



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tiende Udvidede Afdeling)

20. oktober 2021 *

»Konkurrence – fusioner – lufttransport – afgørelse, hvorved en fusion erklæres forenelig med det indre marked og EØS-aftalen – det omhandlede marked – bedømmelse af transaktionens konkurrencemæssige virkninger – intet tilsagn – begrundelsespligt«

I sag T-240/18,

Polskie Linie Lotnicze »LOT« S.A., Warszawa (Polen), ved advokaterne M. Jeżewski og M. König,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved L. Wildpanner, T. Franchoo og J. Szczodrowski, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af

easyJet plc, Luton (Det Forenede Kongerige), ved advokaterne M. Odriozola Alén, I. Terlecka og T. Reeves,

intervenient,

angående et søgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2017) 8776 final af 12. december 2017, hvorved en fusion blev erklæret forenelig med det indre marked og EØS-aftalen (sag COMP/M.8672 – easyJet/visse aktiver i Air Berlin),

har

RETTEN (Tiende Udvidede Afdeling),

sammensat af Rettens præsident, M. van der Woude, og dommerne A. Kornezov, E. Buttigieg, K. Kowalik-Bańczyk (refererende dommer) og G. Hesse,

justitssekretær: fuldmægtig R. Ūkelytė,

* Processprog: polsk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. september 2020,
afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Air Berlin plc var et luftfartsselskab. I 2016 iværksatte det som følge af økonomiske vanskeligheder en omstruktureringsplan, som skulle finansieres delvist af en af selskabets aktionærer, Etihad Airways PJSC.
- 2 Den 9. august 2017 betalte Etihad Airways ikke den forfaldne rate af lånet.
- 3 Den 11. august 2017 meddelte Etihad Airways offentligt, at selskabet ikke længere ville yde finansiel støtte til Air Berlin.
- 4 Den 15. august 2017 indledte Air Berlin en insolvensbehandling for Amtsgericht Charlottenburg (byret i Charlottenburg, Tyskland), som gav selskabet tilladelse til fortsat at forvalte og råde over sine aktiver under en midlertidig administrators tilsyn.
- 5 Desuden anmeldte den tyske regering en støtteforanstaltning i form af et garanteret lån for maksimalt 150 mio. EUR til fordel for Air Berlin (herefter »redningsstøtten«) til Europa-Kommissionen i henhold til artikel 108, stk. 3, TEUF. Ved afgørelse C(2017) 6080 final af 4. september 2017 om statsstøtte SA.48937 (2017/N) – Tyskland vedrørende redning af Air Berlin (EUT 2017, C 400, s. 7) (herefter »afgørelsen om redningsstøttens forenelighed med det indre marked«) erklærede Kommissionen redningsstøtten forenelig med det indre marked. I denne henseende præciserede Kommissionen, at denne støtte skulle gøre det muligt at videreføre Air Berlins virksomhed i maksimalt tre måneder, hvorunder selskabets aktiver skulle sælges.
- 6 Den 27. oktober 2017 indgik intervenienten, easyJet plc og Air Berlin en aftale om erhvervelse af slots, navnlig i Berlin-Tegel lufthavn (Tyskland), standpladser svarende til disse slots, eventuelle forespørgsler fra Air Berlins kunder om operationer i forbindelse med nævnte slots, forskellige forhold vedrørende luftfartøjernes kabine og udstyr i denne henseende samt historiske data om samtlige disse aktiver (herefter »aftalen af 27. oktober 2017«).
- 7 Den 28. oktober 2017 indstillede Air Berlin sin virksomhed på markederne for lufttransport af passagerer.
- 8 Ved kendelse af 1. november 2017 fastslog Amtsgericht Charlottenburg (byret i Charlottenburg), at Air Berlins insolvens og overgældsætning var godtgjort.
- 9 Den 7. november 2017 anmeldte intervenienten i henhold til artikel 4, stk. 1, første afsnit, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT 2004, L 24, s. 1) den fusion til Kommissionen, hvorved selskabet erhvervede de aktiver, der er nævnt i præmis 6 ovenfor, i henhold til aftalen af 27. oktober 2017 (herefter »den omhandlede fusion«).

- 10 Ved afgørelse C(2017) 8776 final af 12. december 2017 (sag COMP/M.8672 – easyJet/visse aktiver i Air Berlin) (herefter »den anfægtede afgørelse«) fandt Kommissionen, at den omhandlede fusion var forenelig med det indre marked i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004.
- 11 I første række fandt Kommissionen nærmere bestemt, dels at den omhandlede fusion i det væsentlige vedrørte overførslen af Air Berlins slots til intervenienten, dels at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed med lufttransport af passagerer inden nævnte fusion og uafhængigt heraf. Kommissionen anførte i denne henseende, at disse slots ikke var tilknyttet en bestemt rute, og at Air Berlin ikke længere drev nogen rute. Kommissionen udledte heraf, at på denne baggrund gjorde vurderingen af fusionens indvirkning på markederne for lufttransport af passagerer, defineret ud fra bypar, mellem et afgangssted og et ankomststed (herefter »A & A-markederne«), det ikke muligt at erkende en sådan fusions »strukturelle virkninger« på konkurrencen. Frem for i overensstemmelse med sin afgørelsespraksis at vurdere den pågældende fusions virkning på hvert af de nævnte markeder, hvorpå Air Berlin og intervenienten var aktive, definerede Kommissionen følgelig de relevante markeder for lufttransport af passagerer ved at forene samtlige A & A-markeder fra og til hver lufthavn, hvortil Air Berlins slots, der var blevet overført til intervenienten, var knyttet. Kommissionen definerede således de relevante markeder som markederne for lufttransport af passagerer fra og til disse lufthavne.
- 12 Hvad nærmere bestemt angår Berlin-Tegel lufthavn anførte Kommissionen, at intervenienten ikke havde nogen slots i denne lufthavn inden den omhandlede fusion, men at selskabet havde slots i Berlin-Schönefeld lufthavn (Tyskland). Kommissionen fandt således, at overførslen af Air Berlins slots i Berlin-Tegel lufthavn ikke havde nogen virkning på konkurrencen, hvis disse lufthavne blev anset for at tilhøre forskellige geografiske markeder. Frem for at tage stilling til, om nævnte lufthavne tilhørte samme geografiske marked, besluttede Kommissionen imidlertid at efterprøve, om nævnte fusion rejste alvorlig tvivl om sin forenelighed med det indre marked, såfremt lufthavnene blev anset for at tilhøre samme geografiske marked.
- 13 I anden række fandt Kommissionen i det væsentlige, at intervenienten ville kunne afskærme adgangen til de relevante markeder for lufttransport af passagerer, når tre betingelser er opfyldt. For det første ville antallet af intervenientens slots i en af de berørte lufthavne udgøre en betydelig andel af det samlede antal slots i denne lufthavn, navnlig når det maksimale trængselsniveau heri nås. For det andet ville den omhandlede fusion medføre en betydelig stigning i antallet af intervenientens slots i nævnte lufthavn, navnlig når det maksimale trængselsniveau heri nås. For det tredje ville intervenientens besiddelse af slots påvirke tilgængeligheden af slots i samme lufthavn negativt, henset til det høje trængselsniveau heri og til intervenientens betydelige antal slots.
- 14 Kommissionen udledte heraf, at intervenienten ikke kunne have afskærmet adgangen til de relevante markeder for lufttransport af passagerer fra eller til nogen af de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet. Henset til, at den omhandlede fusion havde større indvirkning på lufthavnene Berlin-Tegel og Berlin-Schönefeld (herefter »Berlins lufthavne«), undersøgte Kommissionen imidlertid ligeledes, om intervenienten ville have incitament til at afskærme adgangen til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til disse lufthavne. Henset til trængselsniveauet i disse lufthavne, til intervenientens konkurrenters markedsandel og til intervenientens senere handelsstrategier fandt Kommissionen, at intervenienten ikke ville have incitament til at afskærme adgangen til disse markeder. Endelig anførte Kommissionen, at intervenientens gennemførelse af en eventuel udelukkelsesstrategi ikke ville føre til en af reduktion af konkurrencen på de nævnte markeder, eftersom to andre store luftfartsselskaber var til stede på disse markeder.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 15 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 16. april 2018 har sagsøgeren, Polskie Linie Lotnicze »LOT« S.A., anlagt nærværende søgsmål.
- 16 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 27. juli 2018 har intervenienten anmodet om tilladelse til at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 28. november 2018 har formanden for Rettens Niende Afdeling tilladt denne intervention.
- 17 Ved processkrifter af 27. august 2018 samt 9. april og 27. juni 2019 har sagsøgeren anmodet om fortrolig behandling af visse oplysninger i selskabets processkrifter og bilagene hertil.
- 18 Som følge af en ændring af sammensætningen af Rettens afdelinger i henhold til artikel 27, stk. 5, i Rettens procesreglement er den refererende dommer blevet tilknyttet Tiende Afdeling, hvortil denne sag følgelig er blevet henvist.
- 19 Efter forslag fra Tiende Afdeling har Retten i henhold til procesreglementets artikel 28 besluttet at henvise sagen til et udvidet dommerkollegium.
- 20 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
 - Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
 - Intervenienten tilpligtes at bære sine egne omkostninger.
- 21 I medfør af artikel 88 i Rettens procesreglement har sagsøgeren endvidere anmodet Retten om at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse vedrørende redningsstøtten, Air Berlins indstilling af sin virksomhed og salget af sidstnævntes aktiver.
- 22 Kommissionen har, støttet af intervenienten, nedlagt følgende påstande:
 - Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Retlige bemærkninger

- 23 Det skal indledningsvis bemærkes, at intervenienten har fremsat en formalitetsindsigelse i forhold til søgsmålet. Det skal i denne henseende imidlertid bemærkes, at det er ufornuddent at træffe afgørelse om formaliteten, når sagsøgte under alle omstændigheder skal frifindes (jf. i denne retning dom af 26.2.2002, Rådet mod Boehringer, C-23/00 P, EU:C:2002:118, præmis 51 og 52). I det foreliggende tilfælde er det således ikke nødvendigt at træffe afgørelse om formaliteten, eftersom sagsøgte skal frifindes af de grunde, der vil blive fremstillet nedenfor.
- 24 Til støtte for søgsmålet har sagsøgeren fremsat seks anbringender, hvoraf det første vedrører en urigtig afgrænsning af de relevante markeder, det andet vedrører et åbenbart urigtigt skøn hvad angår virkningerne af den omhandlede fusion, det tredje vedrører den manglende undersøgelse

af de eventuelle effektivitetsgevinster som følge af denne fusion, det fjerde vedrører den utilstrækkelige karakter af intervenientens tilsagn, det femte vedrører den manglende hensyntagen til redningsstøtten i forbindelse med vurderingen af nævnte fusions virkninger, og det sjette vedrører en tilsidesættelse af artikel 296 TEUF.

Det første anbringende om en urigtig afgrænsning af de relevante markeder

- 25 Med det første anbringende har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den foretog en urigtig afgrænsning af de relevante markeder. Dette anbringende består i det væsentlige af to led. Med det første led har sagsøgeren anfægtet forudsætningerne for Kommissionens ræsonnement, hvorefter, for det første, Air Berlin havde indstillet sin virksomhed inden den omhandlede fusion og uafhængigt heraf, og, for det andet, intervenienten ikke erhvervede Air Berlin som virksomhed, men alene sidstnævntes aktiver. Med det andet led har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den ikke afgrænsede de relevante markeder for lufttransport af passagerer med A & A-markederne, herunder for det tilfælde at Air Berlin blev anset for allerede at have trukket sig fra visse af disse markeder.
- 26 Kommissionen og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumentation.

Det første anbringendes første led om, at Air Berlin ikke havde indstillet sin virksomhed inden den omhandlede fusion og uafhængigt heraf og skulle betragtes som en virksomhed med henblik på vurderingen af virkningerne af denne fusion

- 27 Ved den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen, at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed den 28. oktober 2017 og følgelig havde trukket sig fra alle A & A-markeder, hvorpå selskabet var aktivt, inden den omhandlede fusion og uafhængigt heraf. På denne baggrund fandt Kommissionen, at for så vidt som fusionen hovedsageligt vedrørte slots, foranledigede den intervenienten til at overtage Air Berlins stillinger i de lufthavne, hvortil disse slots var knyttet, og ikke specifikt på de A & A-markeder, hvorpå Air Berlin var aktiv.
- 28 Sagsøgeren har i første række gjort gældende, at Kommissionen med urette fandt, at Air Berlin indstillede sin virksomhed uafhængigt af gennemførelsen af den omhandlede fusion. Sagsøgeren har anført, at de tyske myndigheder besluttede at indrømme Air Berlin redningsstøtten, da der blev fremsat anmodning om indledning af insolvensbehandlingen den 15. august 2017. Denne støtte gav Air Berlin mulighed for at undgå tilbagekaldelse af selskabets licens og dermed for at fortsætte sin virksomhed og bevare sine aktiver, herunder navnlig sine slots. Nævnte støtte havde således til formål at gøre det muligt at overføre en del af selskabets slots til intervenienten i medfør af artikel 8a i Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18. januar 1993 om fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne (EFT 1993, L 14, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 545/2009 af 18. juni 2009 (EUT 2009, L 167, s. 24).
- 29 Det står i denne henseende fast, at der indledtes insolvensbehandling af Air Berlin den 15. august 2017, og at denne procedure skyldtes Air Berlins økonomiske vanskeligheder og Etihad Airways' afslag på at betale raten i et lån til fordel for dette selskab. Sagsøgeren har heller ikke anfægtet, som det i øvrigt fremgår af den afgørelse, hvorved redningsstøtten blev erklæret forenelig med det indre marked, at denne støtte udelukkende tilsigtede at udskyde Air Berlins indstilling af sin virksomhed i maksimalt tre måneder, men ikke at hindre denne.

- 30 Det skal følgelig bemærkes, at Air Berlin ville have indstillet sin virksomhed, selv om den omhandlede fusion ikke fandtes, hvorfor Kommissionen med føje fandt, at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed uafhængigt af denne fusion.
- 31 I anden række har sagsøgeren anfægtet, at Air Berlin indstillede sin virksomhed inden den omhandlede fusion. Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at Air Berlin først indstillede sin virksomhed den 28. oktober 2017, dvs. efter aftalen af 27. oktober 2017, og at forhandlingen af denne aftale var blevet indledt i ugerne inden august 2017. Sagsøgeren har heraf udledt, at Air Berlin fortsat drev virksomhed under denne forhandling. Den omstændighed, at Air Berlin siden indledningen af insolvensbehandlingen den 15. august 2017 aktivt frarådede enhver ny reservation af selskabets tjenesteydelser, indebærer ikke, at selskabet ikke var aktivt, eftersom det, under hensyn til redningsstøtten, kunne have bevaret sit air operator certificate og sin licens.
- 32 Det skal i denne henseende bemærkes, at det følger af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, at en fusion, der har europæisk dimension, ikke må gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med det indre marked, medmindre Kommissionen giver dispensation fra denne forpligtelse i henhold til denne forordnings artikel 7, stk. 3.
- 33 Eftersom det ikke fremgår af sagsakterne, at Kommissionen gav en sådan dispensation, skal det i det foreliggende tilfælde bemærkes, at den fuldstændige gennemførelse af den omhandlede fusion først kunne ske efter vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, den 12. december 2017, dvs. næsten halvanden måned efter, at Air Berlin indstillede sin virksomhed.
- 34 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke havde grundlag for at kritisere Kommissionen for at have fundet, at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed inden den omhandlede fusion.
- 35 I tredje række har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den foretog en kunstig adskillelse af Air Berlins aktiver, som er genstand for den omhandlede fusion, fra virksomheden Air Berlin, som var et luftfartsselskab, der konkurrerede med intervenienten. Selv om intervenienten kun har erhvervet en del af Air Berlins aktiver, har sagsøgeren anført, at Air Berlin var såvel sælger af disse aktiver som en af parterne i nævnte fusion. Sagsøgeren har tilføjet, at modsat abstrakte helheder af aktiver kan alene virksomheder kvalificeres som parter i en fusion. Under hensyn til overførslen af slots fra Air Berlin til intervenienten erhvervede intervenienten faktisk en virksomhed i forbindelse med den omhandlede fusion.
- 36 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at det følger af artikel 3, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004, at der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på, at en virksomhed erhverver den direkte kontrol over hele eller dele af en anden virksomhed. Med hensyn til beregningen af omsætningen bestemmer denne forordnings artikel 5, stk. 2, at hvis sammenslutningen opstår gennem erhvervelse af dele af en virksomhed, tages der for sælgerens vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver. Det følger heraf, hvilket Kommissionen i øvrigt med føje har anført i punkt 136 i Kommissionens konsoliderede meddelelse om jurisdiktion efter forordning nr. 139/2004 (EUT 2008, C 95, s. 1), at de deltagende virksomheder som omhandlet i forordningen er den eller de overtagende virksomheder og de overtagne dele af målvirksomheden, men ikke de aktiviteter, der forbliver hos sælger efter overtagelsen.
- 37 Det følger heraf, at de aktiviteter, som forblev hos Air Berlin, i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke anses for en deltagende virksomhed som omhandlet i forordning nr. 139/2004.

- 38 For det andet skal det bemærkes, at sagsøgeren ikke har anfægtet den omstændighed, som Kommissionen anførte i 15. betragtning til den anfægtede afgørelse, at aktiver inden for en treårig periode kan udgøre en virksomhed, som kommer til udtryk ved en tilstedeværelse på markedet, og hvortil en omsætning kan knyttes. Sagsøgeren har heller ikke bestridt, at sådanne aktiver på visse betingelser kan udgøre en deltagende virksomhed som omhandlet i forordning nr. 139/2004. Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremlagt nogen oplysning, som kan godtgøre, at de aktiver, som intervenienten erhvervede, som fastlagt i den anfægtede afgørelse, i det foreliggende tilfælde ikke inden for en treårig periode kunne udgøre en virksomhed, der kom til udtryk ved en tilstedeværelse på markedet, og hvortil en omsætning kunne knyttes.
- 39 Det følger heraf, at Kommissionen med føje fandt, at de aktiver, som intervenienten erhvervede i forbindelse med den omhandlede fusion, udgjorde en virksomhed eller en del af en virksomhed som omhandlet i forordning nr. 139/2004, selv om Air Berlin havde indstillet sin virksomhed inden denne fusion. Eftersom det står fast, at intervenienten kun erhvervede en del af Air Berlins aktiver, konstaterede Kommissionen således med føje, at intervenienten alene havde erhvervet kontrollen med en virksomhed eller en del af en virksomhed for visse af Air Berlins aktiver, og at disse aktiver udgjorde en deltagende virksomhed i nævnte forordnings forstand.
- 40 Under disse omstændigheder skal sagsøgerens første anbringendes første led forkastes.

Det første anbringendes andet led om, at Kommissionen burde have undersøgt den omhandlede fusion på hvert af de relevante A & A-markeder

- 41 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for ikke at have analyseret den omhandlede fusions eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger på de relevante A & A-markeder.
- 42 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen med henblik på at erklære en fusion forenelig med det indre marked i henhold til artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 139/2004 skal fastslå, at gennemførelsen af denne fusion ikke vil hæmme den effektive konkurrence inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf betydeligt, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling.
- 43 Der skal således foretages en korrekt definition af det relevante marked inden enhver form for vurdering af, hvilken betydning en fusion har for konkurrencen (dom af 31.3.1998, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, C-68/94 og C-30/95, EU:C:1998:148, præmis 143). Det skal i denne henseende bemærkes, at det produktmarked, der skal tages i betragtning, omfatter alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål (dom af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl., C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 50). Begrebet det relevante marked indebærer nærmere bestemt, at der kan være effektiv konkurrence mellem de varer og tjenesteydelser, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse af alle de produkter eller tjenesteydelser, som indgår i samme marked (dom af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl., C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 51).
- 44 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, tilkommer det imidlertid sagsøgeren at tilvejebringe tungtvejende indicier, som konkret kan godtgøre, at der foreligger et konkurrencemæssigt problem, som på grund af sin virkning skulle have været undersøgt af Kommissionen. For at opfylde dette krav tilkommer 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 (dom af 4.7.2006, easyJet mod Kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, præmis 65 og 66, og af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 174 og 175).

- 45 I det foreliggende tilfælde anførte Kommissionen i den anfægtede afgørelse, at luftfartsselskaberne befandt sig på efterspørgselssiden på markedet for lufthavnenes levering af lufthavnsinfrastruktur tjenester og på udbudssiden på markedet for lufttransport af passagerer.
- 46 Hvad nærmere bestemt angår slots anførte Kommissionen, at de, som det fremgår af artikel 2, litra a), i forordning nr. 95/93, var tilladelser givet af en koordinator til at benytte hele den til afvikling af en flyvning nødvendige lufthavnsinfrastruktur i en koordineret lufthavn på en given dag og på et givet tidspunkt til landing eller afgang. Kommissionen udledte heraf, at slots var nødvendige input for, at luftfartsselskaberne kunne tilgå lufthavnenes lufthavnsinfrastruktur tjenester og dermed levere lufttransport af passagerer fra eller til disse lufthavne. For så vidt som den omhandlede fusion hovedsageligt tilsigtede at overføre Air Berlins slots til intervenienten, fandt Kommissionen herefter, at fusionen påvirkede efterspørgslen på markederne for lufthavnsinfrastruktur tjenester og udbuddet på markederne for lufttransport af passagerer.
- 47 På denne baggrund undersøgte Kommissionen med henblik på vurderingen af den omhandlede fusion, om intervenienten som følge af forøgelsen af det antal slots, som dette selskab besad, ville have evne eller incitament til at afskærme andre luftfartsselskabers adgang til lufthavnsinfrastruktur tjenester og dermed til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet.
- 48 I denne henseende har sagsøgeren i første række gjort gældende, at ud fra forbrugernes synspunkt leveres lufttransport af passagerer på bestemte ruter, og at den virksomhed, som luftfartsselskaberne udøver i en lufthavn, er underordnet leveringen af disse tjenesteydelser. Sagsøgeren har heraf udledt, at der ikke kan sondres mellem den virksomhed, som luftfartsselskaberne udøver i en lufthavn, og leveringen af nævnte tjenesteydelser. Kommissionen støttede sig således på den urigtige forudsætning om, at luftfartsselskaberne er lufthavnsoperatører, som tilbyder slots, selv om udvekslingen af sådanne slots mellem luftfartsselskaber ikke er deres væsentligste virksomhed.
- 49 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at Air Berlins slots ville være blevet stillet til rådighed for andre luftfartsselskaber i overensstemmelse med forordning nr. 95/93, hvis fusionen ikke var blevet gennemført. Sagsøgeren har således anført, at der er større konkurrence på A & A-markederne, når en virksomhed trækker sig fra disse markeder, end når denne virksomheds aktiver erhverves af en konkurrent, hvilket er tilfældet i denne sag. Det er dermed sagsøgerens opfattelse, at den omstændighed, at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed på A & A-markederne, ikke betyder, at den omhandlede fusion ikke påvirkede disse markeder.
- 50 Det skal i denne henseende ganske vist bemærkes, at definitionen af A & A-markederne, således som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, afspejler det efterspørgselssynspunkt, ifølge hvilket forbrugerne af lufttransport af passagerer overvejer alle valgmulighederne, herunder forskellige transportformer, for at begive sig fra en afgangsbay til en ankomstby (dom af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 138).

- 51 Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse lagde til grund, at alle de slots, som intervenienten erhvervede, uden den omhandlede fusion ville være blevet overført til andre luftfartsselskaber end intervenienten. Kommissionen fastslog desuden, at disse slots var af »afgørende betydning« med henblik på leveringen af lufttransport af passagerer, for så vidt som de fastsatte betingelser for adgangen til lufthavnsinfrastruktur tjenesterne. Kommissionen anerkendte således, at nævnte fusion kunne påvirke de forskellige A & A-markeder fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet.
- 52 Kommissionen fandt imidlertid, at undersøgelsen af den omhandlede fusions indvirkning på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet, gav mulighed for at erkende nævnte fusions påvirkning af samtlige A & A-markeder fra eller til nævnte lufthavne. Kommissionen fandt nemlig ligesom sagsøgeren, at selv om luftfartsselskaberne befandt sig på efterspørgselssiden på markedet for lufthavnsinfrastruktur tjenester, kunne forøgelsen af intervenientens antal slots eventuelt give dette selskab mulighed for at afskærme adgangen til disse tjenesteydelser. Kommissionen efterprøvede således, om forøgelsen af intervenientens slots gav dette selskab evne eller incitament til at afskærme adgangen til lufthavnsinfrastruktur tjenesterne og dermed til de forskellige A & A-markeder fra eller til nævnte lufthavne.
- 53 Det følger heraf, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, tog hensyn til den omhandlede fusions eventuelle påvirkning af de relevante A & A-markeder, selv om den ikke undersøgte hvert af disse markeder individuelt.
- 54 I anden række har sagsøgeren anført, at Kommissionen skulle have taget hensyn til Air Berlins og intervenientens markedsandele samt til den omhandlede fusions indvirkning på deres konkurrenceforhold, deres kunder og deres konkurrenter på de relevante A & A-markeder. Sagsøgeren har i denne henseende præciseret, at Kommissionen skulle have identificeret de af Air Berlins ruter, som intervenienten overtog efter denne fusion, samt de A & A-markeder, hvorpå denne fusion kunne skabe et monopol. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen ligeledes skulle have benyttet »simuleringsmetoder til identifikation af efterspørgslen« med henblik på at identificere de ruter, hvortil intervenienten med størst sandsynlighed ville knytte Air Berlins slots. Sagsøgeren har i denne henseende præciseret, at Kommissionen burde have undersøgt A & A-markederne fra eller til Düsseldorf lufthavn (Tyskland) samt A & A-markederne fra eller til Berlins lufthavne, hvori intervenienten inden den omhandlede fusion drev i hvert fald én daglig forbindelse.
- 55 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at den omhandlede fusion kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt på markederne Berlin (Tyskland) – Budapest (Ungarn), Berlin – Tel Aviv (Israel), Berlin – Wien (Østrig), Berlin – Zürich (Schweiz), Berlin – Napoli (Italien) og Berlin – København (Danmark). Intervenienten ville nemlig overtage disse ruter, som Air Berlins drev, efter nævnte fusion, hvorfor intervenienten ville have et monopol på markederne Berlin – Napoli og Berlin – København og kun ville have én konkurrent på de øvrige, ovennævnte markeder. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at intervenienten kunne udvikle sine aktiviteter på de forskellige A & A-markeder fra eller til Berlins lufthavne og Düsseldorf lufthavn. Sagsøgeren har heraf udledt, at fusionen kunne hindre udviklingen af de andre luftfartsselskabers aktiviteter i disse lufthavne. Sagsøgeren har præciseret, at det forhold, at et lille antal luftfartsselskaber har et stort antal slots, henset til trængselsniveauet i nævnte lufthavne, kan hindre adgangen for nye selskaber i disse lufthavne. En sådan koncentration af slots ville ikke blot påvirke »markedet i Berlin«, men ligeledes ruterne fra knudepunkter (hubs) for andre luftfartsselskaber, som transporterer passagerer i transit fra Berlins lufthavne.

- 56 For det første skal det bemærkes, at undersøgelsen af A & A-markederne, som det fremgår af præmis 50 ovenfor, kan gøre det muligt inden for passagertransporten at identificere de tjenesteydelser, som forbrugeren anser for at være indbyrdes substituerbare. Det følger heraf, at når de deltagende virksomheder i en fusion er luftfartsselskaber, der stadig er aktive, kan Kommissionen identificere de A & A-markeder, hvorpå deres aktiviteter overlapper hinanden. Kommissionen kan således vurdere fusionens konkurrencemæssige indvirkning på leveringen af passagertransport på disse markeder. Den kan nærmere bestemt bl.a. fastlægge ændringernes omfang vedrørende markedsandele og koncentrationsgraden ved at beregne disse virksomheders kumulerede markedsandel efter nævnte fusion og deres konkurrenters markedsandel.
- 57 I det foreliggende tilfælde havde Air Berlin, henset til, at selskabet havde indstillet sin virksomhed, imidlertid trukket sig fra samtlige A & A-markeder, hvor det virkede, hvorfor Air Berlins aktiviteter og intervenientens aktiviteter ikke længere overlappede hinanden på nogle af disse markeder. For så vidt som Air Berlins slots ikke var tilknyttet nogen rute, har Kommissionen endvidere med føje anført, at intervenienten derfor kunne benytte disse på andre A & A-markeder end dem, hvorpå Air Berlin tidligere var aktiv. Det står nemlig fast, at intervenienten kunne omfordele disse slots på et stort antal A & A-markeder, idet sagsøgeren i øvrigt i replikkens punkt 98 og 100 har anerkendt, at Kommissionen ikke kunne undersøge samtlige A & A-markeder, hvortil Air Berlins slots kunne knyttes.
- 58 Det følger heraf, at til forskel fra fusioner, der involverer luftfartsselskaber, som stadig er aktive, var det i det foreliggende tilfælde ikke sikkert, at den omhandlede fusion havde nogen form for indvirkning på de A & A-markeder, hvorpå Air Berlin var aktiv, inden dette selskab indstillede sin virksomhed.
- 59 For det andet skal det bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremlagt nogen oplysning, der kan godtgøre, at undersøgelsen af den omhandlede fusions indvirkning på markederne for lufthavnsinfrastruktur tjenester ikke gjorde det muligt at identificere eventuelle hindringer for en effektiv konkurrence på de forskellige A & A-markeder fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet.
- 60 Selv om sagsøgeren har identificeret de A & A-markeder, hvorpå intervenienten enten ville have overtaget ruter, som Air Berlin tidligere drev, eller kunne anvende sidstnævntes slots, har førstnævnte selskab navnlig ikke anført, at den omhandlede fusion faktisk udgjorde en væsentlig hindring for den effektive konkurrence på disse markeder. Sagsøgeren har tværtimod anført, at selskabet ikke er forpligtet til at bevise, at der forelå en sådan hindring, men at det tilkom Kommissionen at godtgøre, at den ikke forelå. Sagsøgeren har således blot anført, at denne fusion kunne udgøre en sådan hindring, og at Kommissionen burde have suppleret sin analyse, men selskabet har i denne forbindelse ikke fremlagt tungtvejende indicier som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 44 ovenfor. Sagsøgeren har bl.a. ikke forklaret, hvorledes nævnte fusion kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt på visse A & A-markeder, såfremt andre luftfartsselskaber bevarede muligheden for adgang til de pågældende lufthavnsinfrastruktur tjenester.
- 61 Hvad endvidere angår markederne Berlin – Budapest, Berlin – Tel Aviv, Berlin – Wien, Berlin – Zürich, Berlin – Napoli og Berlin – København, hvor intervenienten ifølge sagsøgeren havde monopol eller duopol efter den omhandlede fusion, skal det desuden bemærkes, at denne situation skyldtes, at Air Berlin havde trukket sig fra disse markeder. Denne tilbagetrækning skyldtes, at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed, hvilket, som det er anført i præmis 27-34 ovenfor, skete inden denne fusion og uafhængigt heraf. Følgelig kan den omstændighed, at

intervenienten efter gennemførelsen af nævnte fusion har monopol eller duopol på disse A & A-markeder, under alle omstændigheder ikke betyde, at nævnte fusion kunne have hæmmet den effektive konkurrence betydeligt på disse markeder.

- 62 Hvad endvidere angår de A & A-markeder fra eller til Düsseldorf lufthavn og Berlins lufthavne, som sagsøgeren har identificeret, skal det bemærkes, at sagsøgeren har gjort gældende, at den omhandlede fusion kunne give intervenienten en dominerende stilling eller i hvert fald give den pågældende virksomhed mulighed for at iværksætte udelukkelsesstrategier. Sagsøgeren har i denne henseende gjort gældende, at overførslen af slots til intervenienten i nævnte lufthavne hindrede andre luftfartsselskaber i at opnå et tilstrækkeligt højt antal slots og dermed i at udvikle deres aktiviteter. Det følger heraf, som Kommissionen har anført, at sagsøgeren har anerkendt, at undersøgelsen af intervenientens evne til efter den omhandlede fusion at afskærme adgangen til de lufthavnsinfrastruktur tjenester, som en lufthavn leverer, kunne gøre det muligt at efterprøve, om denne fusion hæmmede den effektive konkurrence betydeligt på A & A-markederne fra eller til disse lufthavne.
- 63 For det tredje skal det, som Kommissionen har anført, bemærkes, at det fremgår af sagsøgerens argument om, at intervenienten ville anvende Air Berlins slots til at øge sit udbud af ruter, for hvilke efterspørgslen ville være højst, at intervenienten ikke ville overtage alle de ruter, som Air Berlin tidligere drev. Sagsøgeren har i denne forbindelse i øvrigt præciseret, at intervenienten følger en »punkt til punkt«-model, som gør det muligt for selskabet ikke at skulle synkronisere sine flyvninger indbyrdes, og således at det let kunne omfordele sine slots til andre ruter på grundlag af markedsvilkårene. Det skal følgelig fastslås, at Kommissionen med føje fandt, at den omhandlede fusion kunne påvirke alle A & A-markederne fra og til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet, hvorfor undersøgelsen af denne fusions virkninger ikke kunne begrænses til de A & A-markeder, som sagsøgeren havde identificeret.
- 64 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har grundlag for at gøre gældende, at Kommissionens definition af markedet ikke gjorde det muligt at identificere de eventuelle betydelige hindringer for den effektive konkurrence som følge af den omhandlede fusion, herunder på de A & A-markeder, som sagsøgeren har identificeret.
- 65 Følgelig skal sagsøgerens første anbringendes andet led og dermed det nævnte anbringende i sin helhed forkastes.

Det andet anbringende om et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af den omhandlede fusions virkninger

- 66 Det andet anbringende består i det væsentlige af tre led. Med det første led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte retningslinjerne for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, C 31, s. 5) (herefter »retningslinjerne om horisontale fusioner«) samt retningslinjerne for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter denne forordning (EUT 2008, C 265, s. 6) (herefter »retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner«). Med det andet led har sagsøgeren anfægtet det trængselsniveau i Berlins lufthavne samt intervenientens slotandele, som Kommissionen lagde til grund for disse lufthavne i den anfægtede afgørelse. Med det tredje led har sagsøgeren anført, at den omhandlede fusion kunne give intervenienten mulighed for at afskærme adgangen til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til nævnte lufthavne.
- 67 Kommissionen og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumentation.

- 68 Det skal indledningsvis bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at de materielle bestemmelser i forordning nr. 139/2004, 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 (dom af 18.12.2007, *Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen*, C-202/06 P, EU:C:2007:814, præmis 53, og af 13.5.2015, *Niki Luftfahrt mod Kommissionen*, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 85). Det fremgår således af fast retspraksis, at Unionens retsinstitutters kontrol med de komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (dom af 7.5.2020, *BTB Holding Investments og Duferco Participations Holding mod Kommissionen*, C-148/19 P, EU:C:2020:354, præmis 56, af 5.9.2014, *Éditions Odile Jacob mod Kommissionen*, T-471/11, EU:T:2014:739, præmis 137, og af 12.12.2018, *Servier m.fl. mod Kommissionen*, T-691/14, under appel, EU:T:2018:922, præmis 1374).
- 69 Selv om det ikke tilkommer Retten at lade sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens, idet sidstnævnte har den institutionelle kompetence hertil, fremgår det imidlertid af fast retspraksis, at Unionens retsinstitutter navnlig ikke blot skal efterprøve den materielle nøjagtighed af de beviser, der påberåbes, deres troværdighed og sammenhæng, men også kontrollere, om disse oplysninger omfatter alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning for at kunne vurdere en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de konklusioner, der udledes heraf (dom af 15.2.2005, *Kommissionen mod Tetra Laval*, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 39, og af 11.9.2014, *CB mod Kommissionen*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 46).

Det andet anbringendes første led en tilsidesættelse af retningslinjerne om horisontale fusioner og retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner

- 70 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen med urette anvendte retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner i stedet for retningslinjerne om horisontale fusioner. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen ligeledes tilsidesatte retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner for det tilfælde, at disse retningslinjer ikke fandt anvendelse.
- 71 Det skal for det første bemærkes, at det følger af punkt 5 i retningslinjerne om horisontale fusioner, at horisontale fusioner foreligger, når de deltagende virksomheder er faktiske eller potentielle konkurrenter på det samme relevante marked. I fodnote 6 præciseres imidlertid, at disse retningslinjer ikke omfatter vurderingen af en fusions virkninger for konkurrenceforholdene på andre markeder, herunder vertikale virkninger. I denne forbindelse følger det af punkt 4 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, at vertikale fusioner involverer virksomheder, der opererer i forskellige produktions- eller distributionsled.
- 72 I det foreliggende tilfælde henviste Kommissionen i den anfægtede afgørelse bl.a. til retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner. Med støtte i disse retningslinjers punkt 25 fandt Kommissionen, at den omstændighed, at intervenientens gennemsnitlige slotandel i Berlins lufthavne var under 30% efter fusionen, var et indicium for, at fusionen ikke hæmmede den effektive konkurrence betydeligt på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet. Kommissionen anerkendte imidlertid, at intervenientens slotandel kunne overstige denne tærskel på visse tidspunkter.

- 73 I denne henseende har sagsøgeren gjort gældende, at for så vidt som der var en horisontal overlapning mellem Air Berlins og intervenientens aktiviteter i Berlins lufthavne, skulle Kommissionen have anvendt retningslinjerne om horisontale fusioner. Eftersom intervenientens slotandel som følge af den omhandlede fusion »væsentligt« ville overstige 25% i disse lufthavne, var fusionen ikke forenelig med det indre marked i medfør af disse retningslinjer.
- 74 Det skal, som det er anført i præmis 45-47 ovenfor, bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fandt, at den omhandlede fusion havde indvirkning på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet, samt på markederne for lufthavnsinfrastruktur tjenester i disse lufthavne. Som det fremgår af præmis 72 ovenfor, anvendte Kommissionen imidlertid alene retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner med henblik på at vurdere nævnte fusions eventuelle virkninger på de relevante markeder for lufttransport af passagerer. Kommissionen henviste således ikke til nævnte retningslinjer for at vurdere fusionens eventuelle virkninger på de relevante markeder for lufthavnsinfrastruktur tjenester.
- 75 Hvad konkret angår de relevante markeder for lufttransport af passagerer skal det bemærkes, at Air Berlin ikke længere var til stede på nogle af disse markeder, idet selskabet havde indstillet sin virksomhed. Det følger heraf, som det er fastslået i præmis 57 ovenfor, at Air Berlins aktiviteter ikke længere kunne overlappe intervenientens aktiviteter på disse markeder. Det skal følgelig bemærkes, at Kommissionen, henset til punkt 5 i retningslinjerne om horisontale fusioner, med føje fandt, at disse retningslinjer ikke fandt anvendelse med henblik på at vurdere den omhandlede fusions virkninger på nævnte markeder.
- 76 Som det følger af præmis 46 ovenfor, og som sagsøgeren i øvrigt har anerkendt, anførte Kommissionen endvidere med føje, at tildelingen af slots gjorde det muligt at få adgang til lufthavnsinfrastruktur tjenester, og at slots således var nødvendige input for at kunne levere lufttransport af passagerer. Det følger heraf, at der er en vertikal forbindelse mellem på den ene side tildelingen af slots, som ligger tidligere i produktions- eller distributionsleddet som omhandlet i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, og på den anden side leveringen af lufttransport af passagerer, som befinder sig i et senere led end tildelingen.
- 77 På denne baggrund havde sagsøgeren ikke grundlag for at kritisere Kommissionen for, at den henviste til retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner med henblik på at vurdere de eventuelle vertikale virkninger som følge af overførslen af Air Berlins slots på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil disse slots var knyttet.
- 78 For det andet fremgår det af punkt 24 og 27 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, at markedsandel og koncentrationsgrad er relevante elementer med henblik på vurderingen af markedsstyrken hos parterne i en fusion. Det følger nærmere bestemt af disse retningslinjers punkt 25, at det er usandsynligt, at Kommissionen vil påvise konkurrencemæssige problemer i forbindelse med ikke-horisontale fusioner, når den fusionerede virksomheds markedsandel på hvert af de berørte markeder er under 30%, og Herfindahl-Hirschmann-indekset (HHI) efter fusionen er under 2000.
- 79 Sagsøgeren har foreholdt Kommissionen en tilsidesættelse af punkt 25 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, for så vidt som denne institution ikke henviste til IHH i den anfægtede afgørelse, og intervenientens slots ville overstige 30% efter den omhandlede fusion.

- 80 Som det præciseres i punkt 27 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, gør den omstændighed, at fusionen udviser en markedsandel og koncentrationsgrad som omtalt i retningslinjernes punkt 25, det ikke muligt at formode, at der foreligger konkurrencemæssige problemer. Sidstnævnte punkt beskriver nemlig blot en situation, hvor det er usandsynligt, at Kommissionen vil påvise konkurrencemæssige problemer. Det fremgår derimod ikke af dette punkt, at denne situation er den eneste, som ikke udviser sådanne problemer.
- 81 Det skal nærmere bestemt bemærkes, at markedsandel og koncentrationsgrad som omhandlet i punkt 25 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner vedrører fastlæggelsen af de deltagende virksomheders markedsstyrke efter fusionen, og at retningslinjernes punkt 27 præciserer, at det forhold, at de har en betydelig markedsstyrke på mindst ét af de berørte markeder, er en nødvendig, men ikke en tilstrækkelig, betingelse for, at der er tale om konkurrencemæssige problemer. I nævnte retningslinjers punkt 32, hvortil bl.a. retningslinjernes punkt 27 samt den anfægtede afgørelse henviser, anføres således, at input-afskærmning af markedet desuden forudsætter, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig for det første, at den fusionerede virksomhed vil få mulighed for at hindre adgangen til input, for det andet, at den vil have incitament til at hindre en sådan adgang, og for det tredje, at en afskærmningsstrategi vil skade den efterfølgende konkurrence betydeligt.
- 82 I det foreliggende tilfælde fremgår det af præmis 14 ovenfor, at Kommissionen fandt, at ingen af de tre betingelser, der er nævnt i punkt 32 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, var opfyldt med hensyn til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne. Den omstændighed, at intervenientens slotandele i disse lufthavne på visse tidspunkter kunne overstige tærsklen i nævnte retningslinjers punkt 25, og at Kommissionen ikke undersøgte, om IHH var lavere end den i dette punkt fastsatte tærskelværdi, giver således ikke mulighed for at fastslå, at Kommissionen tilsidesatte nævnte retningslinjer. Med hensyn til IHH skal det i øvrigt fastslås i lighed med, hvad Kommissionen har anført, at sagsøgeren selv i punkt 82 i bilag C.2 til replikken har anerkendt, at »den praktiske anvendelse af IHH i sager om fusionskontrol inden for luftfartssektoren er marginal«.
- 83 Det følger heraf, at sagsøgeren ikke havde grundlag for at kritisere Kommissionen for at have tilsidesat retningslinjerne om horisontale fusioner eller retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner.
- 84 Sagsøgerens andet anbringendes første led skal følgelig forkastes.

Det andet anbringendes andet led om urigtige slotandele og et urigtigt trængselsniveau vedrørende Berlins lufthavne

- 85 Sagsøgeren har bestridt intervenientens slots og det trængselsniveau, som Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse hvad angår Berlins lufthavne.
- 86 I første række har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den med henblik på beregningen af intervenientens slotandele efter den omhandlede fusion udelukkende støttede sig på oplysninger, som intervenienten havde fremlagt, selv om den ligeledes burde have indhentet oplysninger fra koordinatorene i Berlins lufthavne. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen undervurderede intervenientens slotandel i disse lufthavne.

- 87 Det skal for det første fremhæves, at på grund af det bydende krav om hurtighed og de meget korte frister, som Kommissionen skal holde under en procedure vedrørende fusionskontrol, kan den ikke være forpligtet til at efterprøve alle de oplysninger, som den modtager, når der ikke findes nogen indicier for, at de er urigtige. Selv om Kommissionen på grund af sin forpligtelse til at foretage en omhyggelig og upartisk undersøgelse under en sådan procedure ikke er berettiget til at basere sig på forhold eller oplysninger, der ikke kan anses for korrekte, følger det imidlertid af det bydende krav om hurtighed, at Kommissionen ikke selv har mulighed for i alle detaljer at efterprøve rigtigheden og pålideligheden af alle de oplysninger, den modtager, idet en procedure vedrørende fusionskontrol nødvendigvis i et vist omfang må være baseret på tillid (dom af 7.5.2009, NVV m.fl. mod Kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, præmis 184).
- 88 I denne forbindelse skal det bemærkes, at der er fastsat forskellige bestemmelser i lovgivningen om fusionskontrol for at afskrække personer fra og straffe dem for at afgive urigtige eller vildledende oplysninger. De parter, som anmelder fusionen, er i henhold til artikel 4, stk. 1, og artikel 6, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 133, s. 1, og berigtiget i EUT 2004, L 172, s. 9) nemlig ikke blot udtrykkeligt forpligtet til at give Kommissionen korrekte og fuldstændige oplysninger om forhold af betydning for afgørelsen – og kan ifølge artikel 14 i forordning nr. 139/2004 pålægges straf for tilsidesættelse af denne forpligtelse – men Kommissionen kan også i medfør af artikel 6, stk. 3, litra a), og artikel 8, stk. 6, litra a), i forordning nr. 139/2004 tilbagekalde en afgørelse om, at fusionen er erklæret forenelig med det indre marked, hvis afgørelsen bygger på urigtige oplysninger, som kan tilskrives en af de deltagende virksomheder, eller den er opnået ved svigagtig adfærd (dom af 7.5.2009, NVV m.fl. mod Kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, præmis 185).
- 89 I det foreliggende tilfælde fremgår det af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen støttede sig på oplysninger, som intervenienten havde fremlagt, og som bl.a. hidrørte fra en database med oplysninger fra International Air Transport Associations (IATA, den internationale luftfartssammenslutning), hvilket Kommissionen i øvrigt har bekræftet under retsmødet. Eftersom der findes flere databaser, der er tilgængelige for bl.a. luftfartsselskaberne, hvis pålidelighed sagsøgeren ikke som sådan har bestridt, havde Kommissionen grundlag for at finde, at intervenienten kunne fremlægge troværdige oplysninger, og dermed for at bruge de oplysninger, som sidstnævnte havde fremlagt, i forbindelse med vurderingen.
- 90 For det andet skal det under alle omstændigheder bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anførte, at den ikke alene støttede sig på de oplysninger, som intervenienten havde fremlagt. Kommissionen præciserede nemlig, at den havde efterprøvet disse oplysninger hos de pågældende lufthavnes forvaltere og koordinatore.
- 91 Det skal endvidere fastslås, at sagsøgerens argumenter ikke er tilstrækkelige til at rejse tvivl om rigtigheden af de oplysninger, som Kommissionen baserede sig på. Det skal i denne henseende bemærkes, at sagsøgeren ganske vist har gjort gældende, at intervenienten ifølge en anden database, som nævnes i den anfægtede afgørelse, gennemsnitligt ville have 30,05% af alle slots i Berlins lufthavne i IATA's fartplansæson (sæson) for sommeren 2018 og 23,6% af alle slots i IATA's vintersæson 2017/18. Det er således sagsøgerens opfattelse, at Kommissionen undervurderede intervenientens slotandel, for så vidt som denne institution i den anfægtede afgørelse anførte, at intervenienten i Berlins lufthavne gennemsnitligt havde færre end 25% af slotsene i IATA's sommersæson 2018 og færre end 20% af slotsene i IATA's vintersæson 2017/18. Det skal imidlertid fastslås, at de oplysninger, som Kommissionen støttede sig på, var

skøn, som var tilgængelige ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse. Det skal i denne henseende bemærkes, som Kommissionen i det væsentlige har anført, at sagsøgeren i sine processkrifter ikke har præciseret datoen for de oplysninger, som selskabet har påberåbt sig. Sagsøgeren har i retsmødet i øvrigt bekræftet, at disse oplysninger lå efter den anfægtede afgørelse. Den omstændighed, at de oplysninger, som sagsøgeren har fremlagt, ikke præcist stemmer overens med de skøn, som Kommissionen støttede sig på, indebærer følgelig ikke nødvendigvis, at disse skøn ikke kunne anses for tilstrækkeligt pålidelige på tidspunktet for den anfægtede afgørelse.

- 92 Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgeren har beregnet intervenientens slotandel på grundlag af samtlige slots tildelt luftfartsselskaberne, hvorved den pågældende har udelukket ikke-tildelte slots. I den anfægtede afgørelse beregnede Kommissionen således intervenientens slotandel på grundlag af samtlige slots i de berørte lufthavne. Den anførte desuden, at det gennemsnitlige trængselsniveau i Berlins lufthavne i IATA's sommersæson 2018 og IATA's vintersæson 2017/18 blot var henholdsvis 54% og 46%. I de IATA-sæsoner, der er taget i betragtning, var mellem 46% og 54% af slotsene i Berlins lufthavne således ikke blevet tildelt. Det kan følgelig ikke af den omstændighed alene, at de af sagsøgeren anførte slotandele oversteg de andele, som Kommissionen baserede sig på, udledes, at sidstnævnte slotandele var urigtige.
- 93 Såfremt sagsøgeren har tilsigtet at foreholde Kommissionen, at den ikke præciserede den »økonometriske model«, som den anvendte med henblik på vurderingen, er det endelig tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen beskrev beregningerne vedrørende intervenientens slotandele og trængselsniveauet i de berørte lufthavne i 110., 111. og 114. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 94 I anden række har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen med urette fandt, at Berlins lufthavne kun var åbne mellem kl. 03.00 UTC og kl. 21.59 UTC i IATA's sommersæsoner, selv om Berlin-Schönefeld lufthavn var åben hele tiden, og Berlin-Tegel lufthavn var åben mellem kl. 04.00 UTC og kl. 20.59 UTC. På grund af manglen på slots benyttede visse luftfartsselskaber natteslots, hvorfor Kommissionens fejl kunne behæfte vurderingen af den omhandlede fusions virkninger med en fejl.
- 95 Det skal i denne henseende bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anførte, at den havde baseret sig på de tilnærmelsesvise åbningstider i Berlins lufthavne. Kommissionen lagde med henblik på beregningen af trængselsniveauet og intervenientens slotandele i disse lufthavne efter fusionen nemlig til grund, at lufthavnene havde samme åbningstider, dvs. mellem kl. 03.00 UTC og kl. 21.59 UTC i IATA's sommersæsoner, selv om dette ikke præcist svarede til virkeligheden. Kommissionen præciserede imidlertid, at antallet af benyttede slots i Berlin-Schönefeld lufthavn var ubetydeligt mellem kl. 21.59 UTC og kl. 03.00 UTC.
- 96 På denne baggrund skal det bemærkes, at sagsøgeren blot har anført det forhold, at luftfartsselskaberne kunne vælge at benytte Berlin-Schönefeld lufthavn mellem kl. 21.59 UTC og kl. 03.00 UTC i IATA's sommersæsoner. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremlagt oplysninger, der kan godtgøre, at antallet af slots i nævnte lufthavn i denne periode var utilstrækkeligt til at opfylde alle ansøgninger. Det skal desuden bemærkes, at sagsøgeren ikke har forklaret, hvorledes denne tilnærmelse i tilstrækkelig betydelig grad kunne ændre Kommissionens beregninger, således at denne institutions vurdering af fusionens virkninger kunne drages i tvivl. Det skal nærmere bestemte fremhæves, som Kommissionen har anført, at denne tilnærmelse førte til en overvurdering af trængselsniveauet i Berlins lufthavne og af intervenientens slotandele i disse

- lufthavne, hvilket sagsøgeren i øvrigt har anerkendt i retsmødet. Denne tilnærmelse kan således ikke bevirke, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til den omhandlede fusions virkninger.
- 97 I tredje række har sagsøgeren udtrykt tvivl om det af Kommissionen fastlagte trængselsniveau i Berlins lufthavne, eftersom det ikke fremgår af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ud over anvendelsen af start- og landingsbanerne også tog hensyn til kapaciteten i terminalerne og antallet af standpladser, og at forvalteren af Berlin-Tegel lufthavn meddelte Kommissionen, at der ikke var tilstrækkelige standpladser til at opfylde alle ansøgninger.
- 98 I denne henseende fandt Kommissionen i den anfægtede afgørelse, at der blandt de forskellige lufthavnstjenester, som er uundværlige for leveringen af lufttransport af passagerer, ikke var grundlag for at sondre mellem adgangen til terminalerne og til standpladserne, for så vidt som tildelingen af slots nødvendigvis indebar adgang til samtlige disse tjenester.
- 99 På denne baggrund skal det blot bemærkes, at selv om sagsøgeren har anført, at Kommissionen burde have taget hensyn til kapaciteten i de berørte lufthavnes terminaler, har dette selskab ikke fremlagt oplysninger, der kan godtgøre, at kapaciteten i Berlins lufthavne var begrænset af kapaciteten i deres terminaler.
- 100 Det skal endvidere konstateres, at sagsøgeren har fremlagt en e-mail af 19. februar 2018 fra forvalteren af Berlin-Tegel lufthavn vedrørende tildelingen af standpladser i denne lufthavn. I denne e-mail forklarede forvalteren for det første, at »Air Berlins insolvens i sommeren 2017« havde gjort det muligt at frigive kapacitet i denne lufthavn, for det andet at luftfartsselskabernes ansøgninger om adgang til natstandpladser var steget betydeligt i forhold til tidligere sæsoner, hvorfor kapaciteten i nævnte lufthavn ikke længere var tilstrækkelig, og for det tredje at der ville blive iværksat en ny procedure for tildeling af de nævnte pladser fra »sommersæsonen« 2018. I e-mailen præciseredes det ligeledes, at luftfartsselskaberne i givet fald kunne kontaktes direkte for yderligere at forbedre koordineringen heraf.
- 101 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren ikke har forklaret, hvorledes natstandpladserne i Berlin-Tegel lufthavn udgør nødvendige input i lighed med slots med henblik på at levere lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne. Den e-mail, som sagsøgeren har fremlagt, omtaler ikke alene iværksættelsen af en ny procedure vedrørende tildelingen af natstandpladser, men ligeledes den omstændighed, at det stadig vil være muligt at øge koordineringen mellem luftfartsselskaberne, hvis det bliver nødvendigt. Det kan således ikke af denne e-mail alene udledes, at antallet af standpladser kan begrænse leveringen af lufttransport af passagerer fra eller til Berlin-Tegel lufthavn.
- 102 På denne baggrund skal det fastslås, at sagsøgeren ikke har grundlag for at anføre, at beregningen af trængselsniveauet i Berlin-Tegel lufthavn nødvendigvis skulle tage hensyn til terminalernes og standpladsernes kapacitet.
- 103 Det skal følgelig fastslås, at sagsøgeren ikke har grundlag for at kritisere Kommissionen for at have lagt urigtige slotandele og trængselsniveauer til grund, hvorfor sagsøgerens andet anbringendes andet led skal forkastes.

Det andet anbringendes tredje led om, at den omhandlede fusion kunne give intervenienten mulighed for at afskærme adgangen til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne

- 104 Sagsøgeren har gjort gældende, at den omhandlede fusion har konkurrencebegrænsende virkninger. Uden fusionen ville en væsentlig del af de slots i Berlins lufthavne, der blev overført til intervenienten, efter sagsøgerens opfattelse være blevet tildelt andre luftfartsselskaber. Sagsøgeren har i denne henseende gjort gældende, at Berlin-Tegel lufthavn er en koordineret lufthavn som omhandlet i forordning nr. 95/93. Det er følgelig sagsøgerens opfattelse, at i henhold til denne forordnings artikel 10 ville op til halvdelen af de slots, som Air Berlin havde haft, være blevet tildelt »nytilkomne luftfartsselskaber« som sagsøgeren, hvilket reducerer adgangshindringerne til de pågældende markeder. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at intervenienten, henset til dette selskabs væsentlige slotandele og til trængselsniveauet i Berlins lufthavne, ville kunne vedtage forskellige udelukkelsesstrategier.
- 105 Det skal i første række bemærkes, at den fremtidsanalyse, som Kommissionen skal foretage, består i at vurdere, på hvilken måde en fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på et givent marked, med henblik på at afgøre, om fusionen vil medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence. En sådan analyse forudsætter, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder med henblik på, at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 43).
- 106 I det foreliggende tilfælde fandt Kommissionen i den anfægtede afgørelse, at Air Berlins slots uden den omhandlede fusion kunne være blevet tilbageført til den pulje, der er omhandlet i artikel 10 i forordning nr. 95/93. Kommissionen præciserede i denne henseende, at det følger af denne forordnings artikel 10, stk. 6, at 50% af disse slots ville blive tildelt nyankomne luftfartsselskaber, medmindre de sidstnævntes ansøgninger ville udgøre mindre end 50% af nævnte slots. Følgelig ville Air Berlins slots være blevet overført til andre luftfartsselskaber, som enten allerede havde tilstrækkelige slots i de berørte lufthavne, eller som ønskede at indtræde på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til disse lufthavne. Intervenientens slotandel i Berlin-Tegel lufthavn kunne således være steget uden den omhandlede fusion.
- 107 Kommissionen støttede sig imidlertid på den hypotese, at alle slots, som var genstand for fusionen, ville være blevet overført til andre luftfartsselskaber end intervenienten. Med henblik på vurderingen fastlagde Kommissionen følgelig en større forøgelse af slotandelene som følge af den omhandlede fusion end den, som skulle have været lagt til grund i den af sagsøgeren anførte hypotese, hvorefter en del af Air Berlins slots ville blive tilbageført til den pulje, der er omhandlet i artikel 10 i forordning nr. 95/93, såfremt denne fusion ikke var blevet gennemført.
- 108 Det skal i anden række bemærkes, at det følger af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004, at alene fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med det indre marked. Som Kommissionen med føje har anført, er den omstændighed, at en fusion har konkurrencebegrænsende virkninger, således ikke i sig selv tilstrækkelig til, at fusionen kan anses for at være uforenelig med det indre marked, når den ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf.

- 109 På denne baggrund giver den omstændighed alene, at visse af de slots i Berlins lufthavne, der blev overført til intervenienten, kunne være blevet tildelt andre luftfartsselskaber, såfremt fusionen ikke var blevet gennemført, hvorved adgangshindringerne for disse selskaber vedrørende disse lufthavne ville blive reduceret, ikke i sig selv mulighed for at godtgøre, at fusionen kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf.
- 110 Det skal i tredje række bemærkes, at Kommissionen undersøgte intervenientens mulighed for at afskærme adgangen til lufthavnsinfrastruktur tjenester og dermed til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne.
- 111 Som det fremgår af præmis 13 ovenfor, tog Kommissionen i denne forbindelse ikke alene hensyn til intervenientens slotandel og den omhandlede fusions indvirkning på denne slotandel, men ligeledes til trængslen i disse lufthavne. Kommissionen fandt nemlig ganske rigtigt, at de koordinerede lufthavnes kapacitet, som det fremgår af artikel 3, stk. 5, i forordning nr. 95/93, ikke var tilstrækkelig til at opfylde alle luftfartsselskabernes ansøgninger på grundlag af et frivilligt samarbejde mellem disse. Kommissionen anførte imidlertid, at en lufthavn kunne kvalificeres som koordineret i nævnte forordnings forstand, uden at alle slots i denne lufthavn var benyttet. Den beregnede således de berørte lufthavnes trængselsniveau ved for hver af åbningstiderne at dividere antallet af slots, der var tildelt samtlige luftfartsselskaber, med det samlede antal tilgængelige slots. Kommissionen fandt, uden at sagsøgeren har bestridt dette, at det principielt kunne udelukkes, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence, når det gennemsnitlige trængselsniveau for en lufthavn var lavere end 60%.
- 112 Indledningsvis anførte Kommissionen nærmere bestemt, at intervenientens slotandel efter den omhandlede fusion for det første ville være lavere end 25% i gennemsnit, for det andet ville være lavere end 40% på de tidspunkter, hvor trængselsniveauet var højst, dvs. mellem kl. 10.00 og kl. 10.59 UTC i IATA's sommersæson 2018 og mellem kl. 08.00 og kl. 08.59 i IATA's vintersæson 2017/18, og for det tredje ville være lavere end 50%, når dette selskabs slotandel var højst, dvs. fredag mellem kl. 14.00 og kl. 14.59 UTC i nævnte sommersæson og fredag mellem kl. 15.00 og kl. 15.59 UTC i nævnte vintersæson.
- 113 Kommissionen konstaterede endvidere, at det gennemsnitlige trængselsniveau ville være 54% i IATA's sommersæson 2018 og 46% i IATA's vintersæson 2017/18, og at det højeste trængselsniveau ville være 73% mellem kl. 10.00 og kl. 10.59 UTC i nævnte sommersæson og 62% mellem kl. 08.00 og kl. 08.59 i nævnte vintersæson.
- 114 Endelig anførte Kommissionen, som det fremgår af præmis 112 og 113 ovenfor, at det tidspunkt, hvor intervenientens slotandel ville være højst, ikke svarede til det tidspunkt, hvor trængselsniveauet havde været højst, og at den resterende kapacitet i Berlins lufthavne under alle omstændigheder var tilstrækkelig til at muliggøre konkurrenternes indtræden og udvidelse, selv når trængselsniveauet var højst.
- 115 Sagsøgeren har gjort gældende, at intervenienten, henset til dette selskabs væsentlige slotandel og til trængselsniveauet i navnlig Berlins lufthavne, kunne vedtage forskellige udelukkelsesstrategier. Under forudsætning af, at det respektive antal pladser og passagerer, som Air Berlin transportererede, svarer til de slots, der blev overført til intervenienten, har sagsøgeren anført, at intervenienten efter den omhandlede fusion ville transportere op til 40% af det samlede antal pladser og henholdsvis 40% og 50% af passagererne i IATA's vintersæson 2017/18 og IATA's sommersæson 2018. Sagsøgeren har heraf udledt, at intervenienten kunne øge antallet af flyafgange på tidspunkterne for de flyafgange, som et nytillkommet luftfartsselskab påtænkte, eller

på ruter, som nævnte selskab allerede drev, således at det nytilkomne luftfartsselskabs aktiviteter blev gjort mindre rentable, og intervenienten kunne foretage en mere effektiv udnyttelse af sine slots ved om nødvendigt at omfordele dem på sine forskellige ruter og kunne tilbyde sine kunder mere fordelagtige bonusprogrammer. Sagsøgeren har præciseret, at der er tale om risici, som det ikke tilkommer dette selskab at bevise, men som Kommissionen skulle undersøge.

- 116 For det første undersøgte Kommissionen i denne henseende i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, om forøgelsen af intervenientens slots kunne give sidstnævnte mulighed for at begrænse andre luftfartsselskabers adgang til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de berørte lufthavne. I det foreliggende tilfælde fandt Kommission imidlertid, at intervenienten ikke ville have evne til at afskærme de andre luftfartsselskabers adgang til disse markeder.
- 117 I denne henseende skal det desuden bemærkes, at sagsøgeren blot har henvist til intervenientens markedsandel i Berlin-Tegel lufthavn, selv om den omhandlede fusion, som det er anført i præmis 12 ovenfor, kun ville have indvirkning på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til denne lufthavn, såfremt denne lufthavn og Berlin-Schönefeld lufthavn indgik i samme geografiske marked. Sagsøgeren har således ikke forklaret, hvordan de af dette selskab anførte udelukkelsesstrategier rent faktisk kunne gennemføres med hensyn til Berlins lufthavne samlet set, under hensyn til bl.a. den omstændighed, at intervenientens gennemsnitlige slotandel ville være lavere end 25%, og at det gennemsnitlige trængselsniveau i disse lufthavne er lavere end det niveau på 60%, som er nævnt i præmis 111 ovenfor. Sagsøgeren har nærmere bestemt ikke anført, hvorfor et nyankommet luftfartsselskab, under hensyn til dette trængselsniveau, ikke ville kunne få tildelt de slots, der var nødvendige for at levere lufttransport af passagerer fra eller til hver af disse lufthavne.
- 118 For det andet skal det bemærkes, som Kommissionen med føje har anført i punkt 16 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner, at det forhold, at det kan skade konkurrenterne, at en fusion skaber effektivitetsgevinster, ikke i sig selv give anledning til konkurrencemæssige problemer. Sagsøgeren har således ikke forklaret, hvorledes intervenientens mere effektive anvendelse af sine slots samt oprettelsen af mere fordelagtige bonusprogrammer for dette selskabs kunder ikke afspejlede effektivitetsgevinster, der, selv om de kunne skade konkurrenterne, alligevel ikke udgjorde en betydelig hindring for deres effektive konkurrence.
- 119 For det tredje skal det bemærkes, som det fremgår af præmis 14 ovenfor, at Kommissionen bl.a. støttede sig på tre forskellige grunde, da den erklærede den omhandlede fusion forenelig med det indre marked med hensyn til Berlins lufthavne. Kommissionen fandt ikke alene, at intervenienten ikke ville have evne til at afskærme adgangen til markederne for lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne, men ligeledes at dette selskab heller ikke ville have incitament til at afskærme denne adgang, og at intervenientens iværksættelse af eventuelle udelukkelsesstrategier ikke ville medføre en reduktion i konkurrencen på disse markeder. Eftersom sagsøgeren ikke har anfægtet den anden og den tredje grund i den anfægtede afgørelse, skal sagsøgerens argumentation om intervenientens angivelige evne til at afskærme nævnte adgang således forkastes som uvirksom.
- 120 Det følger heraf, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at fastslå, at den omhandlede fusion ikke hæmmede den effektive konkurrence betydeligt på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til Berlins lufthavne.

- 121 Sagsøgerens andet anbringendes tredje led skal følgelig forkastes, og dermed forkastes nævnte anbringende i det hele.

Det tredje og det fjerde anbringende om den manglende undersøgelse af effektivitetsgevinsterne som følge af den omhandlede fusion og om, at Kommissionen ikke pålagde tilsagn

- 122 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte retningslinjerne om horisontale fusioner ved ikke at undersøge de eventuelle effektivitetsgevinster, som den omhandlede fusion kunne medføre. Sagsøgeren har desuden kritiseret Kommissionen for, at den ikke pålagde intervenienten korrigerende foranstaltninger i form af tilsagn, der kunne give andre luftfartsselskaber mulighed for at anvende visse af intervenientens slots.
- 123 Kommissionen og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumentation.
- 124 Det skal for det første bemærkes, som det i øvrigt fremgår af ordlyden af del 9 i den CO-formular til anmeldelse af en fusion efter fusionsforordningen, der er opført i bilag I til forordning nr. 802/2004, og af punkt 78 i retningslinjerne om horisontale fusioner, hvortil fodnoten i punkt 21 i retningslinjerne om ikke-horisontale fusioner bl.a. henviser, at de effektivitetsgevinster, som fusionen medfører, skal kunne fremme konkurrencen til fordel for forbrugerne. I 29. betragtning til forordning nr. 139/2004, hvortil sagsøgeren har henvist, anføres således, at det er muligt, at de effektivitetsgevinster, der opnås som følge af en fusion, kan udligne de virkninger for konkurrencen og specielt den potentielle skade for forbrugerne, som ellers kunne optræde, og at fusionen derfor ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf.
- 125 Det skal tilsvarende bemærkes, at under omstændigheder som de i den foreliggende sag omhandlede har de tilsagn, som de deltagende virksomheder har afgivet, til formål at fjerne enhver alvorlig tvivl i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt fusionen vil hæmme en effektiv konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (dom af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 297).
- 126 Det skal i det foreliggende tilfælde bemærkes, at Kommissionen ved at basere sig på artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004 fandt, at den omhandlede fusion ikke kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, og at det ikke var nødvendigt, at intervenienten godtgjorde effektivitetsgevinster eller foreslog tilsagn. Eftersom sagsøgeren, som det er anført i præmis 120 ovenfor, ikke havde grundlag for at gøre gældende, at det var åbenbart, at nævnte fusion kunne medføre en sådan hindring, var det følgelig ikke fornødent for Kommissionen at undersøge de effektivitetsgevinster, som kunne have udlignet fusionens virkning på konkurrencen, eller tilsagn, som kan have forebygget denne hindring.
- 127 For det andet fremgår det af 29. betragtning til forordning nr. 139/2004 og af punkt 84-87 i retningslinjerne om horisontale fusioner, som sagsøgeren har påberåbt sig, at det tilkommer parterne i fusionen at godtgøre eventuelle effektivitetsgevinster som følge af denne fusion. Det følger desuden af denne forordnings artikel 6, stk. 2, og af artikel 19 i forordning nr. 802/2004, at det i givet fald tilkommer fusionens parter i form af tilsagn at foreslå ændringer til denne fusion.

Det følger heraf, at sagsøgeren ikke kan kritisere Kommissionen for, at den ikke undersøgte, om der var effektivitetsgevinster, som intervenienten ikke tidligere havde godtgjort, eller at den ikke pålagde tilsagn, som intervenienten ikke tidligere havde foreslået.

128 På denne baggrund skal sagsøgerens tredje og fjerde anbringende forkastes.

Det femte anbringende om den manglende hensyntagen til redningsstøtten i forbindelse med vurderingen af den omhandlede fusions virkninger

129 Sagsøgeren har gjort gældende, at redningsstøtten blev tildelt Air Berlin med henblik på at gennemføre den omhandlede fusion. Sagsøgeren har i denne henseende anført, at denne støtte var uforenelig med det indre marked, at visse oplysninger om nævnte støtte ikke var tilgængelige for offentligheden, og at støtten hindrede andre »mere effektive aktører« i at erhverve Air Berlins aktiver. Sagsøgeren har desuden anført, at støtten ændrede Air Berlins finansieringsevne, hvorfor Kommissionen skulle have taget hensyn hertil i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004.

130 Kommissionen og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumentation.

131 I denne henseende fremgår det i første række af den afgørelse, hvorved redningsstøtten blev erklæret forenelig med det indre marked, at denne støtte bl.a. havde til formål at muliggøre et »koordineret« salg af Air Berlins aktiver, således at de negative konsekvenser for sidstnævntes ansatte blev begrænset.

132 For det første kan redningsstøttens angivelige uforenelighed med det indre marked og det forhold, at visse oplysninger om denne støtte ikke var tilgængelige for offentligheden, imidlertid ikke bevirke, at nævnte støtte specifikt tilsigtede at muliggøre intervenientens erhvervelse af de af Air Berlins aktiver, der var omfattet af den omhandlede fusion.

133 For det andet har sagsøgeren ikke anført og så meget desto mindre godtgjort, at de »mere effektive aktører«, som dette selskab har henvist til, ikke kunne afgive et købstilbud på Air Berlin i forbindelse med insolvensbehandlingen af sidstnævnte.

134 For det tredje skal det bemærkes, som det er nævnt i præmis 109 ovenfor, at den omstændighed alene, at Air Berlins slots, der blev overført til intervenienten, uden den omhandlede fusion i hvert fald delvist ville være blevet overført til sidstnævntes konkurrenter, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at fusionen kan anses for at hæmme den effektive konkurrence betydeligt, således at Kommissionen burde have erklæret fusionen uforenelig med det indre marked.

135 I anden række fremgår det af artikel 2, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004, at Kommissionen i sin vurdering af fusioner bl.a. skal tage hensyn til de deltagende virksomheders stilling på markedet og deres økonomiske og finansielle styrke. Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren ikke har fremlagt nogen oplysning, som kan godtgøre, at det lånebeløb, som Air Berlin blev indrømmet ved redningsstøtten, indgik i de aktiver, som intervenienten erhvervede i forbindelse med den omhandlede fusion.

- 136 På denne baggrund er det ikke godtgjort, at det lånebeløb, som Air Berlin blev indrømmet, indgik i den omhandlede fusion, og det skal derfor fastslås, at redningsstøtten ikke kunne påvirke stillingen på markedet eller den økonomiske og finansielle styrke af Air Berlins aktiver, som intervenienten erhvervede. Det følger heraf, at denne støtte ikke kunne ændre Kommissionens vurdering af denne fusion.
- 137 Sagsøgerens femte anbringende skal derfor forkastes.

Det sjette anbringende om en tilsidesættelse af artikel 296 TEUF

- 138 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte artikel 296 TEUF, idet den anfægtede afgørelse ikke er tilstrækkeligt begrundet. Sagsøgeren har nærmere bestemt kritiseret Kommissionen for ikke at have foretaget en udtømmende analyse af de faktiske omstændigheder omkring den omhandlede fusion. Sagsøgeren har således gjort gældende, at Kommissionen ikke undersøgte fusionens virkninger på A & A-markederne, at den kun foretog en »kortfattet« analyse af intervenientens eventuelle interesse i en udelukkelsesstrategi og af en sådan strategis virkninger på konkurrencen, og at den ikke efterprøvede, om effektivitetsgevinsterne som følge af den omhandlede fusion udlignede fusionens konkurrencebegrænsende virkninger, at den ikke undersøgte, om korrigerende foranstaltninger kunne give mulighed for at fjerne den betydelige hindring for en effektiv konkurrence, som fulgte af nævnte fusion, og endelig, at den ikke tog hensyn til redningsstøtten.
- 139 Kommissionen og intervenienten har bestridt sagsøgerens argumentation.
- 140 I henhold til artikel 296 TEUF skal EU-institutionernes retsakter begrundes.
- 141 Det skal i denne henseende 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 afgørelses begrundelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 63, af 22.6.2004, Portugal mod Kommissionen, C-42/01, EU:C:2004:379, præmis 66, og af 15.4.2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 79).
- 142 Kommissionen tilsidesætter således ikke sin begrundelsespligt, såfremt den, når den udøver sin fusionskontrolbeføjelse, ikke i sin afgørelse 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 af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, 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 det indre marked i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004, er begrundelseskravet opfyldt, hvis der i afgørelsen klart redegøres for grundene til, at Kommissionen fandt, at den omhandlede fusion – eventuelt efter de deltagende virksomheders ændringer – ikke bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (jf. analogt dom af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 100).

- 143 I det foreliggende tilfælde skal det for det første fastslås, som det fremgår af præmis 27 og 46 ovenfor, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anførte grundene til, at den ikke havde vurderet den omhandlede fusion for hvert af de relevante A & A-markeder. Kommissionen forklarede nemlig, at eftersom Air Berlin havde indstillet sin virksomhed inden den omhandlede fusion og uafhængigt heraf, var dette selskab ikke længere aktivt på noget A & A-marked, hvor det tidligere havde været aktivt. Nævnte institution har endvidere anført, at fusionens virkninger skulle vurderes på markederne for lufttransport af passagerer fra eller til de lufthavne, hvortil Air Berlins slots var knyttet, eftersom disse slots ikke var tilknyttet et bestemt A & A-marked.
- 144 For det andet skal det bemærkes, at Kommissionens vurdering af intervenientens incitament til at afskærme adgangen til lufthavnsinfrastrukturtenester i Berlins lufthavne blev foretaget for fuldstændighedens skyld, eftersom Kommissionen først havde fundet, at intervenienten sandsynligvis ikke ville have evne til at afskærme denne adgang. Kommissionen fandt desuden, at selv om et dominerende luftfartsselskab ganske vist kunne have incitament til at afskærme nævnte adgang, var der i det foreliggende tilfælde grundlag for at fremhæve det tilstrækkelige antal slots, der stadig var tilgængeligt for de andre luftfartsselskaber, samt at der i Berlin-Tegel lufthavn var en konkurrent, som i denne lufthavn havde en slotandel, der kunne sammenlignes med intervenientens slotandel efter den omhandlede fusion. Kommissionen tilføjede endvidere, at den som led i undersøgelsen af markedet ikke fandt bevis for, at intervenienten på forhånd havde udvist en markedsafskærmende adfærd.
- 145 For det tredje havde Kommissionen, som det fremgår af præmis 126 ovenfor, ikke grund til at vurdere eventuelle effektivitetsgevinster som følge af den omhandlede fusion eller at overveje eventuelle tilsagn, som intervenienten kunne have foreslået. Som det fremgår af præmis 137 ovenfor, havde Kommissionen heller ikke grund til at tage hensyn til redningsstøtten med henblik på vurderingen af den omhandlede fusion. Det følger heraf, at Kommissionen med føje kunne anse disse forskellige elementer, som sagsøgeren har påberåbt sig, for åbenbart uvedkommende, og at Kommissionen, henset til den retspraksis, der er nævnt i præmis 142 ovenfor, således ikke kan kritiseres for at have tilsidesat sin begrundelsespligt ved ikke at nævne disse elementer i den anfægtede afgørelse.
- 146 På denne baggrund kan den anfægtede afgørelse ikke anses for at være behæftet med en begrundelsesmangel, hvorfor sagsøgerens sjette anbringende skal forkastes.

Sagsøgerens anmodning om, at der træffes foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse

- 147 I stævningen har sagsøgeren i medfør af artikel 88 i Rettens procesreglement anmodet Retten om at træffe foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse vedrørende redningsstøtten, Air Berlins indstilling af sin virksomhed og salget af sidstnævntes aktiver.

- 148 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgeren i strid med procesreglementets artikel 88, stk. 2, ikke tilstrækkelig præcist har angivet de grunde, der kan begrunde alle de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som selskabet har anmodet om, og at disse foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som det bl.a. fremgår af præmis 28-34 og 132-136 ovenfor, ikke er nødvendige for, at der kan træffes afgørelse i sagen.
- 149 Sagsøgerens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse kan derfor ikke tages til følge.
- 150 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen skal frifindes i det hele, uden at det er fornødent at træffe afgørelse om formaliteten vedrørende bilag C.2 til replikken i anledning af Kommissionens formalitetsindsigelse.

Sagsomkostninger

- 151 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Tiende Udvidede Afdeling):

- 1) **Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) **Polskie Linie Lotnicze »LOT« S.A. betaler sagsomkostningerne.**

Van der Woude

Kornezov

Buttigieg

Kowalik-Bańczyk

Hesse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. oktober 2021.

Underskrifter