemærkninger til interventionsindlæggene, ikke opfylder betingelserne i procesreglementets artikel 68, stk. 1, tredje afsnit, og følgelig skal afvises fra realitetsbehandling.
- 266 Det skal i øvrigt bemærkes, at sagsøgeren i punkt 46 i sine bemærkninger til interventionsindlæggene har angivet, at selskabets direktør havde deltaget i de forhandlinger, der siden vedtagelsen af den anfægtede beslutning havde stået på mellem Republikken Østrig og Den Russiske Føderation om den eksisterende bilaterale aftale om luftfartstjenester mellem disse to stater.
- 267 I henhold til procesreglementets artikel 65, litra a), og artikel 66, stk. 1, første afsnit, kan Niki Luftfahrt GmbH's direktør dog kun give personligt fremmøde for Retten som part i sagen og ikke som vidne. Det følger heraf, at den pågældendes erklæringer ikke har nogen yderligere bevisværdi i forhold til sagsøgerens udsagn.
- 268 Det skal desuden fastslås, at de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren har gjort gældende i punkt 46 i sine bemærkninger til interventionsindlæggene, er indtrådt efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning og derfor under alle omstændigheder ikke vil kunne rejse tvivl om lovligheden af denne.
- 269 Retten har under disse omstændigheder ikke fundet det hensigtsmæssigt at anmode Niki Luftfahrt GmbH's direktør om at give personligt fremmøde under retsmødet.

- 270 Med henblik på at besvare sagsøgerens klagepunkt er det nødvendigt kort at redegøre for, hvad lufttrafikrettighederne består i. For at beflyve en forbindelse mellem lufthavne, der er beliggende på to forskellige staters område, skal et luftfartsselskab således besidde en international lufttrafikrettighed, dvs. en tilladelse til at beflyve denne forbindelse. Hver stat udpeger de på dens område etablerede luftfartsselskaber, som den meddeler tilladelse til at beflyve en forbindelse mellem dette område og en anden stats område. Det antal tilladelser, som hver stat kan meddele til beflyvning af en international flyforbindelse, fastsættes traditionelt i en bilateral international overenskomst, der indgås mellem de to berørte stater. Disse trafikrettigheder udgør derfor, på forhånd, en retlig barriere for en indtræden på en international flyforbindelse.
- 271 Disse retlige barrierer blev ophævet inden for Unionen ved Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til lufruter inden for Fællesskabet (EFT L 240, s. 8), som siden blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1008/2008 af 24. september 2008 om fælles regler for driften af lufttrafiktjenester i Fællesskabet (omarbejdning) (EUT L 293, s. 3).
- 272 I medfør af artikel 15 i forordning nr. 1008/2008 har luftfartsselskaber med en gyldig driftslicens udstedt af den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvori de har deres hovedsæde, ret til at drive trafikflyvning på ruter inden for Fællesskabet, og medlemsstaterne må ikke gøre et sådant selskabs drift af disse tjenester betinget af nogen form for tilladelse eller bevilling.
- 273 Derimod er trafikrettigheder stadig påkrævede for at drive en flyforbindelse mellem en EU-medlemsstats område og et tredjeland's område. På baggrund af den usikkerhed, der blev skabt ved artikel 84, stk. 2, EØF, som blev til artikel 80, stk. 2, EF, og siden til artikel 100, stk. 2, TEUF, med hensyn til eksistensen af en ekstern kompetence for Fællesskabet og siden for Unionen på lufttransportområdet, er medlemsstaterne vedblevet med at regulere tildelingen af de lufttrafikrettigheder, der vedrører forbindelserne mellem deres respektive områder og tredjelands områder, på grundlag af bilaterale internationale overenskomster.
- 274 I domme af 5. november 2002, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-466/98, Sml., EU:C:2002:624), Kommissionen mod Danmark (C-467/98, Sml., EU:C:2002:625), Kommissionen mod Sverige (C-468/98, Sml., EU:C:2002:626), Kommissionen mod Finland (C-469/98, Sml., EU:C:2002:627), Kommissionen mod Belgien (C-471/98, Sml., EU:C:2002:628), Kommissionen mod Luxembourg (C-472/98, Sml., EU:C:2002:629), Kommissionen mod Østrig (C-475/98, Sml., EU:C:2002:630) og Kommissionen mod Tyskland (C-476/98, Sml., EU:C:2002:631) (herefter »Open skies-dommene«), udtalte Domstolen, at Unionen havde erhvervet en eksklusiv ekstern kompetence gennem brugen af sine interne kompetencer på visse dele af lufttransportområdet, nemlig tildelingen af afgangs- og ankomsttidspunkter i lufthavne, it-reservationssystemer og billetpriser inden for Fællesskabet. Den afsagde derfor dom mod de medlemsstater, der med De Forenede Stater havde indgået bilaterale aftaler, som bl.a. havde til formål at regulere disse områder.
- 275 I Open skies-dommene afsagde Domstolen tillige dom mod visse medlemsstater for med De Forenede Stater at have indgået bilaterale aftaler indeholdende klausuler, der gav sidstnævnte ret til at tilbagekalde, suspendere eller begrænse trafikrettighederne i de tilfælde, hvor de luftfartsselskaber, som den pågældende medlemsstat havde udpeget, ikke ejedes af denne medlemsstat eller af statsborgere i denne medlemsstat, i henhold til såkaldte »national ownership and control«-klausuler (krav om nationalt ejerskab og kontrol), på grund af den forskelsbehandling, som ved sådanne klausuler blev skabt i forhold til de luftfartsselskaber i Fællesskabet, der ikke var ejet eller kontrolleret af den medlemsstat eller af statsborgere i den medlemsstat, på hvis område de ønskede at etablere sig, hvilket udgjorde en overtrædelse af artikel 52 EF.

- 276 Medlemsstaterne var følgelig forpligtet til at genforhandle alle de bilaterale aftaler om lufttransport indeholdende en »national ownership and control«-klausul, som de havde indgået med tredjelande, for at bringe de traktatbrud til ophør, som Domstolen havde fastslået i Open skies-dommene i forhold til de medlemsstater, der ved denne lejlighed var blevet retsforfulgt, deriblandt Republikken Østrig, og for at undgå sådanne eventuelle retsforfølgninger i forhold til de øvrige.
- 277 Europa-Parlamentet og Rådet vedtog i denne sammenhæng forordning (EF) nr. 847/2004 af 29. april 2004 om forhandling og gennemførelse af luftfartsaftaler mellem medlemsstaterne og tredjelande (EUT L 157, s. 7). Det fremgår af sjette betragtning til denne forordning, at alle eksisterende bilaterale aftaler mellem medlemsstater og tredjelande, der indeholder bestemmelser, som er i strid med EU-lovgivningen, bør ændres eller afløses af nye aftaler, som fuldt ud er i overensstemmelse med EU-lovgivningen.
- 278 Artikel 5 i forordning nr. 847/2004 om fordeling af lufttrafikrettigheder bestemmer, at »[h]vis en medlemsstat indgår en aftale eller ændringer til en aftale eller dens bilag, som omfatter begrænsninger i anvendelsen af trafikrettigheder eller antallet af EF-luftfartsselskaber, der er berettiget til at blive udpeget til at drage fordel af trafikrettigheder, sikrer den pågældende medlemsstat, at trafikrettighederne fordeles blandt de berettigede EF-luftfartsselskaber på grundlag af en ikke-diskriminerende og gennemskuelig procedure«.
- 279 Siden Open skies-dommene og vedtagelsen af forordning nr. 847/2004 har EU-luftfartsselskaberne derfor, i princippet, kunnet konkurrere med luftfartsselskaber fra en medlemsstat om at opnå internationale trafikrettigheder inden for rammerne af en ikke-diskriminerende og gennemskuelig procedure.
- 280 Dette forudsætter dog, at den bilaterale aftale, der fastsætter vilkårene for tildeling af trafikrettighederne, indeholder en såkaldt »community ownership and control«-klausul (krav om EF-ejerskab og EF-kontrol), hvilket åbenbart endnu ikke er tilfældet med aftalen mellem Republikken Østrig og Den Russiske Føderation.
- 281 Som følge heraf er alene de luftfartsselskaber, der er kontrolleret eller ejet af den østrigske stat eller af østrigske statsborgere, i stand til at opnå trafikrettigheder til at flyve direkte fra østrigsk område til russisk område. Det skal i øvrigt bemærkes, at Republikken Østrig, som det fremgår af dennes interventionsindlæg, udelukkende har tildelt Austrian og sagsøgeren – som begge er østrigske luftfartsselskaber – trafikrettigheder mellem Østrig og Rusland.
- 282 Ikke-østrigske EF-luftfartsselskaber kan således ikke indtræde på flyforbindelserne mellem Østrig og Rusland og derved konkurrere med Austrians udbud. På grund af opretholdelsen af »national ownership and control«-klausulen i aftalen mellem Republikken Østrig og Den Russiske Føderation kan de således ikke opnå nogen trafikrettighed og derved tilbyde direkte flyvninger på disse forbindelser. De indirekte flyvninger, som de kunne tilbyde på disse forbindelser ved at benytte deres trafikknudepunkt i en medlemsstat, som har bevilget dem trafikrettigheder til Rusland, ville desuden, som det tidligere er blevet fastslået, ikke udøve et tilstrækkeligt konkurrencepres på kortdistanceforbindelserne såsom Wien-Moskva.
- 283 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren selv er blevet tildelt lufttrafikrettigheder på forbindelsen Wien-Moskva, hvilket sætter selskabet i stand til at konkurrere med Austrian. Det er desuden vigtigt at påpege, at russiske luftfartsselskaber fra de kompetente myndigheder i Den Russiske Føderation ligeledes vil kunne opnå trafikrettigheder, der vil gøre det muligt for dem at indtræde på markedet og at konkurrere med Austrian ved at tilbyde direkte flyvninger på forbindelserne mellem Østrig og Rusland. Men fremfor alt er fusionen i sig selv uden virkning i forhold til fordelingen af de eksisterende trafikrettigheder. Selv om Lufthansa efter fusionen måtte besidde trafikrettigheder, der giver dette selskab mulighed for at tilbyde direkte flyvninger fra Tyskland, Østrig eller Schweiz til landene i Østeuropa – hvilket endnu ikke er påvist, eftersom sagsøgeren alene har henvist præcist til de af

Republikken Østrig tildelte trafikrettigheder – ville dette således ikke i sig selv bevirke, at andre konkurrenter blev forhindret i at indtræde på disse flyforbindelser. Såfremt disse konkurrenter ikke kunne indtræde på disse flyforbindelser, ville det således være på grund af en manglende rådighed over trafikrettigheder, hvilket udgør en omstændighed, der er uafhængig af, hvorvidt fusionen gennemføres eller ej.

284 Følgelig skal klagepunktet om, at den ved fusionen skabte enhed vil få et monopol på lufttrafikrettighederne, hvilket vil skabe en barriere for en indtræden på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, forkastes som ugrundet.

285 Det første anbringendes fjerde led skal derfor forkastes som ugrundet.

Det første anbringendes femte led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i henseende til tilsagnetes egnethed til at afhjælpe de ved fusionen skabte konkurrenceproblemer

286 Sagsøgeren har inden for rammerne af det første anbringendes femte led i hovedtrækkene gjort gældende, at de af parterne i fusionen tilbudte tilsagn ikke gjorde det muligt at afhjælpe de ved den omhandlede fusion skabte konkurrenceproblemer.

287 Indledningsvis skal de beviser, der påberåbes i form af en begæring om, at Niki Luftfahrt GmbH's direktør skal give personligt fremmøde – hvilken begæring sagsøgeren fremsatte for første gang i sine bemærkninger til interventionsindlæggene med henblik på at underbygge de argumenter, som er indeholdt i disse bemærkninger punkt 47-56 – afvises fra realitetsbehandling, idet de er blevet fremsat for sent. Det må således konstateres, at disse argumenter udgør dels en påmindelse, dels en uddybning af de argumenter, der allerede er blevet fremført i stævningen og i replikken angående den angiveligt utilstrækkelige karakter af de af fusionsparterne afgivne tilsagn.

288 Der skal dernæst erindres om den gældende ramme for Kommissionens bedømmelse af tilsagnet samt rækkevidden af den kontrol, som EU's retsinstanser udøver med denne bedømmelse.

289 Fusionskontrol har til formål at give de omhandlede virksomheder den fornødne forudgående godkendelse før gennemførelsen af enhver fusion med fællesskabsdimension. I forbindelse med denne kontrol kan virksomhederne foreslå tilsagn med henblik på at opnå en beslutning, der erklærer fusionen forenelig med fællesmarkedet (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 448).

290 Afhængigt af stadiet for den administrative procedure skal de afgivne tilsagn enten give Kommissionen mulighed for at fastslå, at den anmeldte fusion ikke længere rejser alvorlig tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet på tidspunktet for den indledende undersøgelse (fusionsforordningens artikel 6, stk. 2), eller at der er taget hensyn til de indsigelser, der blev rejst under den indgående undersøgelse (fusionsforordningens artikel 18, stk. 3, sammenholdt med artikel 8, stk. 2). Disse tilsagn gør det således først og fremmest muligt at undgå at indlede en indgående undersøgelsesfase eller at undgå efterfølgende at vedtage en beslutning, der erklærer fusionen for uforenelig med fællesmarkedet (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 449).

291 Fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, giver nemlig Kommissionen mulighed for at ledsage en beslutning, der erklærer en fusion for forenelig med fællesmarkedet i henhold til det kriterium, der er fastsat i nævnte forordnings artikel 2, stk. 2, af betingelser og påbud med det formål at sikre, at de berørte virksomheder overholder de tilsagn, de afgav over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 450).

- ²⁹² Henset såvel til betydningen af de økonomiske interesser og til den industrielle eller erhvervsmæssige betydning, der knytter sig til denne type transaktioner, som til de beføjelser, som Kommissionen har på området, har de berørte virksomheder interesse i at gøre administrationens arbejde nemmere. Af samme grund er Kommissionen ligeledes forpligtet til at udvise den største omhyggelighed ved udøvelsen af sin fusionskontrol (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 451).
- ²⁹³ Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen som led i fusionskontrollen kun har beføjelse til at acceptere tilsagn, der kan gøre den anmeldte transaktion forenelig med fællesmarkedet (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 452).
- ²⁹⁴ Det skal i den forbindelse fastslås, at tilsagn, der foreslås af den ene af fusionsparterne, kun opfylder dette kriterium, såfremt Kommissionen med sikkerhed kan konkludere, at tilsagnene kan iværksættes, og at den afhjælpning, der vil opstå som følge heraf, er tilstrækkelig levedygtig og holdbar til at forhindre, at en dominerende stilling skabes eller styrkes, eller at der inden for en forholdsvis nær fremtid opstår hindringer for en effektiv konkurrence, hvilket det netop er formålet med tilsagnene at forebygge (dom Ryanair mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 85, EU:T:2010:280, præmis 453).
- ²⁹⁵ Hvad angår den kontrol, som EU's retsinstanser udøver med de tilsagn, som Kommissionen har accepteret i forbindelse med fusionskontrollen, skal der erindres om, at Kommissionen ifølge fast retspraksis råder over et vidt skøn ved vurderingen af, om tilsagn er nødvendige for at fjerne den alvorlige tvivl, en fusion rejser. Det følger heraf, at det ikke tilkommer Retten at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, idet Rettens kontrol skal begrænses til at påse, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Især indebærer den angiveligt manglende hensyntagen til de af sagsøgeren foreslåede tilsagn ikke i sig selv, at den anfægtede beslutning er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, og den omstændighed, at Kommissionen kunne have accepteret andre tilsagn, som måske endog ville have været gunstigere for konkurrencen, kan ikke føre til annullation af beslutningen, såfremt Kommissionen med rimelighed kan konkludere, at tilsagnene i beslutningen gør det muligt at fjerne den alvorlige tvivl (dom easyJet mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 128).
- ²⁹⁶ Retten skal under udøvelsen af sin retslige kontrol tage hensyn til det specifikke formål med tilsagnene, alt efter om de er afgivet i løbet af fase I eller fase II i fusionsundersøgelsesproceduren.
- ²⁹⁷ De under fase I afgivne tilsagn har således til formål at fjerne enhver alvorlig tvivl i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt fusionen på afgørende måde vil hæmme en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Når Retten skal tage stilling til, om de i fase I afgivne tilsagn med hensyn til rækkevidde og indhold gør det muligt for Kommissionen at vedtage en beslutning om godkendelse uden at indlede fase II, påhviler det således Retten at undersøge, om Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn har været i stand til at vurdere, at de nævnte tilsagn er en direkte og tilstrækkelig reaktion, der klart fjerner enhver alvorlig tvivl (jf. i denne retning vedrørende den tidligere fusionsforordning, i dette tilfælde Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), dom easyJet mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 129).
- ²⁹⁸ Derimod har de under fase II afgivne tilsagn bl.a., til formål at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som Kommissionen har konstateret under fase I, og som har ledt Kommissionen til at indlede fase II. Når Retten skal tage stilling til, om de i fase II afgivne tilsagn med hensyn til rækkevidde og indhold gør det muligt for Kommissionen at vedtage en beslutning om godkendelse af fusionen, påhviler det således Retten at undersøge, om Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn har været i stand til at vurdere, at de nævnte tilsagn er en direkte og tilstrækkelig reaktion på de under fase I konstaterede konkurrenceproblemer.

- 299 Det er i lyset af disse principper, at de af sagsøgeren fremførte argumenter skal vurderes.
- 300 Sagsøgeren har bestridt, at de omhandlede tilsagn er hensigtsmæssige i henseende til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som Kommissionen i den anfægtede beslutning har konstateret på visse flyforbindelser.
- 301 Det er dog vigtigt at bemærke, at sagsøgeren ligeledes har kritiseret Kommissionen for at have godkendt fusionen uden at der foreligger kompensationsforanstaltninger, der kan opveje konkurrenceproblemer på samtlige de destinationer – over korte distancer og mellemdistancer – som Austrian beflyver på forbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa, såvel som på forbindelserne mellem Østrig og Tyskland. Sagsøgeren har tillige beklaget fraværet af tilsagn, der er egnede til at afhjælpe de ved fusionen skabte konkurrenceproblemer med hensyn til den ved fusionen skabte enheds kapaciteter og Lufthansas og Austrians prispolitik.
- 302 Det skal i den forbindelse bemærkes, at Kommissionen – som allerede fastslået under behandlingen af det første anbringendes fire første led – ikke foretog et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at påpege tilstedeværelsen af andre konkurrenceproblemer end dem, der blev konstateret i den anfægtede beslutning. Kommissionen kan derfor ikke kritiseres for at have foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at acceptere tilsagn, der ikke var egnede til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som sagsøgeren har fremført, og som ikke blev fastslået i den anfægtede beslutning.
- 303 Hvad angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen – henset til det monopol på lufttrafikrettighederne, som den ved fusionen skabte enhed vil få på forbindelserne mellem på den ene side Østrig og på den anden side landene i Østeuropa og Mellemøsten – burde have pålagt de østrigske myndigheder at forpligte sig til at bevilge lufttrafikrettigheder til de konkurrenter til Lufthansa, som ønskede at påbegynde beflyvningen af disse forbindelser, skal det i øvrigt bemærkes, at Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, andet afsnit, til beslutningen om, at en fusion er forenelig med fællesmarkedet, kan knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder opfylder de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med hensyn til at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. Det følger heraf, at beslutningen om, at fusionen er forenelig med fællesmarkedet, i en sådan situation er betinget af parternes overholdelse af de forpligtelser, som de tilsagn, som de har afgivet over for Kommissionen, indebærer for dem. Følgelig kan Kommissionen ikke i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, andet afsnit, betinge vedtagelsen af en beslutning om, at en fusion mellem to luftfartsselskaber er forenelig med fællesmarkedet, af den omstændighed, at en medlemsstat forpligter sig til at bevilge lufttrafikrettigheder til konkurrenterne til disse luftfartsselskaber.
- 304 Retten vil under disse omstændigheder begrænse sig til at vurdere sagsøgerens klagepunkt om, at de anmeldende parter tilsagn angiveligt er uhensigtsmæssige i henseende til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som Kommissionen i den anfægtede beslutning har identificeret.

Tilsagnenes hensigtsmæssighed med hensyn til afgangs- og ankomsttidspunkter på de identificerede forbindelser mellem Østrig og Tyskland

– De afgangs- og ankomsttidspunkter, der skal stilles til rådighed på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main

- 305 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at det forhold, at de afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet forudgående har fået overført af Lufthansa, er blevet fratrukket det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa skal stille til rådighed på denne forbindelse, vil bevirke, at Lufthansas tilsagn vil begrænse sig til at stille to supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed, hvilket ikke vil kunne gøre det muligt for en ny aktør at sikre et tilstrækkeligt konkurrencepres.

- 306 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at det forhold, at de afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet tidligere har fået overført af Lufthansa, er blevet fratrukket det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som skal stilles til rådighed på den omhandlede forbindelse, ikke er berettiget, skal det bemærkes, at Lufthansa og Austrian på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning hver havde fem daglige afgang på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main, mens Adria Airways, der er medlem af Star Alliance, havde tre, og sagsøgeren havde to og havde modtaget en tredje fra og med IATA's vintersæson 2009/2010 (154. og 162. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 307 Som Kommissionen har angivet i 159.-162. betragtning til den anfægtede beslutning, er fordelingen af afgangs- og ankomsttidspunkter på den omhandlede flyforbindelse imidlertid knyttet til eksistensen af joint venture-aftalen mellem Lufthansa og Austrian, i medfør af hvilken disse selskaber har forpligtet sig til at dele alle driftsindtægterne og -omkostningerne på denne flyforbindelse. Denne joint venture-aftale blev midlertidigt fritaget af Kommissionen i medfør af artikel 81, stk. 3, EF til gengæld for visse tilsagn. Da Kommissionens fritagelsesbeslutning udløb i 2005, fortsatte parterne deres samarbejde inden for rammerne af joint venturet på grundlag af en selv vurdering af dette samarbejdes overensstemmelse med artikel 81 EF. Kommissionen har præciseret, at denne selv vurdering ledte parterne til at konstatere, at der forelå »alvorlige bekymringer« med hensyn til joint venture-aftalens forenelighed med artikel 81 EF, og til at konkludere, at det var meget sandsynligt, at der skulle overføres afgangs- og ankomsttidspunkter til deres konkurrenter. Det fremgår af 162. betragtning til den anfægtede beslutning, at det var på grundlag af denne selv vurdering, at Lufthansa i 2006 overførte to afgangs- og ankomsttidspunkter til sagsøgeren i lufthavnen i Frankfurt am Main for derved at give denne mulighed for at indtræde på denne forbindelse med to daglige afgang. Det var i denne sammenhæng, at Lufthansa i juli 2009 overførte et nyt afgangs- og ankomsttidspunkt til sagsøgeren for derved at give denne mulighed for at drive en tredje daglig afgang på denne forbindelse fra og med IATA's vintersæson 2009/2010.
- 308 Kommissionen angav i den anfægtede beslutning, at denne situation, som et scenarie, skulle sammenlignes med det tænkte tilfælde vedrørende fusionen, hvorefter joint venturet var ophørt på grund af oprettelsen af en strukturel forbindelse mellem Lufthansa og Austrian, hvilket i henhold til joint venture-aftalens bestemmelser ville have ført til, at sagsøgeren havde tilbageleveret afgangs- og ankomsttidspunkterne til Lufthansa. Ifølge Kommissionen ville det imidlertid – henset til trafikbelastningen på lufthavnen i Frankfurt am Main – have været næsten umuligt for sagsøgeren at erhverve sine egne afgangs- og ankomsttidspunkter, og selskabet måtte i konsekvens heraf have indstillet driften af forbindelsen Wien-Frankfurt am Main. Adria Airways ville have stået tilbage som den eneste konkurrent til den ved fusionen skabte enhed på denne flyforbindelse og ville ifølge Kommissionen ikke have været i stand til at udøve et tilstrækkeligt konkurrencepres (162.-168. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 309 For at afhjælpe dette konkurrenceproblem afgav parterne det tilsagn at stille afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed, der gjorde det muligt for en ny leverandør af luftfartstjenester at drive op til fem daglige afgang på denne forbindelse (330. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 310 Det er i den forbindelse præciseret i 331. betragtning til den anfægtede beslutning, at der fra det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som skulle stilles til rådighed, skulle trækkes det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, der allerede var overført til en ny aktør i medfør af tilsagnene, medmindre den nye aktør ophørte med at udnytte disse afgangs- og ankomsttidspunkter, og disse derfor blev tilbageført til parterne.
- 311 I det særlige tilfælde med forbindelsen Wien-Frankfurt am Main var det fastsat, at de tre afgang, som sagsøgeren drev på denne forbindelse, skulle fratrækkes det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som skulle stilles til rådighed i medfør af tilsagnene (333. betragtning til den anfægtede beslutning). Det

følger heraf, at sagsøgeren skulle beholde de af Lufthansa tidligere overførte afgangs- og ankomsttidspunkter, og at Lufthansa skulle stille to supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed.

- 312 Bibeholdelsen af de tre afgangs- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa tidligere havde overført til sagsøgeren, og disses fratrækning fra de fem afgangs- og ankomsttidspunkter, som skulle stilles til rådighed på denne flyforbindelse, er imidlertid i den anfægtede beslutning begrundet med det forhold, at overførslen af disse afgangs- og ankomsttidspunkter til sagsøgeren svarer til et af Kommissionen i den anfægtede beslutning beskrevet scenarie, hvorefter denne overførsel i forening med Adria Airways' tilstedeværelse ville sikre et tilstrækkeligt konkurrencepres på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main. Det må i den forbindelse konstateres, at sagsøgeren ikke har anfægtet det scenarie, som Kommissionen har opstillet som led i analysen af de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main.
- 313 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at tilsagnet om at stille supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main indskrænker sig til at stille kun to afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed, skal det bemærkes, at de af parterne i fusionen afgivne tilsagn som fastslået ovenfor i realiteten ikke blot indebærer, at sagsøgeren bibeholder rådigheden over tre afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet ellers ville have været forpligtet til at tilbagelevere til Lufthansa, men tillige, at der stilles to supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter til rådighed. Sagsøgeren eller enhver ny aktør kan ansøge om disse to supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter.
- 314 Det fremgår desuden af 334. betragtning til den anfægtede beslutning, at sagsøgeren ville få tilladelse til at ombytte de afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet havde modtaget fra Lufthansa i Frankfurt am Main i henhold til den aftale om leje af afgangs- og ankomsttidspunkter, som bandt sagsøgeren til sidstnævnte, med afgangs- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa gjorde tilgængelige i medfør af tilsagnene.
- 315 Det fremgår ligeledes af 335. betragtning til den anfægtede beslutning, at Lufthansa – uafhængigt af, om sagsøgeren valgte eller ikke valgte at erhverve nye afgangs- og ankomsttidspunkter fra parterne i bytte for sine daværende afgangs- og ankomsttidspunkter i lufthavnen i Frankfurt am Main – gav tilsagn om at ændre sin daværende aftale om leje af afgangs- og ankomsttidspunkter med sagsøgeren for at afspejle bestemmelserne i tilsagnene, navnlig hvad angik mulighederne for sagsøgeren for at erhverve hævdvundne rettigheder i forhold til disse afgangs- og ankomsttidspunkter i henhold til, hvad der er fastsat i 342. betragtning til den anfægtede beslutning.
- 316 Det fremgår således af dette sidste punkt, at den nye aktør vil erhverve hævdvundne rettigheder over de fra parterne modtagne afgangs- og ankomsttidspunkter, dvs. at vedkommende vil få ret til at anvende de af parterne overførte afgangs- og ankomsttidspunkter ved de to endepunkter på forbindelsen for et hvilket som helst identificeret bypar på et andet intraeuropæisk bypar end de identificerede bypar, når vedkommende har befløjet det identificerede bypar i to på hinanden følgende IATA-sæsoner, med undtagelse af byparret Wien-Frankfurt am Main, i forhold til hvilket opnåelsen af hævdvundne rettigheder vil kræve, at denne forbindelse er blevet befløjet i otte på hinanden følgende IATA-sæsoner.
- 317 Det må herefter fastslås, at sagsøgeren i henhold til de af fusionsparterne afgivne tilsagn ikke blot vil kunne bibeholde de tre afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet tidligere har fået overført, og eventuelt erhverve to supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter, men at denne tillige vil kunne erhverve hævdvundne rettigheder over de afgangs- og ankomsttidspunkter, som selskabet i henhold til lejeaftalen har fået overført fra Lufthansa på lufthavnen i Frankfurt am Main, efter otte på hinanden følgende IATA-sæsoner og ombytte disse afgangs- og ankomsttidspunkter med andre afgangs- og ankomsttidspunkter, som Lufthansa har stillet til rådighed inden for rammerne af tilsagnene.

- 318 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at tilrådighedsstillelsen af supplerende afgangs- og ankomsttidspunkter, således som fastsat i tilsagnene, ikke vil kunne gøre det muligt for en ny konkurrent at indtræde på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main, må det konstateres, at dette argument modsiges af de resultater af markedsundersøgelsen, som Kommissionen har omtalt i den anfægtede beslutning. Kommissionen har således i 362. betragtning til den anfægtede beslutning angivet, at et flertal af deltagerne i markedsundersøgelsen generelt var af den opfattelse, at tilsagnene ville gøre det muligt for sagsøgeren eller en ny aktør at levere konkurrence- og bæredygtige luftfartstjenester på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main. Det er ligeledes præciseret, at deltagerne i markedsundersøgelsen i vidt omfang er enige om at anerkende, at tilsagnene som helhed er tilstrækkelige til at fremme og forøge sandsynligheden for en indtræden på flyforbindelsen eller for en konkurrents ekspansion og, følgelig, til at løse konkurrenceproblemerne på denne forbindelse.
- 319 Hvad for det fjerde angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen bør foretage sin egen vurdering af tilsagnene og ikke i denne henseende henholde sig til markedsundersøgelsens konklusioner, skal det fastslås, at dette er blevet fremført for første gang i replikken. Det skal dog bemærkes, at dette argument har til formål at besvare et argument, som Kommissionen har fremført i svarskriftet, og derfor ikke kan anses for fremsat for sent. Argumentet kan imidlertid ikke tiltrædes, eftersom det fremgår af selve ordlyden af 362. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen alene har benyttet markedsundersøgelsen til at bekræfte sine egne konklusioner angående den hensigtsmæssige karakter af tilsagnene på den omhandlede flyforbindelse.
- 320 Hvad for det femte angår de af sagsøgeren fremførte argumenter vedrørende luftfartsselskabet MAP's evne til at drive forbindelsen Wien-Frankfurt am Main må det fastslås, at de – såfremt de anses for begrundede – alene angår stillingen for én deltager i markedsundersøgelsen, og derfor ikke i sig selv kan rejse tvivl om konklusionerne i denne undersøgelse som helhed.
- 321 Det skal ydermere bemærkes, at det i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke fremgår af bilag C 8 til replikken, at luftfartsselskabet MAP kun er i besiddelse af to fly af typen MD-83 med 170 pladser, som er stillet til rådighed af andre luftfartsselskaber som led i leasingaftaler, men at dette selskab – foruden sine 13 forretningsfly – ejer 2 passagerfly af typen MD-83 med en kapacitet på 170 pladser til supplerende efterspørgsel. Det forhold, at disse fly af typen MD-83 er blevet lejet hos andre luftfartsselskaber, udelukker som anført af Kommissionen ikke, at luftfartsselskabet MAP i fremtiden kan anvende dem for egen regning. Det skal derfor fastslås, at dette argument savner grundlag i de faktiske omstændigheder.
- 322 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal klagepunktet om, at tilrådighedsstillelsen af afgangs- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main var utilstrækkelig, forkastes som ugrundet.
- De til rådighed stillede afgangs- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-München
- 323 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at tilrådighedsstillelsen af ét enkelt afgangs- og ankomsttidspunkt på forbindelsen Wien-München – hvilket er en følge af, at det antal afgangstider, som selskabet på nuværende tidspunkt udnytter på denne forbindelse, fratrækkes det antal afgangs- og ankomsttidspunkter, som fusionsparterne har afgivet tilsagn om at stille til rådighed – ikke vil gøre det muligt for et luftfartsselskab at indtræde på denne forbindelse på en konkurrencedygtig måde.

324 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren synes at gå ud fra en antagelse om, at selskabet vil beslutte sig for at opretholde sit nuværende antal afgang. Det må imidlertid konstateres, at selv om det er rigtigt, at der i et sådant tilfælde vil stå ét enkelt afgang- og ankomsttidspunkt til rådighed for en ny aktør, har Kommissionen imidlertid angivet følgende i 363. betragtning til den anfægtede beslutning:

»[...] Selv om leveringen af konkurrencedygtige luftfartstjenester i almindelighed, og særligt i forhold til tidsfølsomme passagerer, fordrer mere end én daglig afgang, skal det bemærkes, at [...] lufthavnen [i München] forventer betydelige udvidelser af sin kapacitet i en nær fremtid. Navnlig er en tredje landingsbane på nuværende tidspunkt i den anden fase af en lang godkendelsesproces og burde være operationel fra 2011. Denne tredje landingsbane vil forøge koordineringen af op til 120 afgang eller ankomster pr. time mod 90 afgang eller ankomster pr. time med det nuværende system med to landingsbaner og vil blive tilgængelig for de to terminaler i lufthavnen [i München]. Disse planlagte udvidelser af kapaciteten vil forøge sandsynligheden for, at nye aktører i en nær fremtid [bl.a. når det økonomiske klima for tjenesteydelser inden for lufttransport, som omtales nedenfor i [384.] betragtning ff., er blevet forbedret] vil kunne erhverve afgang- og ankomsttidspunkter efter den normale procedure for tildeling af afgang- og ankomsttidspunkter [...] Samtidig kan de erhverve et afgang- og ankomsttidspunkt i medfør af tilsagnene, for hvilket de kan opnå hævdvundne rettigheder efter to sæsoner, hvilket følgelig vil tilskynde dem yderligere til at indlede driften af denne flyforbindelse.«

325 Kommissionen har ligeledes angivet i 364. betragtning til den anfægtede beslutning, at disse omstændigheder samlet set begrundede en fratrækning af sagsøgerens bestående afgang fra de afgang- og ankomsttidspunkter, der skulle stilles til rådighed i medfør af tilsagnene og derfor ville gøre det muligt for sagsøgeren og en ny aktør i fyldestgørende grad at gendanne det konkurrencepres, som Lufthansa og Austrian ville udøve på hinanden uden transaktionen.

326 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren ikke har angivet, i hvilken henseende de konstateringer, som Kommissionen har foretaget i 363. betragtning til den anfægtede beslutning, skulle være urigtige eller ikke skulle gøre det muligt at nå til den konklusion, at tilsagnene sætter en ny aktør i stand til med succes at indtræde på flyforbindelsen Wien-München.

327 Det skal tillige bemærkes, at sagsøgeren ikke har anfægtet de konklusioner i markedsundersøgelsen, som Kommissionen har henvist til i 365. betragtning til den anfægtede beslutning, ifølge hvilke deltagerne i markedsundersøgelsen i vidt omfang er enige om at anerkende, at tilsagnene løser konkurrenceproblemerne på forbindelsen Wien-München, og at et flertal af disse deltagere er af den opfattelse, at tilsagnene samlet set i tilstrækkelig grad fremmer og forøger sandsynligheden for en indtræden eller en ekspansion og derved gør det muligt for sagsøgeren eller en ny aktør at tilbyde en konkurrence- og bæredygtig luftfartstjeneste på denne forbindelse. Sagsøgeren har i realiteten begrænset sig til at gøre gældende, at Kommissionen selv bør vurdere, om tilsagnene er tilstrækkelige, og ikke henholde sig til markedsundersøgelsens resultater. Det fremgår imidlertid af selve ordlyden af 365. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen med henblik på at vurdere, om tilsagnene var tilstrækkelige, ikke udelukkende henholdt sig til markedsundersøgelsen, men at den blot konstaterede, at de konklusioner, som den var nået frem til, var »[...] i overensstemmelse med den i markedsundersøgelsen foretagne helhedsvurdering af de korrigerende foranstaltninger for denne flyforbindelse«.

328 Under disse omstændigheder, og idet der ikke foreligger mere præcise argumenter til støtte for dette klagepunkt, må det fastslås, at klagepunktet ikke opfylder de præcisionskrav, der efter retspraksis følger af procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c) og d), og at dette derfor må afvises fra realitetsbehandling (jf. i denne retning dom af 27.9.2012, Nynäs Petroleum og Nynas Belgium mod Kommissionen, T-347/06, Sml., EU:T:2012:480, præmis 107 og 108).

– De til rådighed stillede afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelserne Wien-Køln og Wien-Stuttgart

- 329 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at tilsagnene ikke er tilstrækkelige til at gøre det muligt for en ny konkurrent at indtræde på forbindelserne Wien-Stuttgart og Wien-Køln, idet disse beflyves af lavprisselskabet Germanwings.
- 330 Sagsøgeren har til støtte for dette klagepunkt fremført et enkelt argument om, at et lavprisselskab kun kan indtræde på en forbindelse ved at skabe en efterspørgsel på billige billetter, i det omfang et andet lavprisselskab ikke allerede beflyver denne forbindelse.
- 331 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren ikke har angivet, i hvilken henseende det princip, som selskabet har fremført – såfremt det forudsættes dokumenteret under alle forhold og særligt i den foreliggende sag – er til hinder for, at et traditionelt selskab, hvis virksomhedsmodel, udbud af tjenester og prisstruktur adskiller sig fra lavprisselskabernes, kan indtræde på de omhandlede forbindelser.
- 332 Det skal tillige bemærkes, at såfremt udsagnet om, at et lavprisluffartsselskabs beflyvning af en forbindelse forhindrer ethvert andet lavprisluffartsselskab i at indtræde på denne forbindelse, var rigtigt, ville der ikke eksistere nogen konkurrence mellem selskaberne af denne type ifølge A&A-fremgangsmåden. Det fremgår imidlertid af 123. betragtning til den anfægtede beslutning, at luftfartsselskabet TUIfly (der tilbyder charterflyvninger og lavprisflyvninger), på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning skulle indlede driften af forbindelsen Wien-Køln med to hverdagsafgange og en afgang om lørdagen og om søndagen, og at disse flyvninger kunne reserveres for IATA's vintersæson 2009/2010, og dette til trods for, at denne forbindelse allerede blev befløjet af Germanwings.
- 333 Sagsøgeren har følgelig ikke dokumenteret, at Germanwings' tilstedeværelse på disse forbindelser umuliggjorde en indtræden for en ny konkurrent til trods for de af fusionsparterne afgivne tilsagn.
- 334 Ifølge Kommissionen bekræftes denne konklusion desuden af de besvarelser, som konkurrenterne har afgivet af spørgsmål nr. 28 i det spørgeskema, som de fik tilsendt under fase I i markedsundersøgelsen, og som omhandlede spørgsmålet om, for det første, hvorvidt et lavprisselskabs tilstedeværelse udgjorde en vigtig faktor for beslutningen om at drive en flyforbindelse, og, for det andet, hvorledes denne tilstedeværelse påvirkede beslutningen om at indlede, opgive eller fortsætte driften af en flyforbindelse.
- 335 Idet Kommissionen ikke har vedlagt besvarelserne af spørgsmål nr. 28 som bilag til sine processkrifter, har Retten den 18. februar 2013 som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet denne om at fremlægge disse besvarelser. Kommissionen har den 22. marts 2013 efterkommet denne anmodning.
- 336 En gennemlæsning af de af Kommissionen fremlagte besvarelser viser, at det store flertal af deltagerne i markedsundersøgelsen svarede bekræftende på spørgsmålets første led, og at flertallet af de adspurgte konkurrenter som svar på spørgsmålets andet led angav, at dette påvirkede dels deres beslutning om at indtræde eller forblive på markedet derved, at dette gjorde denne beslutning mindre sandsynlig alt efter bl.a. hyppigheden af de af lavprisselskabet udførte flyvninger, eller om det modtog offentlige tilskud, dels deres beslutning om at træde ud af markedet derved, at dette gjorde denne beslutning mere sandsynlig. Imidlertid angav alene et mindretal, at et lavprisselskabs tilstedeværelse på en flyforbindelse ville være en grund til ikke at indtræde på denne flyforbindelse eller til at træde ud af denne. I øvrigt angav et mindretal af adspurgte konkurrenter, at et lavprisselskabs tilstedeværelse på en flyforbindelse ikke havde nogen indflydelse på deres beslutning om at beflyve den pågældende forbindelse, med henvisning til, at de fandt, at det drejede sig om en anderledes markedssektor, eller at de selv var lavprisselskaber. Til trods for forskelligartetheden af besvarelserne af spørgsmålets andet

led viser det sig klart, at et flertal af de adspurgte konkurrenter ikke udelukker at indtræde på en flyforbindelse på grund af et lavprisselskabs tilstedeværelse på denne, selv om de anerkender, at dette under visse omstændigheder vil gøre denne indtræden vanskeligere.

- 337 Retten finder under disse omstændigheder, at Kommissionen med føje kunne lægge til grund, at Germanwings' tilstedeværelse på forbindelserne Wien-Køln og Wien-Stuttgart ikke kunne hindre nye konkurrenters indtræden på disse forbindelser.

Det forhold, at intet luftfartsselskab siden vedtagelsen af den anfægtede beslutning har indledt driften af en af de flyforbindelser, der er berørt af tilsagnene

- 338 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at utilstrækkeligheden af de af fusionsparterne afgivne tilsagn dokumenteres af det forhold, at intet luftfartsselskab i sommeren 2010 havde indledt driften af en af de flyforbindelser, der er berørt af tilsagnene.

- 339 Der skal i den forbindelse erindres om, at dette forhold, der – såfremt det forudsættes dokumenteret – er indtrådt efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, ifølge fast retspraksis ingen følger har for lovligheden af denne beslutning, eftersom denne skal undersøges i lyset af de faktiske omstændigheder, der forelå på datoen for dennes vedtagelse (jf. i denne retning dom af 7.2.1979, Frankrig mod Kommissionen, 15/76 og 16/76, Sml., EU:C:1979:29, præmis 7, af 17.5.2001, IECC mod Kommissionen, C-449/98 P, Sml., EU:C:2001:275, præmis 87, og af 12.12.1996, Altmann m.fl. mod Kommissionen, T-177/94 og T-377/94, Sml., EU:T:1996:193, præmis 119).

- 340 Det følger heraf, at dette argument skal forkastes som uvirksomt.

De øvrige tilsagns passende karakter

- 341 Sagsøgeren har i hovedtrækkene gjort gældende, at interliningaftalerne og aftalerne om kvoteandele samt deltagelsen i Lufthansas kundeloyalitetsprogram »Miles & More« ikke er egnede til at sikre en tilstrækkelig konkurrence.

- 342 Sagsøgeren har til støtte for dette klagepunkt anført, at der kun kan forudses indgået interliningaftaler og aftaler om kvoteandele for de små luftfartsselskaber, som hovedsageligt transporterer transferpassagerer som led i den regionale trafik henimod trafikknudepunkterne for selskaberne med rutenet, og ikke for de virkelige konkurrenter til Lufthansa, dvs. Air Berlin, Air France-KLM, British Airways, easyJet eller Ryanair.

- 343 Dette gælder ligeledes for Lufthansas kundeloyalitetsprogram, idet hovedparten af dette selskabs konkurrenter har deres egne programmer og derfor ikke har nogen interesse i at deltage heri. Den eneste effektive foranstaltning i forhold til et sådant program ville være at forbyde anvendelsen heraf på de forbindelser, der er underlagt konkurrence, for at begrænse dets loyalitetsskabende virkning.

- 344 Det skal i den anledning bemærkes, at det i medfør af tilsagnene bliver muligt for en ny aktør at indgå interliningaftaler med fusionsparterne, hvilket vil give vedkommende mulighed for – på det identificerede bypar, som denne beflyver – at sælge ud- og hjemrejser til kunderne, hvoraf den ene af strækningerne varetages af fusionsparterne og den anden af vedkommende selv. Som fremhævet af Kommissionen giver dette f.eks. kunderne mulighed for at rejse ud om morgenen med konkurrenten og, såfremt denne sidstnævnte ikke råder over noget afgangs- og ankomsttidspunkt eller ikke tilbyder nogen flyvning om aftenen, at benytte en Lufthansa-Austrian-flyvning til hjemrejsen (punkt 4.2 i tilsagnene).

- 345 Det skal i øvrigt bemærkes, at tilsagnene ligeledes fastsætter en mulighed for, at en ny aktør, som fremsætter anmodning herom over for fusionsparterne, med disse kan indgå en særaftale vedrørende kvoteandele for den trafik, der reelt udgår fra og har reel destination i enten Østrig eller Tyskland, eller i Østrig eller Belgien, på den betingelse, at en del af rejsen foregår på en af flyforbindelserne Wien-Frankfurt am Main, Wien-München, Wien-Køln, Wien-Stuttgart eller Wien-Bruxelles. Villkårene i denne aftale skal være således, at den nye leverandør af luftfartstjenester modtager den samme behandling som Lufthansas partnere i Star Alliance på det samme identificerede bypar (punkt 5.1 i tilsagnene).
- 346 De omhandlede tilsagn vedrører alle de flyforbindelser, på hvilke der er blevet identificeret konkurrenceproblemer, og følger sig til tilrådighedsstillelsen af afgangs- og ankomsttidspunkter på disse flyforbindelser.
- 347 Som anført af sagsøgeren synes disse supplerende korrigerende foranstaltninger at kunne interessere de regionale selskaber, som beflyver Lufthansas og Austrians trafikknudepunkter fra de regionale tyske eller østrigske lufthavne, f.eks. i forhold til en flyvning med tilslutningsfly via lufthavnen i Wien på forbindelser mellem på den ene side de regionale østrigske lufthavne og på den anden side lufthavnene i Frankfurt am Main, München, Stuttgart, Køln eller Bruxelles, eller i forhold til en flyvning med tilslutningsfly via Frankfurt am Main eller München på forbindelserne mellem på den ene side de regionale tyske lufthavne og på den anden side Wien.
- 348 Der fremgår dog ikke nogen klar grund til, at sådanne korrigerende foranstaltninger ikke også skulle kunne interessere andre konkurrenter, uanset om det drejer sig om lavprisluftfartsselskaber, der fungerer efter en rutenetsmodel, og som ønsker at etablere sig på en af de identificerede forbindelser, eller om det drejer sig om et luftfartsselskab med rutenet, som ønsker at indtræde på disse forbindelser for at udvide sit udbud og samtidig begrænse de med en sådan indtræden forbundne udgifter.
- 349 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremsat et eneste argument til støtte for udsagnet om, at selskaber såsom easyJet, Ryanair, Air France-KLM eller British Airways ikke skulle være interesserede i sådanne korrigerende foranstaltninger.
- 350 Sagsøgeren har heller ikke bestridt Kommissionens angivelse af, at markedsundersøgelsen i henseende til interliningaftalerne har vist, at fraværet af en løsning af denne art udgjorde en af grundene til, at andre transportører ophørte med at drive flyforbindelserne mellem Tyskland og Østrig (377. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 351 Det fremgår imidlertid af besvarelserne af det spørgeskema, som Kommissionen den 27. juli 2009 tilsendte markedsaktørerne, og som Kommissionen har fremlagt som svar på foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse af 18. februar 2013, at ud af de 48 markedsaktører, som har besvaret spørgsmål nr. 10 og 11 i dette spørgeskema, har kun 6 vurderet, at de af de anmeldende parter afgivne tilsagn ikke udgjorde en tilskyndelse til en indtræden eller ekspansion på forbindelserne mellem de identificerede bypar. Denne konstatering bekræfter Kommissionens angivelse i 377. betragtning til den anfægtede beslutning og giver grundlag for at forkaste sagsøgerens argument om, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at disse tilsagn var egnede til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som den omhandlede fusion gav anledning til.
- 352 Under disse omstændigheder har sagsøgeren ikke påvist, i hvilken henseende muligheden for at indgå interliningaftaler og særaftaler vedrørende kvoteandele således som fastsat i tilsagnene, i sammenhæng med tilrådighedsstillelsen af afgangs- og ankomsttidspunkter, ikke skulle gøre det muligt at tilskynde konkurrenter til at indtræde på de identificerede flyforbindelser.

353 Sagsøgerens argument vedrørende muligheden for at få adgang til Lufthansas kundeloyalitetsprogram er heller ikke overbevisende. Det skal således påpeges, at såfremt en ny aktør, der ikke deltager i Lufthansas kundeloyalitetsprogram »Miles & More«, anmoder herom, skal Lufthansa i henhold til tilsagnene tillade denne at blive optaget i dette program i forhold til de identificerede bypar, som den nye leverandør af luftfartstjenester beflyver. Aftalen skal udformes således, at den nye leverandør af luftfartstjenester modtager den samme behandling som Lufthansas partnere i Star Alliance. De økonomiske vilkår skal afspejle de gennemsnitlige vilkår, der er aftalt med Lufthansas partnere i alliancen (punkt 7.1 i tilsagnene). Retten har allerede fastslået i dom easyJet mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139 (EU:T:2006:187), at det forhold, at passagererne på konkurrerende luftfartsselskabers flyvninger på de berørte markeder kan opnå »miles« hos den fusionerede enhed, giver disse passagerer og dermed indirekte de konkurrerende luftfartsselskaber en ikke-ubetydelig fordel. For det tilfælde, at et konkurrerende luftfartsselskab ikke skulle ønske at deltage i kundeloyalitetsprogrammet på grund af sine egne behov og sin organisation, f.eks. fordi det har sit eget kundeloyalitetsprogram, er denne holdning et resultat af en forretningsmæssig beslutning, som er selskabets egen. Følgelig kan et sådant strategisk valg ikke bevise, at en sådan korregerende foranstaltning er utilstrækkelig, og følgelig heller ikke, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, som kan tilregnes Kommissionen (dom easyJet mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 139, EU:T:2006:187, præmis 143).

354 Det følger heraf, at klagepunktet om de øvrige tilsagns utilstrækkelighed ligeledes skal forkastes som ugrundet.

3. Det tredje anbringende om, at der er begået magtfordrejning

355 Sagsøgeren har begrænset sig til at gøre gældende, at Kommissionen ved undersøgelsen af den omhandlede fusion fraveg sine egne retningslinjer og meddelelser, og til i den anledning at henvise til forskellige punkter i stævningen.

356 Der skal i den forbindelse erindres om, at stævningen ifølge procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c) og d), bl.a. skal indeholde en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Endvidere skal denne fremstilling, uafhængigt af terminologiske spørgsmål, være tilstrækkeligt klar og præcis til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar og Retten træffe afgørelse i sagen, i givet fald uden at behøve at udbede sig yderligere oplysninger. For at et søgsmål kan antages til realitetsbehandling, er det derfor af retssikkerhedshensyn og af hensyn til en god retspleje nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt, fremgår af selve stævningen. Det påhviler ikke i den anledning Retten at undersøge, om der blandt alle de omstændigheder, som er blevet påberåbt til støtte for ét anbringende, er nogle, der ligeledes kan anvendes til støtte for et andet (jf. i denne retning dom af 27.9.2006, Roquette Frères mod Kommissionen, T-322/01, Sml., EU:T:2006:267, præmis 208 og 209).

357 Det må imidlertid fastslås, at sagsøgeren ikke har fremført noget argument, der er egnet til at støtte det tredje anbringende, og har begrænset sig til at henvise til, hvad selskabet har anført i andre dele af sine processkrifter.

358 Det tredje anbringende må herefter afvises fra realitetsbehandling.

359 Henset til samtlige ovenstående betragtninger bør Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

360 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

³⁶¹ Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at bære sine egne omkostninger og betale de af Kommissionen, ÖIAG og Lufthansa afholdte omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens, ÖIAG's og Lufthansas påstand herom.

³⁶² Republikken Østrig bærer sine egne omkostninger i medfør af procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) **Niki Luftfahrt GmbH bærer sin egne omkostninger og betaler de af Kommissionen, Österreichische Industrieholding AG og Deutsche Lufthansa AG afholdte omkostninger.**
- 3) **Republikken Østrig bærer sine egne omkostninger.**

Gratsias

Kancheva

Wetter

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. maj 2015.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder	2
1. De omhandlede virksomheder	2
2. Den administrative procedure	2
3. Indholdet af den anfægtede beslutning	4
De omhandlede markeder	4
Bedømmelse af de konkurrencemæssige virkninger af transaktionen	7
Begrebsmæssig ramme for vurderingen af fusionen	7
Analyse af konkurrencen	8
Tilsagn	10
Tilsagn vedrørende afgang- og ankomsttidspunkter	10
– Tildeling af afgang- og ankomsttidspunkter for de bypar, der rejste konkurrenceproblemer .	10
– Betingelser vedrørende overførslen af afgang- og ankomsttidspunkter	12
– Hævdvundne rettigheder	12
– Medlemmer af Star Alliance i egenskab af nye aktører	12
Andre tilsagn og bestemmelser	13
– Særaftaler vedrørende kvoteandele og code share-aftaler	13
– Andre bestemmelser	13
Vurdering af tilsagnene	13
Konklusion	14
Retsforhandlingerne	14
Parternes påstande	15
Retlige bemærkninger	15
1. Det andet anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter	16
Det andet anbringendes første led om, at der er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten	16
Det andet anbringendes andet led om den utilstrækkelige karakter af fastslåelsen af de faktiske omstændigheder i forbindelse med markedsundersøgelsen	19

2. Det første anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1 og 3, EF, af fusionsforordningens artikel 8, og af retningslinjerne fra 2004	21
Det første anbringendes første led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til afgrænsningen af det relevante geografiske marked	21
Kommissionens afgrænsning af markedet ud fra A&A-fremgangsmåden	21
Om den manglende analyse af de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på det relevante geografiske og ud fra en »samlet tilgang« definerede marked	28
Det første anbringendes andet led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn vedrørende de konkurrencemæssige virkninger af fusionen på flyforbindelserne mellem Tyskland og Østrig	31
Det første anbringendes tredje led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn angående følgerne af fusionen for flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU	32
Det første klagepunkt om, at Kommissionen ikke foretog en analyse af virkningerne af fusionen på flyforbindelserne mellem Centraleuropa og Østeuropa uden for EU på grundlag af A&A-fremgangsmåden	32
Det andet klagepunkt om, at Kommissionen ikke tog hensyn til den dominerende stilling, som Lufthansa og Austrian indtog på forbindelserne mellem på den ene side lufthavnene i Wien, Frankfurt am Main, München og Zürich, og på den anden side lufthavnene i Østeuropa uden for EU	33
Det første anbringendes fjerde led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forhold til Lufthansas og Austrians konkurrenters evne til at forblive eller indtræde på det relevante marked ..	36
Det første klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 36 i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til fusionens begrænsning af konkurrenternes evne til at sælge flyvninger til forretningskunderne og indgå rammeaftaler med rejsebureauerne og rejsearrangørerne	36
Det andet klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 31 i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enhed bliver det eneste selskab med et rutenet, der er i stand til at tilbyde sine kunder et komplet rutenet af forbindelser i hele verden og navnlig i Østeuropa	37
Det tredje klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enheds udbud vil dække hele den disponible efterspørgsel på de flyforbindelser, som de anmeldende parter dominerer	38
Det fjerde klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til den barriere for en indtræden på markedet, som den af Lufthansa og Austrian førte udelukkelsespolitik via priserne udgør	39
Det femte klagepunkt om, at der er sket en tilsidesættelse af punkt 68 ff. i retningslinjerne fra 2004 derved, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den ved fusionen skabte enhed vil få et monopol på lufttrafikrettighederne fra Centraleuropa til Østeuropa og Mellemøsten	40
Det første anbringendes femte led om, at der blev foretaget et åbenbart urigtigt skøn i henseende til tilsagnenes egnethed til at afhjælpe de ved fusionen skabte konkurrenceproblemer	45
Tilsagnenes hensigtsmæssighed med hensyn til afgangs- og ankomsttidspunkter på de identificerede forbindelser mellem Østrig og Tyskland	47

– De afgang- og ankomsttidspunkter, der skal stilles til rådighed på forbindelsen Wien-Frankfurt am Main	47
– De til rådighed stillede afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelsen Wien-München	50
– De til rådighed stillede afgang- og ankomsttidspunkter på forbindelserne Wien-Køln og Wien-Stuttgart	52
Det forhold, at intet luftfartsselskab siden vedtagelsen af den anfægtede beslutning har indledt driften af en af de flyforbindelser, der er berørt af tilsagnene	53
De øvrige tilsagns passende karakter	53
3. Det tredje anbringende om, at der er begået magtfordrejning	55
Sagens omkostninger	55