



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

de 13 de mayo de 2015*

«Competencia — Concentraciones — Transporte aéreo — Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado común — Apreciación de los efectos de la concentración en la competencia — Compromisos»

En el asunto T-162/10,

Niki Luftfahrt GmbH, con domicilio social en Viena (Austria), representada por los Sres. H. Asenbauer y A. Habeler, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada inicialmente por los Sres. S. Noë, R. Sauer y N. von Lingen, posteriormente por los Sres. Noë, Sauer y H. Leupold, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

República de Austria, representada inicialmente por la Sra. C. Pesendorfer y los Sres. E. Riedl y A. Posch, posteriormente por la Sra. Pesendorfer y el Sr. M. Klamert, en calidad de agentes,

por

Deutsche Lufthansa AG, con domicilio social en Colonia (Alemania), representada inicialmente por los Sres. S. Völcker y A. Israel, posteriormente por los Sres. Völcker y J. Orologas, abogados,

y por

Österreichische Industrieholding AG, con domicilio social en Viena, representada por los Sres. H. Kristoferitsch, P. Lewisch y B. Kofler-Senoner, abogados,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto una demanda de anulación de la Decisión C(2009) 6690 final de la Comisión, de 28 de agosto de 2009, por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE (asunto COMP/M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava),

integrado por el Sr. D. Gratsias, Presidente, y la Sra. M. Kancheva (Ponente) y el Sr. C. Wetter, Jueces;

Secretario: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de junio de 2014;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que dan origen al litigio

1. Empresas interesadas

- 1 Deutsche Lufthansa AG (en lo sucesivo, «Lufthansa») es la compañía aérea alemana más importante. Presta servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros y de carga y otros servicios conexos. En 2008, Lufthansa disponía de 272 aparatos con los que transportó a 45 000 000 de pasajeros a más de 200 destinos en 85 países. Sus plataformas son el aeropuerto internacional de Fráncfort del Meno (Alemania) y el aeropuerto de Múnich (Alemania) y también opera en el aeropuerto de Düsseldorf (Alemania). Lufthansa controla Swiss International Air Lines Ltd (en lo sucesivo, «Swiss»), con base en el aeropuerto de Zúrich (Suiza), Air Dolomiti, Eurowings y su filial de bajo coste, Germanwings. Además, adquirió British Midlands (en lo sucesivo, «BMI») y Brussels Airlines (en lo sucesivo, «SN Brussels»). Lufthansa posee además el 19 % de las participaciones de Jet Blue, compañía de bajo coste que opera en Estados Unidos. Lufthansa y Swiss son miembros de Star Alliance.
- 2 Austrian Airlines (en lo sucesivo, «Austrian») es la compañía aérea austriaca más importante y su plataforma principal es el aeropuerto internacional de Viena (Austria). Presta servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros y de carga y servicios conexos. Vuela a 121 destinos en 63 países, incluidos los vuelos a través de acuerdos de códigos compartidos con otras compañías aéreas. Sus filiales son, en particular, Lauda Air y Tyrolean Airways. Le pertenece además el 22,5 % de las participaciones de Ukraine International Airlines. Austrian es miembro de Star Alliance.
- 3 Niki Luftfahrt GmbH es una sociedad austriaca domiciliada en Viena que explota una compañía aérea conocida con la denominación «FlyNiki» o «Niki». Opera a partir de Viena, de Linz (Austria), de Salzburgo (Austria), de Graz (Austria) y de Innsbruck (Austria), desde donde realiza en especial vuelos con destino a toda Europa y el norte de África. En la fecha de interposición del recurso el 76 % de la demandante pertenecía a Privatstiftung Lauda (fundación privada Lauda) y el 24 % a la segunda compañía aérea alemana, Air Berlin.

2. Procedimiento administrativo

- 4 En 2008 Austrian sufrió pérdidas en cuantía de 430 000 000 de euros y a mediados del año 2009 el resultado neto del período que va de enero a junio de 2009 representaba una pérdida de 166 600 000 euros. En julio de 2008, el comité de vigilancia de Austrian estimó que sería difícil seguir explotando Austrian como compañía autónoma. Por consiguiente, el comité de vigilancia de Austrian pidió a la República de Austria, accionista mayoritario de Austrian, la privatización de ésta. Como consecuencia, el Gobierno austriaco emitió un mandato de privatización en virtud del cual el holding público Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft (en lo sucesivo, «ÖIAG») quedaba autorizado para enajenar todas las participaciones en Austrian que le pertenecían.

- 5 El 5 de diciembre de 2008, en el contexto del proceso de privatización de Austrian, Lufthansa aceptó adquirir indirectamente a ÖIAG una participación del 41,56 % en Austrian.
- 6 Además, el 27 de febrero de 2009, Lufthansa emitió una oferta pública de adquisición del resto de participaciones de Austrian para la cual recibió más declaraciones de aceptación de las necesarias. Sumando la participación de ÖIAG, Lufthansa podía adquirir así el 85 % de las participaciones de Austrian.
- 7 La concentración derivada de la adquisición de participación en Austrian por Lufthansa fue notificada a la Comisión de las Comunidades Europeas el 8 de mayo de 2009.
- 8 En paralelo a la valoración de la compatibilidad de la concentración referida con el mercado común la Comisión evaluó las condiciones de la propuesta de adquisición por Lufthansa de las participaciones de la República de Austria en Austrian, incluido el desembolso de 500 000 000 de euros por la República de Austria para un aumento de capital de Austrian, a la luz de los artículos 87 CE y 88 CE.
- 9 Por decisión de 1 de julio de 2009, la Comisión estimó que la concentración suscitaba serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común y el Acuerdo EEE. En consecuencia, la Comisión decidió iniciar el procedimiento de examen en profundidad, conforme al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento sobre concentraciones»).
- 10 El 10 de julio de 2009, Lufthansa presentó una oferta de compromisos, conforme al artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones. Los días 17 y 27 de julio de 2009, Lufthansa presentó versiones revisadas de esos compromisos. Tras haber recibido la versión revisada de esos compromisos la Comisión emprendió una investigación de mercado para recoger las opiniones de los competidores, de los clientes y de los otros operadores del mercado sobre los compromisos. Los resultados de esa investigación de mercado fueron comunicados a Lufthansa, que presentó una versión final de sus compromisos el 31 de julio de 2009 (en lo sucesivo, «compromisos»).
- 11 Como sea que la Comisión estimó que los compromisos presentados por Lufthansa eran suficientes para descartar las serias dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común, no envió un pliego de cargos a Lufthansa y adoptó la Decisión C(2009) 6690 final, de 28 de agosto de 2009 (asunto COMP/M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»). Mediante ésta, de la que se publicó un resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO 2010, C 16, p. 11), la Comisión declaró que la operación de concentración por la que Lufthansa adquiriría el control de Austrian en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento sobre concentraciones era compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE.
- 12 En paralelo al procedimiento de control de la operación de concentración la Comisión adoptó dos decisiones en materia de ayudas de Estado. En primer lugar, por la decisión de 19 de enero de 2009 relativa a la ayuda de Estado NN 72/08, Austrian Airlines — Ayuda de salvamento, la Comisión aprobó una ayuda de salvamento en forma de garantía al 100 % aportada por la República de Austria para un préstamo de 200 000 000 de euros a favor de Austrian que debía servir prioritariamente para el pago de las deudas de esta última. En segundo lugar, el 28 de agosto de 2009 la Comisión adoptó la Decisión 2010/137/CE (ex N 663/08) — Austria Austrian Airlines — Plan de reestructuración (DO 2010, L 59, p. 1) (en lo sucesivo, «Decisión sobre el plan de reestructuración»), que declaraba compatible con el mercado común, a reserva del cumplimiento de ciertas condiciones, la ayuda a la reestructuración por importe de 500 000 000 de euros concedida por la República de Austria a favor de Austrian, en el contexto de la adquisición de ésta por el grupo Lufthansa. Esa última Decisión es objeto de un recurso de anulación registrado en la Secretaría del Tribunal con la referencia T-511/09.

3. Contenido de la Decisión impugnada

Mercados de referencia

- 13 Para la definición de los mercados de referencia la Comisión identificó varios servicios prestados a la vez por Lufthansa y por Austrian. Se trata de los servicios de transporte aéreo de pasajeros y de carga, de la venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes, de los servicios de mantenimiento, reparación y revisión, de la restauración a bordo y de la asistencia en escalas. No obstante, en el presente litigio sólo son pertinentes los servicios de transporte aéreo de pasajeros y de venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes.
- 14 Respecto al servicio de transporte aéreo de pasajeros, la Comisión, conforme a su práctica, examinó en esencia la cuestión de la sustituibilidad de la demanda. Definió los mercados de referencia con remisión al criterio «punto de origen — punto de destino», llamado criterio «O & D» (en lo sucesivo, «criterio O & D»), conforme al que cada ruta entre un punto de origen y un punto de destino se considera un mercado diferenciado. Para determinar si una ruta específica entre un punto de origen y un punto de destino formaba un mercado que se debía tomar en consideración la Comisión examinó las diversas posibilidades de las que disponían los consumidores para viajar entre ambos puntos.
- 15 En lo que atañe más especialmente a los transportistas en red la Comisión consideró no obstante algunos aspectos desde el punto de vista de la oferta, como la competencia entre las compañías sobre la base de la red llamada «radial» de los transportistas tradicionales. Precisó así pues que, aunque desde el punto de vista de la oferta un transportista en red podía teóricamente volar desde cualquier punto de salida a cualquier punto de destino, en la práctica los transportistas en red estructuran su red y deciden volar casi exclusivamente en las rutas que conectan sus plataformas. Según la Comisión, se aplican consideraciones semejantes a las compañías aéreas que se concentran en los servicios de punto a punto. También recordó que en el pasado había considerado que, desde el punto de vista de la demanda, mientras que las redes tenían cierta importancia para las empresas clientes en cuya demanda influían tanto los efectos de red como consideraciones de origen y de destino, los particulares buscaban principalmente la conexión menos cara y más cómoda entre dos ciudades.
- 16 En la Decisión impugnada la Comisión precisa que, en general, la investigación de mercado confirmó el criterio O & D. Sin embargo, en algunas respuestas, en particular las de transportistas en red tradicionales, se indicó que el criterio O & D no tenía en cuenta la función radial de los grandes aeropuertos y los efectos de red consiguientes. De esa forma, varios transportistas manifestaron que tanto el punto de origen como el punto de destino debían incluir todos los aeropuertos sustituibles desde el punto de vista de los pasajeros.
- 17 En ese contexto, la Comisión examinó la sustituibilidad de los vuelos desde el punto de vista de los pasajeros según los siguientes factores: existencia de dos aeropuertos al menos en el origen o en el destino, sensibilidad de los pasajeros al factor tiempo y carácter directo o indirecto de los vuelos. Ante todo, en cuanto a la existencia de dos aeropuertos al menos en el origen o el destino, la Comisión estimó que el criterio consistente en tener en cuenta la presencia de aeropuertos en una misma zona de captación de clientela correspondiente a una distancia de 100 km o de una hora de carretera entre el centro de la ciudad y esos aeropuertos, para considerar sustituibles dos aeropuertos, como el utilizado en su Decisión C(2007) 3104, de 27 de junio de 2007, Ryanair/Aer Lingus (asunto COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus) (DO 2008, C 47, p. 9), sólo era una primera aproximación no necesariamente válida en otros casos, como las rutas en las que vuelan dos transportistas en red. En consecuencia, la Comisión señaló que se debían considerar las características del caso concreto para apreciar correctamente las presiones competitivas que ejercían entre sí los vuelos desde o hacia dos aeropuertos diferentes. La Comisión examinó así pues la sustituibilidad entre los vuelos de salida desde diferentes aeropuertos, en especial de los pares de aeropuertos siguientes: aeropuerto de Bratislava (Eslovaquia) y aeropuerto internacional de Viena Schwechat; aeropuerto de Frankfurt Hahn

y aeropuerto internacional de Fráncfort del Meno; aeropuerto de Colonia-Bonn y aeropuerto internacional de Düsseldorf; aeropuerto de Charleroi Bruselas-Sur (Bélgica) y aeropuerto de Zaventem Bruselas-Nacional.

- 18 Seguidamente, en lo que concierne a la sustituibilidad de los vuelos en función de la sensibilidad de los pasajeros al factor tiempo, la Comisión recordó que en anteriores decisiones había estimado que los billetes no sujetos a restricciones y comprados en su mayoría por pasajeros sensibles al factor tiempo podían constituir un mercado diferente al de los billetes sujetos a restricciones y principalmente comprados por pasajeros insensibles al factor tiempo. Por una parte, los pasajeros sensibles al factor tiempo suelen viajar por motivos de negocio, comprar sus billetes poco antes de la salida, exigir alta flexibilidad para su billetes, como la anulación o modificación de la hora de salida sin gastos, pagar más por esa flexibilidad y exigir una mayor frecuencia para un par «O & D» determinado. Por otra parte, los pasajeros insensibles al factor tiempo viajan usualmente con fines de ocio o para visitar a amigos o familia, reservan mucho antes y no exigen ninguna flexibilidad de sus reservas. Los pasajeros sensibles al factor tiempo tiene por tanto preferencias diferentes de los pasajeros insensibles al factor tiempo, lo que se refleja en los diferentes billetes con los que las compañías aéreas intentan atraer a esos dos tipos distintos de pasajeros.
- 19 Según la Comisión, el análisis del presente caso confirmó que existían en esencia dos categorías de pasajeros con diferentes necesidades y distinta sensibilidad a los precios, aunque algunos participantes en la investigación de mercado hubieran indicado que esa distinción entre pasajeros sensibles e insensibles al factor tiempo se hacía menos evidente porque incluso los pasajeros sensibles al factor tiempo prestaban cada vez más atención al precio y tendían a preferir un billete sujeto a restricciones a uno no sujeto a ellas si el primero era menos caro. Ante esa preferencia por los billetes sujetos a restricciones la mayoría de los transportistas, incluidos los transportistas de bajo coste, ofrecen servicios de segunda reserva (modificación de la fecha o del nombre del pasajero), a cambio de un precio superior. No obstante, la distinción entre pasajeros sensibles e insensibles al factor tiempo y por tanto entre los billetes no sujetos a restricciones y los sujetos a ellas sigue siendo importante. Los pasajeros sensibles al factor tiempo siguen exigiendo pues una alta frecuencia y horas de salida y de llegada muy precisas en los puntos de origen y de destino. Finalmente, dada la necesidad de flexibilidad y de duración del viaje lo más breve posible, los pasajeros sensibles al factor tiempo se inclinan menos a utilizar los aeropuertos secundarios que los pasajeros insensibles al factor tiempo.
- 20 En particular, la mayoría de los participantes en la investigación de mercado consideraban que los pasajeros sensibles al factor tiempo tienen que maximizar su tiempo en el lugar de destino y minimizar la duración de su viaje. Por consiguiente, para la mayoría de los participantes en la investigación de mercado ese segmento de pasajeros exige vuelos más temprano por la mañana y más tarde al final del día (con una hora de salida ideal cerca de las 7.00 por la mañana y un abanico máximo entre las 6.30 y 8.30, y una hora de salida por la tarde cerca de las 18.00 o las 19.00, con un abanico máximo entre las 17.00 y las 20.00). Los pasajeros sensibles al factor tiempo exigen también una frecuencia de vuelos diaria bastante alta. Es necesario un mínimo de dos vuelos por día para permitir una ida y vuelta en el mismo día, aunque una mayoría de participantes en la investigación de mercado manifestaron que los pasajeros sensibles al factor tiempo exigían más de dos vuelos por día según el destino. El tipo de transportista preferido por los pasajeros sensibles al factor tiempo también tiene influencia, pues la mayoría de los participantes en la investigación de mercado piensan que los pasajeros sensibles al factor tiempo prefieren a los transportistas en red que ofrecen un servicio completo antes que los transportistas de bajo coste. Comparten esas opiniones todos los grupos de participantes en la investigación de mercado, a saber, las empresas clientes, los agentes de viajes y las compañías aéreas competidoras.

- 21 Por otro lado la Comisión observa que la posibilidad de realizar una ida y vuelta en el mismo día a los destinos de corta distancia fue considerada importante por todas las empresas clientes que respondieron, principalmente a causa de la economía de tiempo y de dinero, y la mayoría incluso estaría dispuesta a pagar un pequeño suplemento para poder beneficiarse de la ida y vuelta en el mismo día. Las respuestas de las agencias de viajes lo confirman.
- 22 En lo que atañe a la localización del aeropuerto, la mayoría de las agencias de viajes y de las compañías competidoras que respondieron en la investigación señalaron que los aeropuertos principales situados cerca de los centros de negocios y a corta distancia eran más importantes para los pasajeros sensibles al factor tiempo que para los pasajeros insensibles al factor tiempo. Las empresas clientes indicaron que preferían claramente minimizar la duración del trayecto (y los costes de los viajes de negocios) de sus empleados, con independencia de que consideren a sus empleados como sensibles o insensibles al factor tiempo.
- 23 Por último, en lo que se refiere al grado de sustituibilidad de los vuelos indirectos y de los vuelos directos la Comisión apreció que ésta dependía de la duración del vuelo. Como regla general, cuanto más largo es el vuelo, tanto más es posible que los vuelos indirectos ejerzan una presión competitiva sobre los vuelos directos. En cuanto a las rutas de corta distancia la Comisión recuerda que en anteriores decisiones consideró que los vuelos indirectos no ejercían presión competitiva en los vuelos directos salvo en circunstancias excepcionales, por ejemplo, si un vuelo directo no permite la ida y la vuelta en el mismo día, lo que tiene especial importancia para los pasajeros de negocios. La investigación de mercado confirmó en amplia medida que los vuelos indirectos no constituían en general una opción sustitutiva competitiva con los vuelos directos en el caso de los vuelos de corta distancia dado que los clientes prefieren efectivamente los vuelos directos. La Comisión destaca que en anteriores decisiones analizó los vuelos de media distancia, a saber, los vuelos de duración superior a tres horas, para los cuales los vuelos directos no permitían normalmente el viaje de ida y vuelta en el mismo día, por lo que los vuelos indirectos pueden competir con los directos [Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2005 en el asunto COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss (DO C 204, p. 3), considerando 17, y Decisión de la Comisión en el asunto COMP/M.4439 Ryanair/Aer Lingus, considerandos 288 y ss.].
- 24 A causa de la mayor duración del vuelo en esas rutas de media distancia los vuelos indirectos parecen constituir una opción sustitutiva más verosímil y algunos participantes en la investigación de mercado manifestaron que en ciertas circunstancias los vuelos indirectos representaban una solución sustitutiva competitiva. Ese análisis concuerda con la práctica anterior de la Comisión [véase la Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2009 en el asunto COMP/M.5335 — Lufthansa/SN Airholding, (DO C 295, p. 11), considerando 45].
- 25 Acerca de los vuelos de larga distancia (vuelos de duración mayor de seis horas que cubren una distancia superior a 5 000 km), la Comisión recuerda que en anteriores decisiones estimó que los vuelos indirectos constituían una solución sustitutiva competitiva de los servicios sin escala en ciertas condiciones, en particular cuando se venden como vuelos de correspondencia en el par «O & D» en los sistemas informáticos de reserva, en primer lugar, su frecuencia es diaria, en segundo lugar, y sólo originan una prolongación limitada del tiempo de trayecto, en tercer lugar (un máximo de 150 minutos) [véanse por ejemplo la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2001 en el asunto COMP/M.2041 — United/US Airways y la Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2002 en el asunto COMP/M.2672 — SAS/Spainair (DO C 93, p. 7)]. La investigación de mercado confirmó en alto grado que los vuelos indirectos constituían una solución sustitutiva competitiva cuando se trataba de vuelos de duración superior a seis horas y varios participantes en la investigación de mercado los consideran sustituibles.
- 26 En segundo lugar, acerca de la venta al por mayor de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes, la Comisión consideró que el estudio de mercado no contradecía sus conclusiones en las decisiones anteriores acerca de la existencia de ese mercado separado del mercado del servicio de

transporte aéreo de pasajeros [véanse por ejemplo la Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el asunto COMP/M.5141 — KLM/Martinair (DO 2009, C 51, p. 4), considerando 121 o la Decisión de la Comisión en el asunto COMP/M.4439 — Ryanair/AerLingus, considerando 299]. La Comisión estimó no obstante que la investigación de mercado no permitía determinar claramente si la amplitud del mercado era nacional o si abarcaba Alemania y Austria.

Apreciación de los efectos de la operación en la competencia

Marco conceptual para la evaluación de la concentración

- 27 A título previo, la Comisión destacó en la Decisión impugnada que, antes de la notificación de la operación propuesta, había recibido el 26 de noviembre de 2008 una notificación de una operación por la que Lufthansa proyectaba adquirir el control exclusivo de SN Airholding SA/NV, la sociedad holding de SN Brussels. La Comisión autorizó la adquisición de SN Brussels por Lufthansa bajo ciertas condiciones el 22 de junio de 2009 (asunto COMP/M.5335 — Lufthansa/SN Airholding). Además, el 3 de abril de 2009 la Comisión también recibió una notificación de una operación por la que Lufthansa proyectaba adquirir el control exclusivo de BMI. La Comisión aprobó sin condiciones esa operación por una Decisión de 14 de mayo de 2009 [asunto COMP/M.5403 — Lufthansa/BMI (DO C 158, p. 1)] (en lo sucesivo, «Decisión Lufthansa/BMI»). Las operaciones de concentración de Lufthansa con SN Brussels y BMI se concluyeron respectivamente el 24 de junio de 2009 y el 1 de julio de 2009 y fueron ejecutadas seguidamente. En el análisis de la concentración entre Lufthansa y Austrian la Comisión consideró por tanto a SN Brussels y BMI como filiales de Lufthansa.
- 28 La Comisión expuso a continuación que la operación de concentración suscitaba dos cuestiones de orden conceptual, la primera, concerniente al trato de los asociados de Lufthansa y de Austrian en el seno de Star Alliance a efectos de la definición de los mercados de referencia y del análisis de la operación en relación con la competencia, y la segunda, referida al análisis contrafáctico pertinente para evaluar los efectos de la operación en las rutas en las que cooperan Lufthansa (incluidas Swiss, Germanwings, SN Brussels y BMI) y Austrian.
- 29 En primer lugar, la Comisión apreció, en ese sentido, que no se debía tomar en consideración a los asociados de Lufthansa y de Austrian en Star Alliance para la definición de los mercados de referencia toda vez que la concentración no tendría como efecto extender automáticamente a Austrian los acuerdos de cooperación concluidos entre Lufthansa y sus asociados de Star Alliance ni tampoco tendría como efecto extender automáticamente a Lufthansa los acuerdos de cooperación concluidos entre Austrian y sus asociados de Star Alliance. En lo que atañe al análisis de la competencia en los mercados de referencia, la Comisión estimó que la relación entre las compañías aéreas y los efectos derivados de la concentración en su incitación para competir entre sí después de la concentración debían evaluarse para cada ruta específica. Así pues, según la Comisión, si se constatará que una parte en la concentración y un tercero estarán menos incitados a competir entre sí a causa de la operación, ese factor debe considerarse en la evaluación.
- 30 En segundo lugar, la Comisión determinó las hipótesis contrafácticas pertinentes para evaluar los efectos de la operación en las rutas en las que cooperan Lufthansa y Austrian. La Comisión recordó los términos del apartado 9 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, C 31, p. 5) (en lo sucesivo, «Directrices de 2004»):

«Para evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia, la Comisión compara las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración. En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la concentración constituyen la referencia comparativa

pertinente para evaluar los efectos de una concentración. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado [...]»

- 31 En ese contexto la Comisión consideró que los supuestos contrafácticos pertinentes para la evaluación de los efectos de la concentración en la competencia eran el estado de la cooperación entre las partes en la concentración antes de ésta, y la evolución futura más probable si no se produjera la adquisición de Austrian por Lufthansa.
- 32 Acerca de la cooperación existente entre Lufthansa y Austrian antes de la concentración, la Comisión expuso que tenía varias formas, a saber, una empresa común de reparto de costes y de ingresos en todas las rutas entre Austria y Alemania, un acuerdo de cooperación bilateral mundial, un acuerdo de códigos compartidos en las rutas entre Austria y Suiza y un acuerdo de códigos compartidos entre British Midlands, filial de Lufthansa, y Austrian.
- 33 En cuanto a la evolución más probable si la adquisición de Austrian por Lufthansa no tuviera lugar, la Comisión, teniendo en cuenta la decisión del Gobierno austriaco de encontrar un inversor privado para Austrian, eligió la hipótesis de una adquisición por otra compañía aérea, concretamente Air France-KLM. En ese supuesto, Austrian pondría fin a su cooperación con Lufthansa y saldría de Star Alliance para hacerse miembro de la alianza Sky Team a la que pertenece Air France-KLM.

Análisis de la competencia

- 34 En primer lugar, por lo que se refiere al servicio de transporte aéreo regular de pasajeros la Comisión apreció que la concentración originaba varios solapamientos horizontales que se podían agrupar en las siguientes categorías:
- 23 rutas de corta distancia entre Austria y Alemania, cubiertas en el marco de la empresa común de reparto de costes y de ingresos;
 - tres rutas de corta distancia entre Austria y Suiza;
 - una ruta de corta distancia entre Austria y Bélgica;
 - una ruta de corta distancia entre Austria y el Reino Unido;
 - los «solapamientos directos-indirectos», es decir, las rutas en las que una parte ofrece una conexión directa y la otra una indirecta;
 - los «solapamientos indirectos-indirectos», es decir, las rutas en las que ambas partes sólo ofrecen servicios indirectos.
- 35 Al término de su análisis de la competencia en los diferentes solapamientos horizontales, la Comisión llegó a la conclusión de que la operación suscitaba serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común en las rutas siguientes: Viena-Stuttgart (Alemania), Viena-Colonia-Bonn (Alemania), Viena-Múnich, Viena-Fráncfort del Meno y Viena-Bruselas (en lo sucesivo, «pares de ciudades identificadas»).
- 36 En segundo lugar, en lo que se refiere a la venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes, la Comisión apreció que, en razón de las cuotas de mercado combinadas de Lufthansa y de Austrian en el mercado alemán, en el mercado austriaco y en el mercado combinado Austria-Alemania para los vuelos de larga distancia, comprendidas en los tres casos entre el 5 % y 10 %, y de la importante

presencia de FlyNiki en el mercado austriaco (cuotas de mercado entre 40 y 50 % para los vuelos de corta y media distancia), la concentración no obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva en el mercado de la venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes.

- 37 Además, la Comisión consideró que también se debía evaluar el impacto de la ayuda de salvamento y de la ayuda a la reestructuración concedidas a Austrian, en especial en los mercados del servicio de transporte aéreo de pasajeros y de venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes, porque esas ayudas podrían reforzar la posición comercial de Austrian.
- 38 En ese sentido la Comisión recordó sin embargo que Austrian atravesaba dificultades financieras. La Comisión expuso que el 19 de diciembre de 2008 Austria le había notificado su decisión de conceder una ayuda de salvamento al grupo Austrian y que el 22 de diciembre de 2008 había sabido que una primera fracción de 67 000 000 de euros de esa ayuda de salvamento había sido concedida a Austrian para permitirle continuar sus actividades, ello antes de que la Comisión pudiera pronunciarse sobre su compatibilidad con el mercado común.
- 39 La Comisión puntualizó que la peligrosa situación financiera de Austrian se ilustraba por el hecho de que una explotación autónoma de Austrian necesitaría fondos adicionales muy superiores al importe de la ayuda de salvamento y de la ayuda a la reestructuración. Además, la Comisión señaló que la ayuda de salvamento de 200 000 000 de euros ya había sido utilizada en gran medida por Austrian para reembolsar la financiación de sus aeronaves y que la amplitud de las necesidades financieras de Austrian concordaba con las conclusiones de su decisión 2010/137 según la cual el coste de la reestructuración superaba con mucho la suma de 500 000 000 de euros.
- 40 La Comisión dedujo de ello que era poco probable que Austrian hubiera utilizado o utilizara la ayuda de salvamento y la ayuda a la reestructuración de una manera que contradijera su análisis de los efectos de la concentración en los mercados de referencia, y en particular para impedir la expansión de sus competidores. La Comisión precisó que tanto la ayuda de salvamento como la ayuda a la reestructuración pretendían hacer económicamente viable la adquisición de Austrian por Lufthansa, y en particular asegurar la liquidez de Austrian, reducir su pasivo y restablecer su rentabilidad a largo plazo. La Comisión recordó también que vigilaría en el futuro la utilización de esos fondos por Austrian.
- 41 La Comisión expuso que esa conclusión se confirmaba además por la fuerte posición financiera de Lufthansa, que logró resultados de explotación superiores a 1 000 000 000 de euros en 2007 y en 2008 y presentaba el 31 de marzo de 2009 una liquidez total de 5 200 000 000 de euros, de los cuales una liquidez mínima estratégica de 2 000 000 000 de euros. En efecto, según la Comisión, el impacto de la ayuda de salvamento y de la ayuda a la reestructuración era limitado en relación con la potencia financiera de la entidad nacida de la concentración.
- 42 Además, en cuanto a las rutas «directas-directas» en las que sólo vuela una de las partes, la Comisión expuso que la investigación de mercado no había mostrado que la concesión de fondos suplementarios a Austrian modificaría las conclusiones sobre esas rutas específicas, en el sentido de que la operación daría lugar a la eliminación de la potencial competencia. Por el contrario, las principales razones por las que no surge ningún problema de competencia en esas rutas, que son la baja demanda en la mayoría de ellas, las estrategias de entrada de Lufthansa y de Austrian según las acreditan documentos internos, la falta de actividades paralelas antes de la cooperación en la mayoría de esas rutas, son válidas con independencia de las ayudas de Estado en cuestión. Por otro lado, en lo referente más en especial a la estrategia de entrada de Austrian, la investigación de mercado no reveló la menor indicación de que Austrian modificaría su estrategia de entrada gracias a los fondos suplementarios en cuestión, lo que se ilustra por el hecho de que Austrian ya ha agotado casi toda la ayuda de salvamento sin modificar su estrategia de entrada. Por tanto, es poco probable que Austrian utilice esos fondos suplementarios para comenzar a explotar esas rutas.

Compromisos

- 43 Para descartar las serias dudas suscitadas por la concentración sobre su compatibilidad con el mercado común Lufthansa y Austrian propusieron compromisos a fin de resolver los problemas de competencia que afectan a los pares de ciudades identificadas. Los compromisos, que tratan de reducir las barreras a la entrada y facilitar la entrada de uno o de varios nuevos operadores o la expansión de los competidores ya presentes en esas rutas, se resumen seguidamente.

Compromisos sobre franjas horarias

– Concesión de franjas horarias en los pares de ciudades que suscitan problemas de competencia

- 44 Como uno de los compromisos, las partes se comprometen a poner a disposición franjas horarias según un procedimiento específico en los aeropuertos de Viena, de Stuttgart, de Colonia/Bonn, de Múnich, de Fráncfort del Meno y de Bruselas, para las cinco rutas en las que la Comisión identificó problemas de competencia.

- 45 Las franjas horarias puestas a disposición permitirán a un nuevo entrante explotar las siguientes frecuencias en los pares de ciudades identificadas:

- Viena-Stuttgart: hasta 3 vuelos diarios,
- Viena-Colonia/Bonn: hasta 3 vuelos diarios, pero no más de 18 vuelos semanales,
- Viena-Fráncfort del Meno, hasta 5 vuelos diarios,
- Viena-Múnich: hasta 4 vuelos diarios,
- Viena-Bruselas: hasta cuatro vuelos diarios, pero no más de 24 vuelos semanales.

- 46 De las franjas horarias antes enumeradas se deducirán las que ya se hayan transferido a un nuevo entrante en virtud de los compromisos a menos que esas franjas horarias dejen de ser utilizadas por el nuevo entrante y sean recuperadas por las partes.

- 47 En relación con todos los pares de ciudades identificadas, excepto Viena-Fráncfort del Meno y Viena-Múnich, a los que se aplican disposiciones específicas, las frecuencias ya utilizadas por una compañía aérea independiente de las partes o no vinculada a ellas en un par de ciudades identificadas deberán deducirse del número de franjas horarias que las partes tienen que poner a disposición de esa compañía aérea en virtud de los compromisos.

- 48 En la ruta Viena-Fráncfort del Meno las dos frecuencias diarias explotadas por la demandante [tres, dado que la demandante obtiene una tercera de Lufthansa desde la temporada de invierno 2009/2010 de la International Air Transport Association (IATA)] se deducirán del número de franjas horarias que se deben poner a disposición en virtud de los compromisos. Si la demandante cesara de explotar una o varias de esas frecuencias antes de adquirir derechos de antigüedad éstas se pondrán a disposición de nuevos entrantes en virtud de los compromisos.

- 49 La demandante será autorizada a intercambiar las franjas horarias que haya recibido de Lufthansa en el aeropuerto de Fráncfort del Meno conforme al actual acuerdo de arrendamiento de franjas horarias entre Lufthansa y la demandante por las franjas horarias que Lufthansa pone a disposición en virtud de los compromisos. No obstante, para tener en cuenta la estructura de oleaje de Lufthansa en el

aeropuerto de Fráncfort del Meno, Lufthansa no estará obligada a transferir a la demandante más de una franja horaria en el aeropuerto de Fráncfort del Meno durante cada uno de los siguientes períodos:

Llegada	Salida
5.35 – 8.00 h	6.30 – 8.15 h
8.05 – 10.20 h	8.20 – 11.35 h
10.25 – 14.00 h	11.40 – 15.05 h
14.05 – 15.30 h	15.10 – 16.15 h
15.35 – 17.50 h	16.20 – 19.45 h
17.55 – 21.50 h	19.50 – 22.25 h

- 50 Además, con independencia de que la demandante elija o no obtener nuevas franjas horarias de las partes en la concentración a cambio de sus franjas horarias actuales en el aeropuerto de Fráncfort del Meno, Lufthansa se compromete a modificar su actual acuerdo de arrendamiento de franjas horarias con la demandante para reflejar las disposiciones de los compromisos, en particular sobre la posibilidad de que la demandante obtenga derecho de antigüedad para esas franjas horarias.
- 51 Además, si ningún operador no perteneciente a Star Alliance solicita una franja horaria correctora para la temporada de verano IATA 2010 (o para la primera temporada en la que los procedimientos de aplicación de los compromisos se pongan en práctica, cualquiera que sea la última de ambas), se deducirá una frecuencia de las tres explotadas por la compañía Adria Airways en la ruta Viena-Fráncfort del Meno del número de franjas horarias que se deban poner a disposición en virtud de los compromisos. Esa deducción se aplicará en un primer momento durante cuatro temporadas IATA consecutivas y todo período adicional de dos años hasta que un operador no perteneciente a Star Alliance solicite una franja horaria correctora.
- 52 Por otra parte, Lufthansa se compromete a modificar sus acuerdos existentes con Adria Airways sobre una franja horaria de modo que reflejen las disposiciones de los compromisos, siempre, sin embargo, que Adria Airways no obtenga derecho de antigüedad.
- 53 En la ruta Viena-Múnich, en la que la demandante explota tres frecuencias diarias para las que ha obtenido franjas horarias según el procedimiento normal de atribución de éstas, los compromisos prevén que Niki tendrá derecho a intercambiar sus franjas horarias actuales en esa ruta por franjas horarias que Lufthansa pondrá a disposición en virtud de los compromisos. Tanto si Niki decide intercambiar sus franjas horarias actuales en virtud de los compromisos como si no lo hace así, sus frecuencias se deducirán del número total de franjas horarias que las partes deben poner a disposición en esa ruta. Si Niki dejara de explotar una o varias de esas frecuencias, éstas deberán ponerse a disposición de nuevos entrantes en virtud de los compromisos.
- 54 En las rutas Viena-Stuttgart y Viena-Colonia/Bonn, Lufthansa ya está obligada a poner franjas horarias a disposición de nuevos entrantes en virtud de una anterior Decisión en materia de concentración, la Decisión C 2006/018/07 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2005, en el asunto COMP/M.3940 — Lufthansa/Eurowings (DO C 18, p. 22). Si las partes ya han puesto franjas horarias a disposición de un nuevo entrante en virtud de los compromisos contraídos en ese asunto, éstas se deducirán del número de franjas horarias que se deben poner a disposición conforme a los compromisos en el presente asunto. Los nuevos entrantes podrán elegir las franjas horarias para esas dos rutas conforme a los compromisos cuya aplicación prefieran, ya sean los asumidos en el anterior asunto o en el presente.

– Condiciones acerca de la transferencia de franjas horarias

- 55 El procedimiento de transferencia de franjas horarias previsto en los compromisos se aplicará en paralelo con el procedimiento normal de atribución de franjas horarias. La compañía aérea que desee obtener franjas horarias en uno de los pares de ciudades identificadas solicitará franjas horarias a través del procedimiento normal de atribución de éstas y al mismo tiempo solicitará una transferencia de franjas en virtud de los compromisos. Si la solicitud de franjas del solicitante al coordinador no es satisfecha a causa de la conferencia de planificación IATA, los compromisos prevén que las partes deben proponer al solicitante la transferencia de las franjas horarias instadas en un plazo de una semana a partir del compromiso de éste de explotarlas. Las franjas horarias deben concederse gratuitamente y en un intervalo de veinte minutos con relación al horario deseado por el solicitante si una u otra de las partes en la concentración tiene franjas horarias disponibles en ese intervalo de tiempo. En defecto de ello las partes deben proponer las franjas horarias más próximas a la hora pedida por el solicitante.
- 56 El acuerdo de arrendamiento de franjas horarias entre las partes en la concentración y el solicitante debe firmarse y la transferencia debe realizarse en un plazo de tres semanas a contar desde el plazo de entrega de las franjas, a saber, el 15 de enero para la temporada de verano IATA y el 15 de agosto para la temporada de invierno IATA. El acuerdo de arrendamiento de franjas horarias tendrá una duración igual al período de utilización del par de ciudades identificado pero el nuevo entrante tendrá derecho a poner fin al acuerdo al término de cada temporada IATA, sin penalización. Por último, los compromisos prevén que el nuevo entrante que decida explotar mayor número de rutas tendrá prioridad.

– Derecho de antigüedad

- 57 Los compromisos prevén también la posibilidad de que el nuevo entrante adquiera derechos de antigüedad en las franjas horarias obtenidas de las partes en la concentración. El nuevo entrante obtendrá derechos de antigüedad sobre esas franjas horarias, es decir, tendrá derecho a utilizar las franjas horarias transferidas por las partes en los dos extremos de cualquier par de ciudades identificadas, para un par de ciudades intraeuropeas diferente de los pares de ciudades identificadas, cuando haya operado en el par de ciudades identificadas durante dos temporadas IATA consecutivas, en el caso de todos los pares de ciudades identificadas, excepto la ruta Viena-Fráncfort del Meno, y durante ocho temporadas IATA consecutivas en el caso de la ruta Viena-Fráncfort del Meno. En cambio, si el nuevo entrante deja de explotar las franjas horarias transferidas en el par de ciudades identificadas antes de terminar el período de dos temporadas IATA antes mencionado, esas franjas horarias serán devueltas a Lufthansa y puestas a disposición de un nuevo entrante en virtud de los compromisos.

– Miembros de Star Alliance en cuanto nuevos entrantes

- 58 Los compromisos precedentes sólo son plenamente aplicables a los nuevos entrantes que no son miembros de Star Alliance. En principio, los miembros de Star Alliance también pueden obtener franjas horarias conforme a los compromisos pero las compañías aéreas no miembros de Star Alliance tendrán prioridad si varios nuevos entrantes potenciales solicitan franjas horarias en la misma ruta en virtud de esos compromisos. La prioridad se atribuirá siempre a un solicitante no miembro de Star Alliance, es decir, incluso si un miembro de Star Alliance solicita franjas para mayor número de rutas que un solicitante no miembro de Star Alliance.
- 59 Además, un nuevo entrante miembro de Star Alliance no tendrá la posibilidad de conseguir derechos de antigüedad sobre las franjas horarias obtenidas de las partes. Un nuevo entrante miembro de Star Alliance no podrá concluir acuerdos de códigos compartidos ni acuerdo de empresa común de reparto de ingresos y beneficios con las partes en la concentración o con otros miembros de Star

Alliance en los pares de ciudades identificadas. Cuando un miembro de Star Alliance deje de utilizar una de las franjas horarias concedidas en virtud de los compromisos las partes en la concentración deberán volver a ofrecer esas franjas horarias a nuevos entrantes.

- 60 Si un miembro de Star Alliance obtiene franjas horarias en virtud de los compromisos la Comisión puede imponer condiciones específicas, en especial para garantizar la independencia del solicitante miembro de Star Alliance respecto a las partes en la concentración.

Otros compromisos y disposiciones

– Acuerdos especiales sobre prorrateo y acuerdos de códigos compartidos

- 61 Los compromisos conceden a un nuevo entrante la posibilidad de concluir un acuerdo especial sobre prorrateo y un acuerdo de códigos compartidos que le permita designar con sus códigos los vuelos con verdadero origen y destino bien en Austria, bien en Alemania, bien en Bélgica, siempre que una parte del trayecto incluya un par de ciudades identificadas. Las condiciones de ese acuerdo especial de prorrateo deben ser tales que el nuevo entrante se beneficie del mismo trato que los asociados de Lufthansa miembros de Star Alliance para el mismo par de ciudades identificadas.

– Otras disposiciones

- 62 Los compromisos de concesión de franjas horarias se completan con otros compromisos, como la posibilidad de que un nuevo entrante concluya acuerdos interlíneas y de acceso al programa de fidelización con las partes y acuerdos intermodales con una empresa ferroviaria u otra sociedad de transporte terrestre.
- 63 Los compromisos prevén la designación de un mandatario que estará encargado de controlar el cumplimiento de los compromisos por las partes y de asistir a la Comisión durante el procedimiento de transferencia de las franjas previstas por los compromisos.
- 64 Los compromisos también contienen disposiciones sobre un procedimiento rápido de solución de controversias conforme al cual el nuevo entrante puede decidir someter todas las controversias con las partes acerca de los compromisos al procedimiento de arbitraje. El laudo arbitral será vinculante tanto para el nuevo entrante como para las partes. La carga de la prueba en toda controversia exige que el nuevo entrante aporte la prueba *prima facie* de sus fundamentos jurídicos y que las partes aporten la prueba contraria.
- 65 Los compromisos, en particular la obligación de transferencia de franjas, no tienen duración limitada pero contienen una cláusula de revisión.

Evaluación de los compromisos

- 66 En la evaluación de los compromisos propuestos por Lufthansa y Austrian la Comisión precisa que ha tenido en cuenta el interés manifestado por los competidores en comenzar a explotar los pares de ciudades identificadas o ampliar sus actividades a esos pares de ciudades y que ha estimado que el paquete de medidas correctoras en conjunto tenía carácter atractivo dado el contexto económico actual del sector del transporte aéreo. La Comisión señala que dedujo de ello que los compromisos propuestos eran aptos para facilitar de manera oportuna la entrada de una o de varias compañías aéreas en los pares de ciudades identificadas y que esa entrada bastaría para disipar las serias dudas consideradas en esos mercados.

Conclusión

- 67 En consecuencia, la Comisión concluyó que la concentración debía ser declarada compatible con el mercado común de conformidad con el artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones y con el artículo 57 del Acuerdo EEE, siempre que se cumplan los compromisos enunciados en el anexo que forman parte integrante de la Decisión impugnada.
- 68 La Comisión precisó que esa conclusión era válida con independencia de la ayuda de salvamento y de la ayuda a la reestructuración, ya que esos fondos pretendían principalmente asegurar la supervivencia de Austrian, y en razón de su pequeña cuantía en relación con las necesidades financieras de Austrian y con la potencia financiera global de Lufthansa.

Procedimiento

- 69 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 13 de abril de 2010 Niki Luftfahrt, la demandante, interpuso un recurso para la anulación parcial de la Decisión impugnada.
- 70 Con escritos presentados en la Secretaría del Tribunal los días 9 de julio y 20 de julio de 2010, respectivamente, Lufthansa y ÖIAG solicitaron intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Por auto de 5 de octubre de 2010, el Presidente de la Sala Séptima del Tribunal admitió la intervención de Lufthansa y de ÖIAG.
- 71 Por escrito registrado en la Secretaría del Tribunal el 2 de agosto de 2010, la República de Austria solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Mediante auto de 5 de octubre de 2010, el Presidente de la Sala Séptima del Tribunal admitió la intervención de la República de Austria.
- 72 En escritos presentados en la Secretaría del Tribunal el 20 de agosto de 2010 y el 1 de septiembre de 2010, la Comisión solicitó que se concediera un trato confidencial a ciertos datos comprendidos, según ella, en el secreto empresarial respecto a las coadyuvantes.
- 73 Al haberse modificado la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Séptima, a la que se atribuyó en consecuencia el presente asunto el 27 de septiembre de 2010.
- 74 Puesto que las coadyuvantes no opusieron objeciones a la solicitud de trato confidencial, se les comunicó una versión no confidencial de los escritos, como habían previsto inicialmente los autos de 5 de octubre de 2010 antes mencionados.
- 75 Al haberse modificado la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Primera, a la que se atribuyó en consecuencia el presente asunto el 24 de mayo de 2012.
- 76 El 18 de febrero de 2013, en concepto de diligencia de ordenación del procedimiento fundada en el artículo 64, apartado 3, letras b) y c), de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal instó a la Comisión a indicar qué método había empleado para asegurar la representatividad de las respuestas dadas por los competidores, las empresas clientes y las agencias de viaje en la investigación de mercado practicada durante la fase I del examen de la concentración.
- 77 El mismo día, en concepto de diligencia de ordenación del procedimiento fundada en el artículo 64, apartado 3, letra d), de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal instó a la Comisión a presentar los compromisos propuestos por las partes en la concentración el 10 de julio de 2009, el cuestionario enviado a los operadores del mercado el 27 de julio de 2009, y las respuestas a ese cuestionario que la Comisión había recibido antes de la reunión de 31 de julio de 2009, en su caso dejando en el

anonimato los nombres de los participantes en la investigación de mercado, y las respuestas a la pregunta nº 28 del cuestionario enviado el 12 de mayo de 2009 a los competidores de las partes en la concentración durante la fase I del examen de la concentración.

- 78 El 22 de marzo de 2013, la Comisión respondió a la pregunta del Tribunal y atendió en parte a su solicitud de presentación de documentos.
- 79 El 17 de julio de 2013, en concepto de diligencia de ordenación del procedimiento fundada en el artículo 64, apartado 3, letra d), de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal instó de nuevo a la Comisión a presentar los compromisos propuestos por las partes en la concentración el 10 de julio de 2009, y todas las respuestas al cuestionario enviado a los operadores del mercado el 27 de julio de 2009 que aún no había presentado, en su caso, dejando en el anonimato los nombres de quienes respondieron. La Comisión dio cumplimiento a lo instado el 19 de agosto de 2013.
- 80 Al haberse modificado la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Octava, a la que se atribuyó en consecuencia el presente asunto el 1 de octubre de 2013.

Pretensiones de las partes

- 81 La demandante solicita al Tribunal que:
- Anule la Decisión impugnada.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 82 La Comisión, apoyada por la República de Austria, Lufthansa y ÖIAG, solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 83 En apoyo de su recurso la parte demandante aduce tres motivos. El primero se basa en la infracción del artículo 81 CE, apartados 1 y 3, y del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones, así como de las Directrices de 2004. El segundo se basa en vicios sustanciales de forma. El tercero motivo se funda en una desviación de poder.
- 84 Conviene recordar previamente que, a tenor del artículo 2, apartado 3, del Reglamento sobre concentraciones, se declararán incompatibles con el mercado común las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación de una posición dominante. A la inversa, conforme al artículo 2, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, la Comisión está obligada a declarar compatible con el mercado común toda operación de concentración incluida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento si no concurre la condición enunciada en el artículo 2, apartado 3, de éste.
- 85 Según reiterada jurisprudencia, las normas materiales del Reglamento sobre concentraciones, y en particular su artículo 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico y, por consiguiente, el control por parte del juez del Unión del ejercicio de dicha facultad, que es esencial en la definición de las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas

de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (véase la sentencia de 6 de julio de 2010, Ryanair/Comisión, T-342/07, Rec, EU:T:2010:280, apartado 29 y jurisprudencia citada).

- 86 Si bien es cierto que el juez de la Unión reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para fundamentar las conclusiones deducidas de los mismos (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 30).
- 87 Además, según reiterada jurisprudencia, cuando las instituciones disponen de una facultad de apreciación, el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos reviste una importancia aún más fundamental. Entre estas garantías figuran, en particular, la obligación de la Comisión de examinar minuciosa e imparcialmente todos los aspectos relevantes del asunto de que se trata, el derecho del interesado a expresar su punto de vista y el de que se motive la decisión de modo suficiente (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 31).
- 88 A la luz de estos principios se deben apreciar los motivos y argumentos de la demandante.
- 89 El Tribunal considera oportuno examinar en primer lugar el segundo motivo basado en vicios sustanciales de forma.

1. Sobre el segundo motivo basado en vicios sustanciales de forma

- 90 El segundo motivo se compone de dos partes, fundada la primera en la falta de motivación sobre la situación de la competencia en las rutas aéreas desde Europa central hacia Europa del Este fuera de la Unión, y la segunda en la insuficiente determinación de los hechos por la Comisión en el contexto de la investigación de mercado.

Sobre la primera parte del segundo motivo basada en el incumplimiento de la obligación de motivación

- 91 La demandante afirma en sustancia que la Decisión impugnada carece de motivación acerca de la situación de la competencia en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este.
- 92 En ese sentido se ha de desestimar el argumento de la demandante de que la Comisión se limitó en la Decisión impugnada a remitir a la investigación de mercado en lo que atañe al análisis de los efectos de la concentración en las rutas desde Europa central a Europa del Este. En efecto, de la Decisión impugnada resulta que la Comisión expuso en sus considerandos 267 y 268 que «la operación propuesta afecta a toda una serie de rutas en lo concerniente a los solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos entre [Lufthansa] y [Austrian], tanto dentro de Europa como desde aeropuertos europeos hacia destinos extraeuropeos» que fueron analizados «a la luz de la posición de las partes en el mercado y de la aportación de cuotas de mercado originada por la operación». La Comisión puntualizó también que «se evaluaron la presencia y la posición de competidores y el número de pasajeros en cada ruta» y que, «cuando era preciso, se consideraron el número y la duración de las frecuencias propuestas por sus competidores y su pertinencia para los pasajeros sensibles al factor tiempo, en particular». La Comisión señaló seguidamente que «basándose en esos criterios, no se ha identificado ningún problema de competencia», y después que, «además, la investigación de mercado

no ha revelado el menor problema de competencia respecto a los solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos identificados, excepto la posición de [Lufthansa] y [de Austrian] en el mercado en Europa central y oriental».

- 93 También es preciso observar que la Comisión manifestó en el considerando 269 de la Decisión impugnada que «durante la fase I, algunos [participantes] en la investigación de mercado expresaron preocupaciones sobre la fuerte posición de [Lufthansa] y de [Austrian] en el mercado en [Europa central y oriental], teniendo en cuenta en especial el control que la operación daría a [Lufthansa] en una parte muy sustancial de un “mercado centroeuropeo”, sobre todo porque esas compañías controlan las plataformas más importantes para las rutas a [Europa central y oriental] y tienen redes muy desarrolladas en esa región». La Comisión expuso además que «los resultados de la fase II, más profunda, de la investigación de mercado han mostrado sin embargo que la gran mayoría de las empresas clientes, en particular, no ve[ía]n ninguna incidencia negativa de una posición eventualmente reforzada de la entidad nacida de la concentración para los vuelos a [Europa central y oriental] y han señalado competidores alternativos existentes».
- 94 Por tanto, de la Decisión impugnada resulta que la Comisión indicó en un primer momento que había llevado a cabo un análisis de los efectos de la concentración en las rutas desde Europa hacia destinos extraeuropeos, comprendida por tanto Europa del Este, en las que los servicios de Lufthansa y de Austrian mostraban solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos, al término del cual no se había advertido ningún problema de competencia en las referidas rutas, y que después, en un segundo momento, había excluido los problemas de competencia mencionados por algunos participantes en la investigación de mercado durante la fase I de esa investigación, a la luz de las respuestas de los participantes en la investigación de mercado durante la fase II, más profunda, de ésta.
- 95 La afirmación por la demandante de que la Comisión se limitó a remitir a los resultados de la investigación de mercado para explicar la falta de problemas de competencia en las rutas entre Europa central y Europa del Este carece por tanto de fundamento.
- 96 También debe desestimarse el argumento de la demandante de que, al analizar la situación de la competencia en las rutas entre Europa central y Europa del Este, la Comisión no indicó en cuáles de esas rutas los transportistas aéreos Air France-KLM, British Airways, CSA y Malev podían constituir alternativas verosímiles a Lufthansa y Austrian.
- 97 En efecto, hay que observar que los considerandos 270 y 271 de la Decisión impugnada, en los que la Comisión menciona a los transportistas aéreos antes citados, no guardan relación con el análisis que llevó a la Comisión a constatar en el considerando 268 de la misma Decisión la falta de problemas de competencia en las rutas entre Europa central y Europa del Este. Se trata en realidad de una respuesta a las inquietudes manifestadas por algunos participantes en la investigación de mercado en la fase I de ésta, que la Comisión expuso en el considerando 269 de la Decisión impugnada. La Comisión indicó en efecto en ese último considerando que algunos participantes en la investigación de mercado estaba preocupados por el control que la concentración atribuiría a Lufthansa «en una parte muy sustancial de un mercado “centroeuropeo” por el hecho en especial de que [Austrian y Lufthansa] control[aban] las plataformas más importantes para las rutas a [Europa central y oriental] y [tenían] redes muy desarrolladas en esa región». Toda vez que esas preocupaciones no se referían a rutas específicas sino a la posición presuntamente reforzada de Lufthansa en el conjunto del «mercado centroeuropeo», la Comisión se limitó válidamente a confirmar que, como habían señalado los participantes en la investigación de mercado en la fase II, importantes compañías en red volaban en Europa central y oriental. No cabe deducir de ello por tanto que la Comisión incumplió de esa forma su obligación de motivación.

- 98 En lo referente al argumento de la demandante de que la falta de motivación de la Decisión impugnada sobre la situación de la competencia en las rutas entre Europa central y Europa del Este no puede explicarse por la brevedad del plazo para adoptar una decisión en la fase II del procedimiento de examen, ya que éste no terminaba hasta el 6 de noviembre de 2009, basta observar que, como se ha constatado antes, la demandante no demuestra que la Comisión incumpliera su obligación de motivación sobre el análisis de la competencia de las rutas entre Europa central y Europa del Este, por lo que ese argumento se manifiesta infundado y debe ser desestimado.
- 99 Además, si la argumentación de la demandante tuviera que entenderse en el sentido de que reprocha a la Comisión no haber expuesto con detalle en la Decisión impugnada el análisis de la competencia en todas las rutas entre Europa central y Europa del Este en las que los servicios de las partes en la concentración presentan un solapamiento directo-indirecto o indirecto-indirecto, hay que recordar que la motivación exigida por el artículo 296 TFUE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencias de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec, EU:C:1998:154, apartado 63; de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión, C-42/01, Rec, EU:C:2004:379, apartado 66, y de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Rec, EU:C:2008:224, apartado 79).
- 100 Sin embargo, el autor de un acto no está obligado a definir su postura sobre aspectos claramente secundarios ni a prever potenciales objeciones (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2005, Alemania y Dinamarca/Comisión, C-465/02 y C-466/02, Rec, EU:C:2005:636, apartado 106). Además, el grado de precisión de la motivación de una decisión debe ser proporcionado a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse (sentencias de 1 de diciembre de 1965, Schwarze, 16/65, Rec, EU:C:1965:117, pp. 1081, 1096 y 1097, y de 14 de febrero de 1990, Delacre y otros/Comisión, C-350/88, Rec, EU:C:1990:71, apartado 16). Así, la Comisión no incumple su obligación de motivación si, cuando ejerce su facultad de control de una operación de concentración, no incluye en su decisión una motivación precisa sobre la apreciación de determinados aspectos de la concentración que le parecen manifiestamente fuera de contexto, carentes de significado o claramente secundarios para la apreciación de esta última (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Sytraval y Brink's France, citada en el apartado 99 *supra*, apartado 64). Semejante exigencia sería en efecto difícilmente compatible con el imperativo de celeridad y los breves plazos de procedimiento a que la Comisión está sometida cuando ejerce su facultad de control de las operaciones de concentración y que forman parte de las circunstancias propias de un procedimiento de control de estas operaciones. De ello resulta que, cuando la Comisión declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común sobre la base del artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, la obligación de motivación queda satisfecha si esta decisión expone claramente las razones por las que la Comisión considera que la concentración en cuestión, tras las modificaciones aportadas por las empresas afectadas, en su caso, no supone un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte substancial del mismo, en especial a causa de la creación o el reforzamiento de una posición dominante.
- 101 Pues bien, dado que la Comisión ya había constatado la existencia de problemas de competencia en las rutas en las que se producen solapamientos directos, acerca de los cuales las partes habían propuesto compromisos satisfactorios, y no había constatado el menor problema de competencia en las rutas en las que se producen solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos, por un lado, y habida

cuenta del número elevado de estas últimas dada la dimensión de las redes de Lufthansa y de Austrian así como de la obligación de adoptar una decisión cuando se disipan las serias dudas, en especial en razón de las modificaciones introducidas por las partes en la concentración, por otro, la Comisión podía limitarse a describir la situación competitiva en esas rutas de la forma en que lo hizo en los considerandos 267 a 273 de la Decisión impugnada, sin incumplir la obligación de motivación.

- 102 Debe desestimarse, por tanto, como infundada la primera parte del segundo motivo basada en el incumplimiento de la obligación de motivación acerca de la situación de la competencia en las rutas entre Europa central y Europa del Este.

Sobre la segunda parte del segundo motivo basada en la insuficiente determinación de los hechos en el contexto de la investigación de mercado

- 103 La demandante alega que, dadas las circunstancias en las que se realizó la investigación de mercado, la Comisión no pudo materialmente tener en cuenta sus resultados en lo que atañe a las condiciones de mercado en las rutas entre Europa central y Europa del Este en particular.

- 104 La demandante afirma que el 16 de julio de 2009, en el marco de la investigación de mercado, la Comisión envió a los competidores de Lufthansa y de Austrian un cuestionario al que se debía responder a más tardar el 24 de julio de 2009. En ese cuestionario la Comisión solicitó numerosas informaciones, en especial acerca de las rutas hacia Europa del Este y Oriente Medio. El 20 y el 24 de julio de 2009, la Comisión envió, únicamente a la demandante, otros cuestionarios que debían cumplimentarse a más tardar los días 27 y 30 de julio de 2009.

- 105 Posteriormente, Lufthansa presentó el 27 de julio de 2009 propuestas de compromisos revisados que eran menos amplias que las presentadas en la fase I del examen de la concentración en lo concerniente a la puesta a disposición de franjas horarias, dado que ya no preveían ceder franjas horarias en la ruta Viena-Zúrich (Suiza), pese a que la Comisión había juzgado insuficientes las propuestas de compromisos de la fase I, como se deduce de la iniciación de la fase II del examen.

- 106 Según la demandante, el 27 de julio de 2009 la Comisión envió a los competidores un cuestionario sobre esas nuevas propuestas de compromisos al que se debía responder a más tardar el 30 de julio de 2009. En ese contexto, la demandante fue informada por un miembro del equipo de la Comisión de que los cuestionarios previamente transmitidos ya no se iban a analizar y de que sólo se examinarían las últimas propuestas de compromisos presentadas por Lufthansa.

- 107 Además, la demandante destaca que, según resulta de un comunicado de prensa de la Comisión, el Comisario encargado del expediente en cuestión, la Sra. Neelie Kroes, había dado instrucciones a su equipo el 31 de julio de 2009, sólo un día antes de vencer el plazo para responder a los últimos cuestionarios, para preparar una decisión autorizatoria de la concentración entre Lufthansa y Austrian.

- 108 Es por tanto patente que la Comisión no llevó a cabo correctamente la investigación sobre las condiciones del mercado, en especial, en lo concerniente a las rutas hacia Europa del Este, que ella misma había emprendido.

- 109 En ese sentido es oportuno recordar que corresponde a la Comisión apreciar si las informaciones de las que dispone bastan para el análisis de la competencia, de igual manera que le incumbe apreciar si los compromisos propuestos eliminan con suficiente certeza los problemas de competencia advertidos.

- 110 Se ha de observar, en primer lugar, que la afirmación por la demandante de que la Comisión no tuvo en cuenta las respuestas al cuestionario de 16 de julio de 2009 sobre las rutas hacia Europa del Este y Oriente Medio se apoya únicamente en una supuesta declaración a la demandante por parte de un

miembro del servicio de la Comisión encargado del asunto. Ahora bien, es preciso observar que la demandante no aporta ninguna prueba de tal declaración, por lo que esa afirmación debe desestimarse como una simple alegación carente de prueba.

- 111 En lo que atañe, en segundo término, al argumento de la demandante de que la Comisión no pudo tener en cuenta las respuestas a los cuestionarios acerca de los nuevos compromisos propuestos por las partes el 27 de julio de 2009 a causa del corto tiempo transcurrido entre el plazo para responder a esos cuestionarios y la instrucción del Comisario encargado del asunto a sus servicios para preparar una decisión de autorización condicionada, hay que señalar que la Comisión mantiene en sus escritos que, en razón de las mínimas modificaciones introducidas en los compromisos presentados por las partes en la concentración el 10 de julio de 2009, el análisis de las respuestas a los cuestionarios sobre esos compromisos necesitó muy poco tiempo.
- 112 Como sea que los autos del procedimiento no contienen los compromisos de 10 de julio de 2009 de las partes en la concentración ni el cuestionario de 27 de julio de 2009 acerca de los compromisos del mismo día, ni tampoco las respuestas a éste, el Tribunal instó a la Comisión por una diligencia de ordenación del procedimiento de 18 de febrero de 2013 a presentar esos documentos con objeto de comprobar la posibilidad material de que los servicios de la Comisión tuvieran en cuenta las respuestas al cuestionario de 27 de julio de 2009 antes de que el Comisario encargado del asunto les instruyera para preparar una decisión de autorización condicionada.
- 113 El 22 de marzo de 2013, la Comisión presentó los compromisos de 27 de julio de 2009 de las partes en la concentración y las respuestas al cuestionario de 27 de julio de 2009 sobre esos compromisos, recibidas a más tardar en la mañana del 31 de julio de 2009. En su respuesta a la solicitud de presentación de documentos la Comisión manifestó que también había tenido en cuenta en su apreciación las respuestas tardías, es decir, las recibidas en la tarde del 31 de julio de 2009, que no presentaba, pero que ello no había conducido a un resultado diferente, por lo que la falta de inclusión de esas respuestas antes de la adopción de la Decisión impugnada por el colegio de Comisarios no había tenido consecuencias. En cambio, no presentó los compromisos de 10 de julio de 2009.
- 114 En esas circunstancias, en una nueva diligencia de ordenación del procedimiento el Tribunal instó a la Comisión a presentar los compromisos propuestos por las partes en la concentración el 10 de julio de 2009 así como todas las respuestas al cuestionario enviado a los operadores del mercado el 27 de julio de 2009 que aún no había presentado. La Comisión dio cumplimiento a lo instado el 19 de agosto de 2013.
- 115 La lectura comparada de los compromisos de 10 y de 27 de julio de 2009 de las partes en la concentración permite constatar que las diferencias entre éstos se limitan tan sólo a la puesta a disposición por las partes en la concentración de franjas horarias en las rutas entre pares de ciudades identificadas. En particular, hay que observar que los compromisos de 27 de julio de 2009 prevén la puesta a disposición de nuevos entrantes en el mercado de cuatro franjas horarias por día en la ruta Viena-Múnich, mientras que los compromisos de 10 de julio de 2009 preveían la puesta a disposición de dos franjas horarias diarias en la ruta Viena-Ginebra. De igual modo, las modalidades de revisión de los acuerdos existentes entre Lufthansa y la demandante sobre la puesta a disposición de franjas horarias en la ruta Viena-Fráncfort del Meno para reflejar los compromisos de Lufthansa difieren ligeramente (puntos 1.1.1 y 1.1.3 de las dos versiones sucesivas de los compromisos). Atendiendo al conjunto de los compromisos contraídos por las partes en la concentración, debe considerarse que esos cambios se pueden calificar como menores, ello no obstante su especial importancia para la demandante.

- 116 Por tanto, a pesar del elevado número de respuestas recibidas por la Comisión al cuestionario enviado a los operadores del mercado el 27 de julio de 2009, el análisis de esas respuestas no parece haber representado una carga de imposible cumplimiento para los servicios de la Comisión, antes de que, basándose en especial en ese análisis, el Comisario encargado del expediente en cuestión les instara a preparar una decisión de autorización condicionada.
- 117 De ello se sigue que deben desestimarse por infundados la segunda parte del segundo motivo y en consecuencia éste en su totalidad.

2. Sobre el primer motivo fundado en la infracción del artículo 81 CE, apartados 1 y 3, del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones y de las Directrices de 2004

- 118 El primer motivo se divide en cinco partes. La primera se basa en un error manifiesto de apreciación en la definición del mercado geográfico pertinente para apreciar los efectos de la concentración en la competencia, la segunda, en un error manifiesto de apreciación de los efectos de la concentración en la competencia en las rutas entre Alemania y Austria, la tercera, en un error manifiesto de apreciación de las consecuencias de la concentración en las rutas entre Europa central y Europa del Este fuera de la Unión, la cuarta, en un error manifiesto de apreciación sobre la capacidad de los competidores de Lufthansa y de Austrian para mantenerse o entrar en el mercado pertinente tras la concentración y, la quinta, en un error manifiesto de apreciación sobre la aptitud de los compromisos para subsanar los problemas de competencia creados por la concentración.

Sobre la primera parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación en la definición del mercado geográfico pertinente

- 119 La demandante reprocha en sustancia a la Comisión haber definido el mercado geográfico pertinente según el criterio O & D y no haber hecho uso de un criterio más global sobre el mercado geográfico pertinente, que habría sido más apropiado para apreciar los efectos de la concentración en la competencia entre dos transportistas aéreos en red, como Lufthansa y Austrian.

Sobre la definición del mercado por la Comisión según el criterio O & D

- 120 Hay que recordar previamente que a tenor de la sección 6 del formulario CO relativo a la notificación de una concentración conforme al Reglamento sobre concentraciones, que figura en el anexo I del Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento [sobre concentraciones] (DO L 133, p. 1), «los mercados de referencia —de productos y geográficos— determinan el ámbito en el que ha de evaluarse la posición que la nueva entidad surgida de la concentración ocupa en el mercado».
- 121 En esa misma sección 6, bajo el título «I. Mercados de productos de referencia», se precisa lo siguiente:

«Un mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos [...]

Entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado de productos de referencia cabe citar el análisis de los motivos por los que se incluyen en ellos los productos o servicios de que se trate y por qué se excluyen otros al utilizar la definición facilitada y teniendo en cuenta, por ejemplo, su sustituibilidad, las condiciones de competencia, los precios, la elasticidad cruzada de la demanda u otros factores pertinentes para la definición de los mercados de productos (por ejemplo, estudios de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta cuando resulte oportuno).»

122 En la misma sección 6, bajo el título «II. Mercados geográficos de referencia», se expone lo siguiente:

«El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de los productos o servicios de referencia en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que en éstas las condiciones de competencia son sensiblemente distintas.

Entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado geográfico de referencia cabe citar la naturaleza y las características de los productos y servicios en cuestión, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, la existencia de diferencias apreciables en las cuotas de mercado de las empresas en zonas geográficas próximas y la existencia de importantes diferencias de precios.»

123 La Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372, p. 5; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la definición del mercado»), a la que remite el formulario CO que figura en el anexo I del Reglamento n° 802/2004, precisa los principios de base de la definición de los mercados.

124 De esa forma, respecto a las presiones competitivas, en el apartado 13 de la Comunicación sobre la definición del mercado se indica:

«Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios [...]»

125 Además, el apartado 14 de la Comunicación sobre la definición del mercado expone:

«Las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta distintas de las descritas en los [apartados] 20 a 23 y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones se contemplan en la fase de valoración del análisis de los asuntos de competencia.»

126 La Comunicación sobre la definición del mercado enuncia seguidamente lo que se debe entender por sustitución de la demanda, sustitución de la oferta y competencia potencial.

127 De esa manera, el apartado 15 de la Comunicación sobre la definición del mercado señala:

«El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y más concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos [...]»

128 A tenor del apartado 16 de la Comunicación sobre la definición del mercado, ese criterio permite que «partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado según que la competencia de estos otros productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja».

129 En el contexto del criterio antes mencionado, el apartado 17 de la Comunicación sobre la definición del mercado puntualiza:

«La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes [en la concentración] estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos [en] las zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos [...]»

130 El apartado 20 de la Comunicación sobre la definición del mercado se refiere a la sustituibilidad de la oferta en los siguientes términos:

«La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo [...] sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución.»

131 El apartado 21 de la Comunicación sobre la definición del mercado expone:

«Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se añadirán las ventas de estos productos. El mismo razonamiento puede llevar a agrupar diferentes zonas geográficas.»

132 En cambio, el apartado 24 de la Comunicación sobre la definición del mercado señala:

«La tercera fuente de presiones, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición de los mercados, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia.»

133 El juez de la Unión ya ha precisado la forma en la que debe definirse el mercado pertinente en el sector específico del transporte aéreo regular de pasajeros para la aplicación del artículo 82 CE.

134 En efecto, conforme a la jurisprudencia, en ciertos casos el artículo 82 CE puede ser aplicable a las tarifas practicadas en determinada línea o líneas de vuelos regulares, cuando dichas tarifas hayan sido establecidas mediante acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre compañías aéreas, siempre que concurren las circunstancias que requiere dicho artículo (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec, EU:C:1989:140, apartado 38).

- 135 Para poder apreciar si una empresa de navegación aérea dedicada al transporte regular ocupa una posición dominante en el mercado, lo primero que procede hacer es delimitar el mercado de los servicios de transporte de que se trate. A este respecto, hay dos tesis diferentes: según la primera de ellas, el sector de los vuelos regulares constituye un mercado separado; según la segunda, deben tomarse en consideración las posibilidades alternativas de transporte, tal como el transporte mediante vuelos chárter, vía férrea o por carretera, así como los vuelos regulares en otras líneas que puedan tener carácter sustitutivo (véase, por analogía, la sentencia *Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro*, citada en el apartado anterior, EU:C:1989:140, apartado 39).
- 136 El criterio que procede tener en cuenta es el de determinar si el vuelo regular por cierta ruta puede ser individualizado, en relación con las posibilidades alternativas de transporte, por sus características particulares, con el resultado de que sea poco intercambiable con dichas alternativas y sólo haga frente a su competencia en un grado limitado (véase, por analogía, la sentencia *Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro*, citada en el apartado 134 *supra*, EU:C:1989:140, apartado 40).
- 137 La aplicación de este criterio no conduce necesariamente a idénticos resultados en los diferentes supuestos; en efecto, para algunas rutas aéreas no puede darse una competencia efectiva. En principio, sin embargo, y especialmente en el marco de las líneas intracomunitarias, la potencia económica de una compañía aérea en una línea de vuelos regulares puede depender de la situación competitiva de otras compañías que vuelen en la misma línea u otra línea que pueda tener carácter sustitutivo (véase, por analogía, la sentencia *Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro*, citada en el apartado 134 *supra*, EU:C:1989:140, apartado 41).
- 138 Según resulta de la Decisión impugnada, en el control de las concentraciones en el sector del transporte aéreo regular de pasajeros, la Comisión ha desarrollado el criterio O & D, que corresponde a un criterio en función del par de ciudades «punto de origen/punto de destino» y que refleja el punto de vista de la demanda según el cual los consumidores consideran todas las opciones posibles, comprendidos diferentes modos de transporte, para viajar desde una ciudad de origen a una ciudad de destino. Según ese criterio, cada combinación de un punto de origen y de un punto de destino forma un mercado separado. Como pone de relieve la Comisión, el criterio O & D es acogido por las autoridades nacionales de la competencia (véase, por ejemplo, la decisión 09-DCC-17 de la Autorité de la concurrence française, de 7 de julio de 2009, *Financière LMP SAS/Financière Linair SAS/Brit Air SA*, punto 22, y la decisión del Conseil de la concurrence belge de 24 de diciembre de 2004, *SN Airholding II/Virgin Express*, punto 4.2).
- 139 La conformidad del criterio O & D con las orientaciones enunciadas por la jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal en la sentencia de 19 de mayo de 1994, *Air France/Comisión* (T-2/93, Rec, EU:T:1994:55), apartado 84, y recordada más recientemente en la sentencia de 4 de julio de 2006, *easyJet/Comisión* (T-177/04, Rec, EU:T:2006:187), apartado 56. En ese sentido es oportuno observar que en la sentencia *easyJet/Comisión*, antes citada (EU:T:2006:187), la Decisión impugnada tenía por objeto una concentración entre dos compañías aéreas en red, *Air France y KLM*.
- 140 Así pues, la alegación fundada en la aplicación del criterio O & D para la definición del mercado puede desestimarse por infundada tan sólo basándose en la jurisprudencia antes expuesta.
- 141 No pueden desvirtuar esta conclusión los diferentes argumentos aducidos por la demandante.
- 142 En primer término, acerca del argumento de la demandante de que la Comisión no aplicó el criterio O & D en la Decisión *Lufthansa/BMI* se debe recordar que, cuando la Comisión se pronuncia sobre la compatibilidad de una concentración con el mercado común sobre la base de una notificación y de un expediente de dicha operación, una demandante no está facultada para impugnar sus constataciones alegando que difieren de las realizadas con anterioridad en otro asunto, en virtud de una notificación y de un expediente diferentes, aun suponiendo que los mercados de referencia en los dos asuntos sean

similares o incluso idénticos. Así pues, carece de pertinencia la parte de la argumentación de la demandante relacionada con los análisis de la Comisión realizados en una Decisión anterior (sentencia de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión*, T-210/01, Rec, EU:T:2005:456, apartado 118).

- 143 Aun suponiendo que esa alegación pueda ser recalificada como fundada en una vulneración del principio de protección de la confianza legítima, los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una práctica decisoria anterior que puede ser modificada. Con mayor razón, no pueden invocar tal confianza para impugnar las constataciones o apreciaciones efectuadas en un determinado procedimiento, basándose en constataciones o apreciaciones efectuadas en el contexto de un único asunto anterior (sentencia *General Electric/Comisión*, citada en el apartado anterior, EU:T:2005:456, apartado 119).
- 144 En cualquier caso, ni la Comisión ni, a fortiori, el Tribunal están vinculados en el presente asunto por las constataciones de hecho y las apreciaciones económicas realizadas en la Decisión *Lufthansa/BMI*. Suponiendo que el análisis en las dos Decisiones fuera diferente sin que dicha diferencia estuviera justificada objetivamente, el Tribunal sólo debería anular la Decisión impugnada en el presente procedimiento si ésta, y no la Decisión *Lufthansa/BMI*, incurriera en errores (sentencia *General Electric/Comisión*, citada en el apartado 142 *supra*, EU:T:2005:456, apartado 120).
- 145 En segundo lugar, en lo concerniente al argumento de la demandante de que el criterio O & D aplicado en la Decisión impugnada para definir el mercado de referencia no corresponde a la definición del mercado establecida por la Comisión en la Decisión sobre el plan de reestructuración, hay que recordar que, aunque ambas Decisiones estén relacionadas con las condiciones en las que *Lufthansa* adquirió *Austrian*, no deja de ser cierto que difieren tanto por su objeto, la autorización de una ayuda de Estado en un caso, y la autorización de una concentración en el otro, como por su fundamento jurídico, el artículo 88 CE, apartado 2, párrafo primero, en un caso, y el artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, en el otro.
- 146 En el examen de las ayudas de Estado que puedan ser autorizadas conforme al artículo 87 CE, apartado 3, letra c), la Comisión debe asegurarse de que las referidas ayudas no alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común. Las medidas correctoras que la Comisión puede imponer para autorizar una ayuda de Estado se relacionan por tanto con la forma en la que ésta puede afectar a las condiciones de los intercambios. En el caso de la Decisión sobre el plan de reestructuración la ayuda en cuestión pretende lograr el desendeudamiento de *Austrian* y se integra en un plan de reestructuración cuya finalidad es conseguir el retorno a la viabilidad a largo plazo de esa compañía. Los efectos de esa ayuda no se limitan pues a un mercado específico en el que opere *Austrian* sino que se extienden a la situación global de esa compañía. Por esa razón las medidas correctoras impuestas por la Comisión en la Decisión sobre el plan de reestructuración, a saber, la reducción del número de asientos/kilómetro y la limitación del crecimiento de *Austrian* durante un período determinado, no conciernen a un mercado específico sino antes bien a la capacidad de *Austrian* para perturbar las condiciones de los intercambios de forma global. De esa manera, en la nota nº 1 de la Comunicación sobre la definición del mercado se precisa que «en la valoración de las ayudas de Estado el núcleo central lo constituyen el receptor de la ayuda y el sector afectado, más que la identificación de las limitaciones en el campo de la competencia a que tiene que hacer frente el receptor de la ayuda».
- 147 En cambio, en el contexto del control de las concentraciones, la Comisión debe asegurarse, conforme al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento sobre concentraciones, de que la concentración no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. El centro de la evaluación es entonces el efecto de la concentración en la presión competitiva. Por esa razón los compromisos propuestos por las partes notificantes y aceptados por la Comisión en la Decisión impugnada se proponen subsanar los problemas de competencia creados por la concentración en los mercados en los que esas partes competían entre sí antes de la concentración.

- 148 De ello se sigue que, en contra de lo alegado por la demandante, la definición del mercado de referencia en la Decisión impugnada según el criterio O & D no es contradictoria en nada con la concepción global del mercado que puede ser afectado por la ayuda de Estado concedida a Austrian en la Decisión sobre el plan de reestructuración.
- 149 Es preciso observar, en tercer lugar, que los argumentos de la demandante en el sentido de que la Comisión justificó erróneamente la elección del criterio O & D para definir el mercado pertinente por los resultados de la investigación de mercado se han aducido por primera vez en la réplica, como alega con razón la Comisión.
- 150 No obstante, se debe señalar que esos argumentos pretenden impugnar la interpretación por la Comisión de los resultados de la investigación de mercado, que presentó por vez primera como anexo de su escrito de contestación. Por tanto, hay que considerar admisibles esos argumentos a la luz del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento puesto que se fundan en razones que han aparecido durante el procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de septiembre de 1999, Yasse/BEI, T-141/97, RecFP, EU:T:1999:177, apartados 126 a 128). En consecuencia, debe apreciarse su fundamento.
- 151 La demandante afirma ante todo que la Comisión no recogió a través de la investigación de mercado datos de hecho que le habrían permitido comprobar si el criterio O & D era apropiado en este caso, sino que se limitó a preguntar a los operadores interrogados si aprobaban ese criterio, de modo que la elección de éste deriva únicamente de la votación de esos operadores.
- 152 Conviene observar, en ese sentido, que del punto 56 de la demanda se deduce que la demandante no discute el carácter apropiado del criterio O & D aplicado por la Comisión en anteriores asuntos de concentración. Reconoce así implícitamente que la utilización del criterio O & D para identificar el mercado de referencia en el sector del transporte aéreo regular de pasajeros constituye una práctica asentada. Además, como se ha recordado en el anterior apartado 139, el Tribunal ha juzgado que el criterio O & D era un criterio apropiado para definir el mercado de referencia en el sector del transporte aéreo regular de pasajeros. Además, del anexo B1 del escrito de contestación, que corresponde a una parte de los resultados de la investigación de mercado realizada en el presente asunto, se deduce que en la fase I del estudio de mercado la Comisión no sólo preguntó a los competidores, a las sociedades clientes y a las agencias de viaje si estaban de acuerdo, «sí» o «no», con el criterio O & D tradicional basado en la sustituibilidad de la demanda sino que además les invitó a comentar sus respuestas, lo que hicieron, como reconoce la propia demandante. Por consiguiente, en contra de lo argüido por la demandante, no cabe apreciar que el estudio de mercado se limitara en este caso a recoger el voto de los participantes en la investigación de mercado sobre el carácter apropiado del criterio O & D.
- 153 La demandante afirma seguidamente que la Comisión no podía utilizar las respuestas de los operadores interrogados en la investigación de mercado para justificar el recurso al criterio O & D, ya que esa investigación no era representativa a causa del bajo número de operadores interrogados en relación con los miles de operadores activos en el mercado pertinente.
- 154 Hay que señalar al respecto que, según resulta también del anexo B1 del escrito de contestación, la Comisión interrogó a 31 empresas competidoras de las partes en la concentración, incluida la demandante, a 35 empresas clientes y a 18 agencias de viaje. Para apreciar la representatividad de los resultados de la investigación de mercado en ese aspecto, conviene considerar las condiciones en las que se llevó a cabo.
- 155 Toda vez que el anexo B1 del escrito de contestación no ofrece ninguna indicación del número total de operadores interrogados por la Comisión sobre el carácter apropiado del criterio O & D, ni de la identidad o el peso relativo de los participantes en la investigación de mercado en el sector del transporte aéreo regular de pasajeros, el 18 de febrero de 2013 el Tribunal instó a la Comisión a

indicarle qué método había empleado para asegurar la representatividad de las respuestas dadas por los competidores, las empresas clientes y las agencias de viajes en la investigación de mercado realizada durante la fase I del examen de la concentración.

- 156 En su respuesta a esa diligencia de ordenación del procedimiento la Comisión manifestó que las empresas a las que había interrogado en la investigación de mercado eran los competidores, los competidores potenciales y los principales clientes independientes de las partes en la concentración, cuyos datos le facilitaron las partes notificantes, conforme a los puntos 7.3, 8.9 y 8.6 del formulario CO contenido en el anexo I del Reglamento n° 802/2004 y previsto en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento. La Comisión precisó, basándose en su propio conocimiento del mercado, que del examen de numerosos otros proyectos de concentración en el sector del transporte aéreo se deduce que entre las empresas referidas se hallaban todas las compañías aéreas competidoras con las partes en la concentración en los mercados identificados en la Decisión, así como la mayoría de las sociedades clientes y principales agencias de viajes. Además, la Comisión destacó que la simple proporción numérica, a saber, la proporción de las respuestas positivas y de las negativas, no es determinante para la apreciación del proyecto de concentración. En lugar de ello la Comisión lleva a cabo una apreciación global en la que pueden concurrir factores diversos tales como las justificaciones de la respuesta ofrecida, los conocimientos esperados de la empresa consultada en función de las circunstancias (por ejemplo, la antigüedad de la presencia de una empresa en el mercado, su importancia como competidor o cliente de las partes en la concentración, su ámbito concreto de actividad) o los intereses específicos de cada empresa consultada (por ejemplo, el interés de un competidor en impedir la operación de concentración en función de su propia política de expansión o el interés en adquirir franjas que los compromisos harían disponibles). Según la Comisión, para obtener una imagen lo más representativa posible de las condiciones del mercado también se dirigió a otros operadores conocedores del mercado (por ejemplo, aeropuertos, autoridades aeronáuticas y coordinadores de franjas). A ello se añade, según la Comisión, el análisis económico de datos objetivos. La Comisión ha precisado igualmente que la representatividad de la investigación de mercado también se aseguraba mediante el anuncio de la notificación de la concentración previsto en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento n° 139/2004, por el que se invita a los terceros interesados a presentar a la Comisión sus eventuales observaciones sobre el proyecto de concentración.
- 157 Instada en la vista a manifestarse acerca de las informaciones adicionales presentadas por la Comisión sobre la representatividad de la investigación de mercado, la demandante se limitó a alegar que, dado que no se había revelado la identidad de los participantes en la investigación de mercado, no era posible apreciar si operaban en las rutas en cuestión y por tanto si la investigación de mercado era representativa.
- 158 Basta señalar en ese sentido que, en contra de lo que parece considerar la demandante, la investigación de mercado no se limita a los competidores de las partes notificantes en el mercado geográfico pertinente, sino que también abarca a los competidores potenciales y a los clientes de las partes notificantes en ese mercado.
- 159 Siendo así, el Tribunal estima que debe desestimarse por infundada la afirmación por la demandante de la falta de representatividad de la investigación de mercado.
- 160 Por último, se debe desestimar también el argumento de la demandante de que la Comisión no tuvo en cuenta que numerosos competidores manifestaron en la investigación de mercado la necesidad de considerar los efectos de red.
- 161 En efecto, es oportuno señalar que, como resulta del anexo B1 del escrito de contestación, la fase I de la investigación de mercado puso de manifiesto que una amplia mayoría de los participantes en la investigación de mercado (22 competidores entre 31, 15 agencias de viajes entre 18 y 31 empresas clientes entre 35) declaró estar de acuerdo con el criterio O & D tradicional basado en la sustituibilidad de la demanda.

- 162 También resulta del anexo B1 del escrito de contestación que, entre los 31 competidores que respondieron a la pregunta nº 7 de la investigación de mercado, consistente en determinar su posible conformidad con el uso del método O & D, seis expresaron claramente dudas sobre la aptitud de ese criterio para tener en cuenta la competencia entre redes (los participantes nºs 2, 3, 12, 19, 22 y 30 de la investigación de mercado) y tres manifestaron su preocupación por el reforzamiento de la posición de la entidad nacida de la concentración en un aeropuerto específico (los participantes nºs 4, 7 y 10 de la investigación de mercado). De los seis participantes en la investigación de mercado que expresaron dudas sobre la aptitud del criterio O & D para tener en cuenta la competencia entre redes, tres respondieron no obstante de forma afirmativa a la pregunta planteada (los participantes nºs 2, 12 y 19 de la investigación de mercado). De los tres participantes en la investigación de mercado que expresaron su preocupación por el reforzamiento de la posición de la entidad nacida de la concentración en un aeropuerto, uno respondió de forma afirmativa a la pregunta nº 7 (el participante nº 7 en la investigación de mercado). De ello se sigue que de los nueve participantes en la investigación de mercado que expresaron sus preocupaciones sobre la necesidad de tener en cuenta la competencia entre redes y la importancia de la entidad nacida de la concentración en algunos aeropuertos, sólo cinco respondieron negativamente a la pregunta nº 7.
- 163 Resulta además del anexo B1 del escrito de contestación que ninguna de las agencias de viajes ni de las empresas clientes que respondieron a la pregunta nº 7 formuló el menor comentario sobre la necesidad de tener en cuenta la competencia entre las redes de las compañías interesadas.
- 164 De ello se deduce que de 81 participantes en la investigación de mercado sólo cinco manifestaron su desacuerdo con el criterio O & D, en razón de que éste no permitía tener en cuenta los efectos de red.
- 165 Por otro lado, es preciso observar que la Comisión mencionó en el considerando 269 de la Decisión impugnada las preocupaciones de algunos participantes en la investigación de mercado durante la fase I de ésta acerca de «la fuerte posición de [Lufthansa] y de [Austrian] en el mercado en [Europa central y oriental], teniendo en cuenta en especial el control que la operación daría a [Lufthansa] en una parte muy sustancial de un “mercado centroeuropeo”, sobre todo porque esas compañías controlan las plataformas más importantes para las rutas a [Europa central y oriental] y tienen redes muy desarrolladas en esa región». Puntualizó no obstante que «los resultados de la fase II, más profunda, de la investigación de mercado han mostrado sin embargo que la gran mayoría de las empresas clientes, en particular, no ven ninguna incidencia negativa de una posición eventualmente reforzada de la entidad nacida de la concentración para los vuelos a [Europa central y oriental] y han señalado competidores alternativos existentes».
- 166 Siendo así, el argumento de la demandante de que la Comisión no tuvo en cuenta los comentarios de numerosos competidores según los cuales el criterio O & D no permitía apreciar la competencia entre las redes debe desestimarse por infundado.
- 167 En cuarto y último lugar, se ha de señalar que el argumento de la demandante de que la idea según la cual la competencia entre compañías aéreas se produce exclusivamente en algunas rutas específicas se desmiente por la existencia de programas de fidelización y de sistemas de descuentos destinados a la clientela de negocios, a las agencias de viajes y a los operadores de viajes, ha sido expuesto por primera vez en las observaciones de la demandante sobre los escritos de formalización de la intervención de la República de Austria y de Lufthansa. También se debe observar que no tiene por objeto responder a un argumento específico de las coadyuvantes. Por tanto, toda vez que la demandante no ha alegado razones de hecho o de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento para justificar la tardía presentación de ese argumento, éste debe considerarse inadmisibles a causa de su tardía formulación, en virtud de las exigencias conjuntas del artículo 44, apartado 1, y del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de marzo de 2007, France Télécom/Comisión, T-340/04, Rec, EU:T:2007:81, apartado 164).

168 Por las precedentes consideraciones es preciso apreciar que la demandante no demuestra que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al aplicar el criterio O & D para definir el mercado de referencia.

Sobre la falta de análisis de los efectos de la concentración en la competencia en el mercado geográfico pertinente definido según un «criterio global»

169 La demandante censura a la Comisión por no haber analizado los efectos de la concentración en cuestión en la competencia en el mercado geográfico pertinente, definido según un criterio global como comprensivo de toda la zona en la que Lufthansa y Austrian explotan sus redes u ofrecen acceso a sus redes a través de centros de conexión o de bases. Ese criterio permite tener en cuenta la sustituibilidad de la demanda, basándose en las expectativas de los clientes, y la sustituibilidad de la oferta, basándose en la estructura de la oferta de los transportistas aéreos.

170 Sobre la estructura de la oferta de los transportistas aéreos, la demandante mantiene que la red de un transportista aéreo es un factor determinante para la clientela de negocios y para las agencias de viajes y los operadores de viajes. De igual modo, la organización en red de un transportista aéreo le permite atraer más pasajeros desde los aeropuertos pequeños al darles acceso a centros de conexión a partir de los que dispondrán de una amplia elección de destinos. La capacidad de una compañía aérea en red para practicar precios predatorios en algunas rutas también afecta a la estructura de la oferta, en especial en el mercado de la venta directa de vuelos en el sector turístico.

171 Según la demandante, únicamente ese criterio global del mercado geográfico pertinente permite comprender el reforzamiento de los factores de dominación del mercado en beneficio de la entidad nacida de la concentración considerada, factores que no tuvo en cuenta la Comisión en el «mercado en el conjunto de Europa central», y en el «mercado regional entre Austria y Alemania».

172 Es preciso recordar en ese sentido que, en virtud en especial del artículo 2 del Reglamento sobre concentraciones, la Comisión debe examinar los efectos en la competencia de una operación de concentración en los mercados en los que exista un riesgo de obstáculo significativo para la competencia efectiva, en particular a causa de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia *easyJet/Comisión*, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 63).

173 Aun cuando en su análisis sobre la competencia se haya guiado en parte por las inquietudes manifestadas por los terceros consultados en el procedimiento administrativo, la Comisión también debe analizar, incluso a falta de indicaciones expresas de los terceros, pero a la luz de indicios serios, los problemas de competencia que la concentración genere en todos los mercados que podrían resultar afectados (véase, en este sentido, la sentencia *easyJet/Comisión*, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 64).

174 Sin embargo, cuando se reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta un posible problema de competencia en mercados distintos de los que han sido objeto del análisis de la competencia, corresponde al demandante demostrar de modo tangible con indicios serios la existencia de un problema de competencia que, por su impacto, debería haber sido examinado por la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia *easyJet/Comisión*, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 65).

175 Para cumplir estas exigencias, el demandante ha de identificar los mercados afectados, describir la situación de la competencia antes de la concentración e indicar cuáles serán los probables efectos de una concentración habida cuenta del estado de la competencia en dichos mercados (véase, en este sentido, la sentencia *easyJet/Comisión*, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 66).

- 176 En ese sentido también hay que recordar que, conforme a la sección 6 del formulario CO contenido en el anexo I del Reglamento n° 802/2004, con el título “II. Mercados geográficos de referencia», el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas ofrecen o demandan los productos o servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que en éstas las condiciones de competencia son sensiblemente distintas. Se puntualiza que entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado geográfico de referencia cabe citar la naturaleza y las características de los productos y servicios en cuestión, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, la existencia de diferencias apreciables en las cuotas de mercado de las empresas en zonas geográficas próximas y la existencia de importantes diferencias de precios.
- 177 Pues bien, se debe señalar en primer lugar que la definición del mercado geográfico que propone la demandante carece de precisión en sus propios términos.
- 178 En efecto, esa definición descansa en la idea de que el mercado pertinente se extiende a todas las zonas geográficas desde las que es posible acceder a las redes de Lufthansa y de Austrian. Sin embargo, la demandante no expone claramente si hace referencia a las zonas geográficas desde las que es posible acceder a las dos redes o sólo a las zonas geográficas desde las que es posible acceder a una de ellas. Además, tampoco indica si el punto de acceso a la red es necesariamente un aeropuerto. Además, la demandante no señala cómo se determina la extensión de la zona geográfica situada en torno a un punto de acceso a la red.
- 179 Por otra parte, como pone de relieve fundadamente la Comisión, la demandante se refiere en diversas partes de sus escritos a mercados geográficos diferentes. Así, en el punto 47 de la demanda, la demandante afirma que Lufthansa ocupa desde siempre una posición dominante en «el mercado en Europa central». En los puntos 48 y 49 de la demanda, la demandante manifiesta que esa posición dominante, que fue reforzada por la adquisición de Swiss y de SN Brussels por Lufthansa y la creación de Lufthansa Italia, se refuerza aún más por la adquisición de Austrian. Según la demandante, esas operaciones permiten en efecto a Lufthansa asegurarse «[del] control de los mercados en Alemania, en Suiza, en Bélgica, en el norte de Italia y en Austria». La demandante precisa también que esa constatación no tiene incluso en cuenta el hecho de que Lufthansa domina el «mercado escandinavo» a través de Scandinavian Airlines System (SAS), así como el «tráfico aéreo entre Europa central y Europa del Este». Por otra parte, en el punto 25 de la réplica la demandante mantiene que la concentración permitirá a Lufthansa obtener «en el aeropuerto de Viena-Schwechat una posición dominante similar a la que ocupa en el aeropuerto de Fráncfort del Meno (en el que Lufthansa cubre el 59 % del tráfico de viajeros) y en el aeropuerto de Zúrich (en el que Lufthansa y Swiss cubren más del 60 % del tráfico de viajeros)».
- 180 Por otro lado, en el punto 70 de la demanda, la demandante afirma, en sustancia, que el criterio global del mercado geográfico pertinente habría permitido, a diferencia del criterio O & D, tener en cuenta los efectos de la concentración en la competencia en el mercado regional entre Alemania y Austria.
- 181 La dimensión geográfica del mercado de referencia en el que deben apreciarse los efectos de la concentración en la competencia varía, por tanto, según los propios escritos de la demandante de un aeropuerto a una región continental, pasando por el territorio de dos Estados miembros, de un solo Estado miembro o de una parte del territorio de un Estado miembro.
- 182 En segundo término, la descripción de la situación de la competencia anterior a la concentración en el mercado geográfico pertinente, según lo define la demandante, es igualmente confusa.
- 183 En efecto, acerca de la situación de la competencia en el mercado del conjunto de Europa central, la demandante se limita a describir en la réplica lo que llama los «factores de dominación del mercado» propios de Lufthansa y Austrian antes de la concentración, a saber, el número de centros de conexión,

el número de franjas horarias en los diferentes aeropuertos, los derechos de tráfico aéreo hacia Europa del Este y Oriente Medio pertenecientes a Lufthansa y Austrian, la dimensión de la flota, la fuerza del capital, la existencia de un programa de fidelización de los clientes, la capacidad para concluir convenios-marco con la clientela de negocios, los operadores de viajes y las agencias de viajes y la posibilidad de conseguir contratos de abastecimiento ventajosos de las empresas que suministran los medios de explotación o las infraestructuras necesarias para las operaciones aéreas.

- 184 Sin embargo, la demandante omite exponer el menor factor de comparación en ese aspecto relacionado con la situación de otros transportistas aéreos en red que operan en Europa central y se limita a aseverar que la entidad nacida de la concentración será el único transportista aéreo en red que pueda ofrecer rutas a partir de Europa central hacia destinos situados dentro de la Unión y en Europa del Este, así como rutas transcontinentales.
- 185 Por otra parte, en lo que atañe a la situación de la competencia en lo que llama el «mercado de las rutas entre Alemania y Austria», la demandante afirma de forma contradictoria que las partes notificantes se han repartido el tráfico entre los aeropuertos regionales austriacos y Alemania a través de su empresa común (punto 71 de la demanda), por una parte, y que compiten entre sí en las rutas entre esos aeropuertos y Alemania, en particular en las rutas Graz-Kiev (Ucrania) y Linz-París, en las que Lufthansa y Austrian ofrecen ambas dos vuelos con correspondencia utilizando sus plataformas respectivas de Viena y de Fráncfort del Meno (apartado 72 de la demanda), por otra parte. Además, la demandante no expone indicación precisa alguna sobre la posibilidad de que los viajeros que salen de aeropuertos regionales austriacos recurran a los servicios de una compañía aérea en red distinta de Lufthansa o Austrian en esas mismas rutas.
- 186 De ello se sigue que los argumentos aducidos por la demandante en apoyo de la afirmación de que la Comisión omitió indebidamente analizar los efectos de la concentración en la competencia en el «conjunto del mercado en Europa central» no se ajustan a las exigencias de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 175.
- 187 Siendo así, es preciso constatar que la demandante no ha definido con suficiente precisión el mercado geográfico pertinente cuya existencia alega y que por tanto es imposible para el Tribunal apreciar si la Comisión tenía que examinar los efectos potenciales de la concentración en la competencia en ese mercado.
- 188 Por lo antes expuesto debe desestimarse por infundada la primera parte del primer motivo.

Sobre la segunda parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación sobre los efectos de la concentración en la competencia en las rutas entre Alemania y Austria

- 189 La demandante reprocha en sustancia a la Comisión no haber tenido en cuenta los efectos negativos de la concentración en el conjunto de las rutas entre Alemania y Austria.
- 190 Es preciso señalar en ese sentido en primer lugar que, en contra de lo afirmado por la demandante, del considerando 107 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión analizó los efectos de la concentración no sólo en las 23 rutas entre Austria y Alemania en las que se producían solapamientos directos entre los servicios de Lufthansa y de Austrian, sino también en las rutas con solapamientos indirectos-indirectos descritos por la demandante.
- 191 En segundo término hay que observar que, en contra de lo alegado por la demandante, la Comisión tuvo en cuenta la empresa común de reparto de costes e ingresos constituida entre Lufthansa y Austrian antes de la operación de concentración en su análisis de la competencia en todas las rutas entre Austria y Alemania, en concepto de hipótesis contrafáctica (considerandos 64 a 69, 113 a 116, 129 a 133, 145, 159 a 169, 191 y 210 de la Decisión impugnada), con la excepción de las rutas

Viena-Berlín, Viena-Düsseldorf, Viena-Hamburgo (Alemania), Viena-Hannover (Alemania), Viena-Núremberg (Alemania) (considerando 185 de la Decisión impugnada) y de la ruta Múnich-Linz (considerando 189 de la Decisión impugnada). La razón por la que la Comisión no tuvo en cuenta la empresa común en el análisis de la competencia en esas últimas rutas nace del hecho de que había constatado previamente que los competidores de las partes en la concentración tenían importantes cuotas de mercado en ellas, lo que hacía improbable que surgieran en las mismas problemas de competencia ligados a la concentración.

192 Finalmente, acerca del argumento de la demandante de que la Comisión no tuvo en cuenta el número de vuelos realizados por Lufthansa y Austrian en las rutas Viena-Berlín y Viena-Hamburgo en el examen de la situación de la competencia en esas rutas, también debe señalarse que del considerando 185 de la Decisión impugnada se deduce que la Comisión apreció que la cuota de mercado de Air Berlin, expresada en porcentaje del número total de viajeros transportados, sensibles o no al factor tiempo, se situaba en un abanico entre el 70 % y 80 % en la ruta Viena-Hamburgo y entre 80 % y 90 % en la ruta Viena-Berlín durante el invierno 2008/2009, es decir, antes de la adopción de la Decisión impugnada. Esas cifras muestran además un leve pero apreciable aumento de la cuota de mercado de Air Berlin desde el verano de 2008, en el que Air Berlin sólo había transportado entre el 70 % y 80 % de los viajeros en la ruta Viena-Berlín. El argumento de que Lufthansa y Austrian realizaron más vuelos que Air Berlin en el mismo período carece de pertinencia ya que las cuotas de mercado se expresan con razón según el número de viajeros transportados. Por otra parte, el hecho de que Lufthansa y Austrian eligieran deliberadamente reducir su capacidad en esas rutas, de suponerlo acreditado, no es apto para desvirtuar el análisis de la competencia por la Comisión. En efecto, en el análisis de la situación de la competencia en una ruta concreta antes de la concentración la Comisión está obligada a evaluar las cuotas de mercado reales de los competidores y no sus cuotas potenciales de mercado.

193 Por las consideraciones precedentes debe desestimarse la segunda parte del primer motivo por infundada.

Sobre la tercera parte del primer motivo basada en un error manifiesto de apreciación de las consecuencias de la concentración en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este fuera de la Unión

194 En la tercera parte del primer motivo la demandante aduce tres diferentes alegaciones. La primera consiste en que la Comisión no llevó a cabo en la Decisión impugnada un análisis de los efectos de la concentración en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este fuera de la UE basado en el criterio O & D. La segunda se basa en que la Comisión no tuvo en cuenta la posición dominante ocupada por Lufthansa y Austrian en las rutas entre los aeropuertos de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich, por una parte, y los aeropuertos de Europa del Este fuera de la UE, por otra.

195 La tercera alegación, fundada en que la Comisión no impuso en la Decisión impugnada ninguna condición ni carga apta para garantizar que se atribuirán derechos bilaterales de tráfico aéreo a las compañías aéreas competidoras de Austrian o Lufthansa para que puedan comenzar a explotar las rutas aéreas con destino a Europa del Este, no guarda relación con el análisis de los efectos de la concentración en las rutas entre Europa central y Europa del Este sino con la supuesta insuficiencia de los compromisos aceptados por la Comisión en la Decisión impugnada en relación con los problemas de competencia causados por la concentración que la demandante alega. Será oportuno apreciarla en su caso junto con la cuarta parte del presente motivo en la que se agrupan las alegaciones sobre la supuesta insuficiencia de los compromisos contraídos por las partes en la concentración en la Decisión impugnada.

Sobre la primera alegación consistente en que la Comisión no llevó a cabo un análisis de los efectos de la concentración en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este fuera de la Unión basado en el criterio O & D

196 Es preciso previamente declarar inadmisibles por ser tardíos los argumentos de la demandante tendentes a demostrar que la Comisión no aplicó el criterio O & D a las rutas entre Europa central y Europa del Este, expuestos por vez primera en las observaciones de la demandante sobre los escritos de formalización de la intervención de la República de Austria y de Lufthansa, conforme a la jurisprudencia recordada en el anterior apartado 167.

197 Por otro lado se ha de recordar que el criterio O & D no es un método de análisis de la competencia sino tan sólo el método utilizado por la Comisión para identificar el mercado de referencia en el que debe analizarse el impacto de la concentración. Pues bien, de la Decisión impugnada se deduce que la Comisión identificó conforme a ese método las rutas en las que los servicios de Lufthansa y de Austrian se solapaban.

198 De esa forma, del considerando 107 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión identificó 28 solapamientos directos-directos, de los que ninguno afectaba a una ruta entre un aeropuerto de Europa central y un aeropuerto de Europa del Este fuera de la Unión. La Comisión analizó a continuación el impacto de la concentración en esos solapamientos en los considerandos 108 a 266 de la Decisión impugnada.

199 Por otro lado, del considerando 267 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión también identificó solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos que afectaban a rutas entre aeropuertos europeos y entre aeropuertos europeos y no europeos.

200 En ese sentido, la Comisión expuso en el considerando 268 de la Decisión impugnada lo que sigue:

«Esas rutas se han analizado a la luz de la posición de las partes en el mercado y de la aportación de cuotas de mercado originada por la operación. Además, se evaluaron la presencia y la posición de competidores y el número de pasajeros en cada ruta. Cuando era preciso, se consideraron el número y la duración de los vuelos ofrecidos por los competidores y su pertinencia para los pasajeros sensibles al factor tiempo, en particular. Basándose en esos criterios, no se ha identificado ningún problema de competencia. Además, la investigación de mercado no ha revelado el menor problema de competencia respecto a los solapamientos directos-indirectos e indirectos-indirectos identificados, excepto la posición de [Lufthansa] y [de Austrian] en el mercado en Europa central y oriental.»

201 A pesar de su redacción algo elíptica cabe deducir del considerando 268 de la Decisión impugnada que la Comisión identificó ciertamente solapamientos directos-indirectos y solapamientos indirectos-indirectos entre los servicios de Lufthansa y de Austrian en rutas entre aeropuertos de Europa central y aeropuertos de Europa del Este acerca de los cuales llevó a cabo un análisis del impacto de la concentración que, a diferencia del estudio de mercado, no reveló problemas de competencia.

202 Por tanto, se ha de desestimar la primera alegación por infundada.

Sobre la segunda alegación basada en que la Comisión no tuvo en cuenta la posición dominante ocupada por Lufthansa y Austrian en las rutas entre los aeropuertos de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich, por una parte, y los aeropuertos de Europa del Este fuera de la UE, por otra

203 En primer término hay que observar que la demandante no identifica con precisión las rutas en las que las partes en la concentración ocupen una posición dominante. En el punto 78 de su demanda la demandante se limita en efecto a hacer referencia general a las rutas entre los aeropuertos de Viena,

Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich por una parte, y los aeropuertos de ciudades situadas en Europa del Este como Kiev, Moscú (Rusia) y San Petersburgo (Rusia), por otra. Además, las cifras del número de vuelos por semana ofrecidos por Lufthansa, Swiss y Austrian desde los aeropuertos de Múnich, Fráncfort del Meno, Zúrich y Viena con destino a aeropuertos situados en Europa del Este que presenta la demandante son cifras globales que no ofrecen ninguna indicación del número de vuelos por semana ofrecidos por una de esas compañías en una ruta específica. Además, esas cifras tampoco expresan el número de pasajeros transportados, que es usualmente el indicador que permite calcular la cuota de mercado de un transportista aéreo en una ruta concreta. Además, la demandante no afirma que la posición dominante que presuntamente ocupará la entidad nacida de la concentración en algunas rutas entre Europa central y Europa del Este sea el resultado de la concentración en cuanto ésta conduciría a suprimir la competencia existente entre Austrian y Lufthansa en esas rutas.

- 204 Al parecer la demandante reprocha en realidad a la Comisión no haber tenido en cuenta en su análisis de la concentración que Lufthansa y Austrian disponen de una fuerte implantación en los aeropuertos de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich, desde los que vuelan a destinos en Europa del Este, y que los viajeros que quieren ir a Europa del Este desde Europa central no tienen otra elección que la de volar con Austrian o con Lufthansa.
- 205 Resulta al respecto del considerando 269 de la Decisión impugnada que algunos participantes en la investigación de mercado suscitaron esas inquietudes en la fase I de ésta pero que se respondió a ellas en la fase II de la misma, en el sentido de que la gran mayoría de las empresas clientes no advertían ninguna incidencia negativa en una posición potencialmente reforzada de la entidad nacida de la concentración para los vuelos con destino a Europa central y oriental y señalaron la presencia de competidores alternativos.
- 206 La Comisión puntualizó en el considerando 270 de la Decisión impugnada que había, al parecer, competidores importantes que ofrecían vuelos a Europa central y oriental, en particular, Air France-KLM, que volaba a quince destinos en Europa central y oriental sirviéndose de su propia red y a once destinos adicionales en cooperación con sus asociados de SkyTeam, Aeroflot y CSA, así como British Airways, que volaba a trece destinos en Europa central y oriental utilizando su propia red, y Malev que volaba a 22 destinos en Europa central y oriental.
- 207 La demandante mantiene que la entidad nacida de la concentración no hace frente a una presión competitiva suficiente en las rutas entre los aeropuertos de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich, por un lado, y los aeropuertos de Europa del Este por otro, en especial Moscú, ya sea por parte de Air France-KLM, de British Airways, de Malev o de CSA, dado que esas compañías sólo ofrecen vuelos con correspondencia que alargan considerablemente la duración y la longitud del trayecto en esas rutas.
- 208 En lo que concierne al grado de sustituibilidad entre los vuelos directos e indirectos, hay que observar que la Comisión manifestó en el considerando 24 de la Decisión impugnada que ese grado depende de la duración del vuelo. Así pues, cuanto más largo es el vuelo tanto más pueden los vuelos indirectos ejercer una presión competitiva sobre los vuelos directos. La Comisión precisó seguidamente que la investigación de mercado en este asunto había confirmado la apreciación realizada en anteriores decisiones de que para los vuelos de corta distancia, es decir, de duración menor a tres horas, los vuelos indirectos no constituían en general una opción sustitutiva competitiva con los vuelos directos porque los clientes prefieren efectivamente estos últimos.
- 209 Pue bien, consta que los vuelos directos entre Viena, por un lado, y Moscú, San Petersburgo o Kiev, por otro, y los vuelos directos Zúrich-Kiev, Fráncfort del Meno-Kiev, Múnich-San Petersburgo y Múnich-Kiev tienen duración inferior a tres horas. Siendo así, los vuelos indirectos ofrecidos por Air France-KLM, British Airways, Malev y CSA o cualesquiera otras compañías aéreas de Europa del Este no son alternativas competitivas con los vuelos directos ofrecidos por Austrian o Lufthansa en esas rutas. No obstante, en el considerando 271 de la Decisión impugnada, la Comisión señala que la

investigación de mercado confirmó la conclusión de que los transportistas de Europa oriental también pueden ofrecer una solución sustitutiva de Lufthansa y de Austrian pues reveló que la gran mayoría de las agencias de viaje comparaban los precios de esas compañías con los de transportistas alternativos, incluidos los de Europa oriental. La Comisión expuso también que la investigación de mercado había revelado que la mayoría de las empresas clientes manifestaban que no compraban billetes en los vuelos de una compañía en especial sino que en función del destino en Europa central y oriental buscaban vuelos alternativos de otros transportistas, incluidos los de Europa oriental. Ahora bien, la demandante no mantiene ni demuestra que ninguna otra compañía aérea de Europa del Este, en particular, compañías rusas o ucranianas, no ofrecía en la fecha de la Decisión impugnada vuelos directos en las referidas rutas.

- 210 En su escrito de réplica la demandante reconoce además la existencia de vuelos directos en la ruta Viena-Moscú ofrecidos por las compañías Transaero y Aeroflot.
- 211 Sobre ese aspecto, el argumento de la demandante de que la oferta de vuelos de esas compañías no es competitiva a causa del bajo número de vuelos operados por semana y de sus horarios, que no convienen a la clientela de negocios austriaca, no es convincente. En efecto, es preciso observar que la demandante no aporta ningún medio de prueba en ese sentido. Además, en general la clientela de negocios sólo representa una parte de los viajeros interesados por una ruta específica y no es posible por tanto deducir consecuencias de las supuestas preferencias de esa clientela sin conocer la proporción que representa en la totalidad de los viajeros entre Viena y Moscú.
- 212 La demandante no demuestra por tanto que la entidad nacida de la concentración no esté sujeta a una presión competitiva suficiente en las rutas con salida de Viena y destino a Moscú, a San Petersburgo o a Kiev, así como en las rutas Zúrich-Kiev, Fráncfort del Meno-Kiev, Múnich-San Petersburgo y Múnich-Kiev.
- 213 Esa conclusión es válida también para las rutas de media distancia Zúrich-Moscú, Zúrich-San Petersburgo, Fráncfort del Meno-Moscú, Fráncfort del Meno-San Petersburgo, Múnich-Moscú y Múnich-San Petersburgo, en las que no está excluido que otros transportistas de Europa oriental ofrezcan vuelos directos. Además, la Comisión puntualizó en el considerando 26 de la Decisión impugnada que algunos participantes en la investigación de mercado habían indicado que en ciertas circunstancias los vuelos indirectos representaban una solución sustitutiva competitiva. Por tanto, la demandante tampoco demuestra que la entidad nacida de la concentración no esté sujeta a una presión competitiva suficiente en esas rutas.
- 214 La demandante afirma además que, en contra de lo que mantiene la Comisión, la oferta de vuelos de CSA y de Malev no representa una solución alternativa verosímil a la oferta de vuelos con correspondencia de Austrian y de Lufthansa para las personas que quieren viajar desde los aeropuertos regionales austriacos a aeropuertos de Europa del Este.
- 215 En efecto, según la demandante, no hay vuelos directos desde los aeropuertos regionales austriacos, a saber, los aeropuertos de Graz, de Linz, de Innsbruck, de Salzburgo y de Klagenfurt, a los centros de conexión respectivos de CSA y Malev, que son Praga (República Checa) y Budapest (Hungría). De ello resulta que los viajeros que viven cerca de esos aeropuertos regionales austriacos y desean viajar desde uno de ellos a un destino situado en Europa del Este, para utilizar los vuelos ofrecidos por Malev y CSA, tendrían que viajar primero en un vuelo a Viena y después, desde ahí, ir a Praga o Budapest, de donde finalmente podrían llegar a su destino en Europa del Este. Esa circunstancia hace los vuelos ofrecidos por esas dos compañías poco competitivos para esos viajeros en comparación con los ofrecidos por Austrian y por Lufthansa, que permiten ir desde esos aeropuertos regionales austriacos a sus centros de conexión de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich y luego, desde ahí, a un destino en Europa del Este.

- 216 Hay que observar en ese sentido que la demandante no ofrece ninguna indicación de los destinos situados en Europa del Este a los que hace referencia, por lo que no es posible identificar las rutas entre los aeropuertos regionales austriacos y esos destinos respecto a las cuales afirma que la Comisión no tuvo en cuenta los efectos de la concentración.
- 217 Por lo demás, hay que considerar que la competencia entre ofertas de vuelos indirectos en una misma ruta debe diferenciarse por su naturaleza de la competencia entre los vuelos directos o incluso de la competencia entre vuelos directos y vuelos indirectos. En efecto, parece improbable que Austrian aumente el número de vuelos entre los aeropuertos regionales austriacos y Viena o baje los precios de sus vuelos en esas rutas en razón de la demanda de vuelos entre esos aeropuertos y destinos en Europa del Este, ya que los pasajeros que viajan desde esos aeropuertos regionales a dichos destinos sólo representan probablemente una proporción pequeña del número total de pasajeros que demandan un vuelo directo entre los aeropuertos regionales y Viena. Así sucede también respecto a Malev y CSA en lo concerniente a los vuelos entre Viena y Budapest y entre Viena y Praga, cuyo precio y frecuencia difícilmente variarán en función de la demanda de vuelos entre los aeropuertos austriacos y destinos en Europa del Este. En ese contexto la competencia entre ofertas de vuelos indirectos en una misma ruta depende de numerosos factores, como la duración del vuelo entre las diversas etapas del viaje, la duración de las escalas, el precio total o también los horarios de salida. Siendo así, no cabe excluir *a priori* que las ofertas de vuelos de CSA y de Malev en las referidas rutas, aunque sean menos prácticas que las de Austrian, puedan ser alternativas verosímiles a las últimas.
- 218 Por las anteriores consideraciones, se ha de desestimar por infundada la alegación de la demandante basada en que la Comisión no tuvo en cuenta en el análisis de las consecuencias de la concentración en la competencia la circunstancia de que Austrian y Lufthansa poseen varios centros de conexión en Europa central desde los que ofrecen vuelos hacia Europa del Este.
- 219 De ello se sigue que la tercera parte del primer motivo es infundada.

Sobre la cuarta parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación sobre la capacidad de los competidores de Lufthansa y de Austrian para mantenerse o entrar en el mercado pertinente

- 220 La cuarta parte del primer motivo se divide en cinco alegaciones. La primera y segunda se basan respectivamente en una infracción del punto 36 y del punto 31 de las Directrices de 2004. La tercera, cuarta y quinta se basan en una infracción de los puntos 68 y siguientes de las mismas Directrices.

Sobre la primera alegación basada en una vulneración del punto 36 de las Directrices de 2004 puesto que la Comisión no tuvo en cuenta la limitación por la concentración de la capacidad de los competidores para vender billetes a la clientela de negocios y concluir convenios-marco con las agencias de viajes y los operadores de viajes

- 221 La demandante censura en sustancia a la Comisión por haber infringido el punto 36 de las Directrices de 2004 al autorizar la concentración siendo así que ésta, por la combinación de las redes de Lufthansa y de Austrian y el aumento de la oferta de rutas que supondrá, tendrá como efecto limitar la capacidad de los otros transportistas aéreos para vender billetes a la clientela de negocios y concluir convenios-marco con las agencias de viajes y los operadores de viajes.
- 222 No se pueden acoger los argumentos expuestos por la demandante en apoyo de esa alegación.
- 223 De esa manera, en lo que atañe a la supuesta limitación de la capacidad de los otros transportistas para explotar el segmento de los viajes de negocios se ha de observar que el anexo B4 del escrito de contestación contiene las respuestas de las empresas clientes a la pregunta n° 13 del cuestionario que se les envió el 15 de mayo de 2009 y que se refería a la incidencia de los sistemas de bonificaciones y

descuentos ofrecidos por Lufthansa y Austrian para la fidelización de la clientela de negocios. Pues bien, es preciso constatar que resulta de esas respuestas que la mayoría de los participantes en la investigación de mercado manifiestan que no utilizan exclusivamente los servicios de Lufthansa y de Austrian y que los descuentos ofrecidos por estas últimas no bastan para excluir la posibilidad de recurrir a otro transportista.

- 224 También hay que señalar que el anexo B5 del escrito de contestación contiene las respuestas de las empresas clientes a las preguntas nº 71, 73, 76, 79 y 80 que les formuló la Comisión en la fase II de la investigación de mercado. La pregunta nº 71 se refería a la apreciación por la clientela de negocios de las compañías aéreas de Europa del Este como alternativas serias para los viajes con destino a Europa central y oriental y Oriente Medio. Pues bien, hay que constatar que 22 participantes en la investigación de mercado de 31 respondieron afirmativamente a esa pregunta.
- 225 De ello se sigue que, en contra de lo alegado por la demandante, de la investigación de mercado resulta que la clientela de negocios consideraba a algunos competidores de Lufthansa y de Austrian como alternativas verosímiles a la oferta de vuelos que esas últimas pueden ofrecer gracias a sus redes.
- 226 En segundo término, en cuanto a la supuesta limitación de la capacidad de los otros transportistas para concluir convenios-marco con agencias de viajes y operadores de viajes, se ha de señalar que resulta del anexo B2 del escrito de contestación, invocado por la Comisión, que, en respuesta a las preguntas 2 y 3 del cuestionario enviado a las empresas clientes el 15 de mayo de 2009 durante la fase I del examen de la concentración, una gran mayoría de los 38 participantes en la investigación manifestó no tener una relación comercial exclusiva con un transportista aéreo o con una alianza específica, sino mantener al contrario relaciones comerciales con múltiples transportistas y alianzas, en particular, mediante la conclusión de convenios-marco.
- 227 Pues bien, esa constatación no da ninguna indicación sobre si las agencias de viajes practican la misma política comercial.
- 228 No obstante, se debe observar que el anexo B3 del escrito de contestación indica el porcentaje en número de billetes y en valor que representan los billetes de avión de Lufthansa y de Austrian en relación con la totalidad de los billetes de avión vendidos en 2007 y en 2008 por agencias de viajes que respondieron al cuestionario de 13 de mayo de 2009.
- 229 Es preciso indicar en ese sentido que esos porcentajes, calculados por los servicios de la Comisión, se refieren a la totalidad de los billetes vendidos por cada una de las entidades que respondieron al cuestionario. Basándose en ello, la demandante alega que las agencias de viajes interrogadas compraron como promedio el 58,2% en 2007 y el 53,7% en 2008 de los billetes vendidos por Lufthansa y Austrian. Ahora bien, aunque el cálculo de la demandante sea cierto, las cifras a las que llega no representan el porcentaje de los billetes emitidos por Lufthansa y Austrian comprados por las agencias de viajes, sino el porcentaje de los billetes comprados a Lufthansa y a Austrian por las agencias de viajes que respondieron al cuestionario.
- 230 Además, aunque ese porcentaje sea alto, muestra que las agencias de viaje que respondieron al cuestionario no tenían una relación comercial exclusiva con Lufthansa y Austrian.
- 231 Acerca del argumento de la demandante de que ese porcentaje demuestra la existencia de una posición dominante de Lufthansa en Europa central a raíz de la concentración, es preciso señalar que, según advierte fundamente la Comisión, la Decisión impugnada no contiene ningún análisis de un mercado de la venta de billetes de avión por las agencias de viaje y que la demandante nunca había alegado antes la existencia de ese mercado.
- 232 Por las precedentes consideraciones debe desestimarse por infundada la alegación basada en la infracción del punto 36 de las Directrices de 2004.

Sobre la segunda alegación fundada en la vulneración del punto 31 de las Directrices de 2004 toda vez que la Comisión no tuvo en cuenta que la entidad nacida de la concentración será la única compañía en red capaz de ofrecer a sus clientes una red completa de rutas en todo el mundo y en especial en Europa del Este

- 233 La demandante afirma que la Comisión infringió el punto 31 de las Directrices de 2004 al autorizar la concentración siendo así que como resultado de ésta Lufthansa será la única compañía en red capaz de ofrecer a sus clientes una red completa de rutas en todo el mundo y en especial en Europa del Este. La clientela de negocios que necesite disponer de una red de rutas completa, y las agencias de viajes y los operadores de viajes que necesiten poder ofrecer a sus clientes rutas en todo el mundo, no tendrán otra opción que concluir convenios-marco con Lufthansa.
- 234 En ese sentido es oportuno recordar que, en el punto 31 de las Directrices de 2004, la Comisión describe un efecto potencial de las concentraciones horizontales contrario a la competencia, que es el hecho de que los clientes tengan dificultades para cambiar de proveedor. La Comisión precisa que puede ser difícil para los clientes de las partes en la concentración recurrir a otros proveedores alternativos debido a la escasez de éstos o porque el cambio implique unos costes considerables. Estos clientes son particularmente vulnerables a los aumentos de precios. La concentración puede afectar a la capacidad de estos clientes de protegerse contra los incrementos de precios. Éste puede ser el caso, en particular, de aquellos clientes que hayan recurrido, para sus suministros, a las dos empresas que se van a fusionar a fin de obtener unos precios competitivos. Los posibles cambios de proveedores en el pasado por los clientes y su reacción ante las modificaciones de precios pueden proporcionar información valiosa a este respecto (punto 31 de las Directrices de 2004).
- 235 Sin embargo, es preciso señalar que la demandante no demuestra que el hecho de disponer de una red de rutas tan completa como la de Lufthansa constituya una condición *sine qua non* para la conclusión de convenios-marco con las agencias de viaje y los operadores de viajes.
- 236 Además, del anexo B2 del escrito de contestación resulta que una gran mayoría de sociedades clientes que respondieron a las preguntas n^{os} 2 y 3 del cuestionario que les envió la Comisión en la fase I de la investigación de mercado manifestaron haber concluido convenios-marco con compañías aéreas distintas de Lufthansa y Austrian y miembros de una alianza distinta de Star Alliance, como Air Berlin-Fly Niki, British Airways, Air France-KLM, CSA, Malev, Alitalia, Emirates, Finnair o Iberia. Pues bien, la demandante no expone ningún argumento apto para desvirtuar esa constatación.
- 237 En consecuencia, debe considerarse que la Comisión podía concluir razonablemente sin infringir el punto 31 de las Directrices de 2004 que la concentración en cuestión no tenía como efecto privar a la clientela de negocios, a los operadores de viajes y a las agencias de viajes de operadores alternativos, y por ello esta alegación debe ser desestimada.

Sobre la tercera parte fundada en la vulneración de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004 ya que la Comisión no tuvo en cuenta que la oferta propuesta por la entidad nacida de la concentración cubrirá la totalidad de la demanda disponible en las rutas que las partes notificantes dominan

- 238 La demandante afirma en sustancia que la entrada en el mercado está sujeta a la condición de que exista una demanda para vuelos adicionales que pudiera operar un nuevo competidor. Ahora bien, la oferta de Lufthansa y de Austrian en términos de número de vuelos, de franjas horarias y de número de plazas ofertadas es tal que cubre la totalidad de la demanda en las rutas que dominan en conjunto y por separado y sería imposible por tanto para un nuevo competidor entrar en alguna de esas rutas.

- 239 Es preciso observar en ese sentido que la demandante no mantiene que exista un exceso de capacidad en las rutas dominadas por Lufthansa y Austrian, sino únicamente que la oferta de estas últimas cubre toda la demanda en esas rutas. Ahora bien, la existencia de una oferta de vuelos de Lufthansa o de Austrian en una ruta concreta, por muy importante que sea, no es por sí misma apta para excluir la posibilidad de que un nuevo competidor entre en esa ruta con éxito ofreciendo servicios específicos o tarifas más ventajosas de forma que capte para sí mismo una parte de la demanda o bien desarrolle un potencial de nueva clientela.
- 240 Por tanto, la tesis de la demandante de que la oferta de Lufthansa o de Austrian en las rutas que dominan constituye una barrera a la entrada debe ser desestimada.
- 241 En cambio, el hecho de disponer de un número importante de franjas horarias en momentos cruciales del día, por ejemplo la mañana y la tarde, puede tener una gran importancia para una parte de la clientela, en particular la de negocios, y constituye por tanto una condición decisiva para asegurar la rentabilidad de la explotación de una ruta aérea.
- 242 El ejemplo de la ruta Viena-Bruselas escogida por la demandante es pertinente en este aspecto, dado que de la Decisión impugnada se deduce que la Comisión reconoció la existencia de problemas de competencia en esa ruta en la perspectiva de la concentración porque no existía presión competitiva suficiente y porque la falta de disponibilidad de franjas horarias en las horas de punta en los aeropuertos de Viena y de Bruselas hacía difícil la entrada en el mercado (considerandos 257 y 261 de la Decisión impugnada).
- 243 Sin embargo, hay que señalar que, según resulta del considerando 330 de la Decisión impugnada, las partes en la concentración se comprometieron a poner a disposición de un nuevo prestador de servicios aéreos franjas horarias que permitieran hasta cuatro frecuencias diarias, pero no más de 24 frecuencias por semana, en la ruta Viena-Bruselas. También se ha de observar que la Comisión indicó, en el considerando 356 de la Decisión impugnada, que, en lo que se refería a todos los pares de ciudades identificadas, la investigación de mercado había confirmado en amplia medida que el número de franjas horarias propuesto en los compromisos era suficiente para que uno o varios otros operadores deseosos de ofrecer nuevas frecuencias o frecuencias adicionales pudieran entablar competencia efectiva con las partes. Pues bien, se tiene que constatar que la demandante no discute los resultados de la investigación de mercado en ese aspecto.
- 244 Por consiguiente, la demandante no ha demostrado que la concentración tendría como consecuencia la creación de una barrera a la entrada en la ruta Viena-Bruselas.
- 245 Por tanto, se debe desestimar la presente alegación por infundada.

Sobre la cuarta alegación fundada en la vulneración de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004 puesto que la Comisión no tuvo en cuenta la barrera a la entrada en el mercado creada por la política de exclusión mediante los precios practicada por Lufthansa y Austrian

- 246 La demandante afirma en sustancia que Lufthansa y Austrian practican una política de precios desleal que impide a los competidores entrar o mantenerse en el mercado. Según la demandante, las partes en la concentración siempre han diferenciado los precios de sus vuelos en función de la situación competitiva en las rutas en las que operan. Practican así precios bajos o incluso muy bajos en las rutas en las que hacen frente a la competencia y precios más altos en aquellas en las que tienen un monopolio o cuasimonopolio. Esto les permite excluir a sus competidores gracias a precios predatorios. Esa política se demuestra por las tarifas muy bajas aplicadas por Lufthansa y Austrian en las rutas Viena-Berlín, Viena-Innsbruck, Viena-Zúrich, Viena-Múnich, Viena-Hamburgo, Viena-Fráncfort del Meno o también Viena-Düsseldorf, en las que hacen o hacían frente a la competencia de transportistas aéreos que finalmente quedaban excluidos, como Sky Europe en la ruta

Viena-Innsbruck, o cuya entrada en el mercado se hacía difícil, como Air Alps en esa misma ruta. Según la demandante, esa política se ha acentuado incluso recientemente gracias a la ayuda de Estado de 500 000 000 de euros que permite a Austrian ofrecer tarifas particularmente interesantes en numerosas rutas y en especial en las rutas en las que la demandante ha comenzado a operar hace sólo poco tiempo.

- 247 Se ha de señalar ante todo en ese sentido que la política de precios practicada recientemente por la entidad nacida de la concentración a la que la demandante hace referencia en el punto 132 de la demanda y en el anexo A26 de ésta guarda relación con aspectos de hecho posteriores a la adopción de la Decisión impugnada que carecen de consecuencias en la legalidad de ésta conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal.
- 248 En segundo término hay que señalar que la política de precios desleal presuntamente aplicada por Lufthansa y Austrian antes de la adopción de la Decisión impugnada sólo fue posible, según la demandante, a causa de la situación de monopolio que ocupaban las partes en algunas rutas. Ahora bien, en el examen de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común la Comisión está obligada a apreciar los efectos de la operación de concentración en la competencia en los mercados en los que existe un solapamiento entre las actividades de las partes en una concentración. De ello se sigue que si una de las partes ya se hallaba en una situación de monopolio en una ruta aérea, es decir, en un mercado de referencia, antes de la concentración, esa situación es ajena por definición al análisis de los efectos de la concentración en la competencia.
- 249 En cambio, no sucede lo mismo cuando la situación de monopolio o de posición dominante en una ruta aérea nace de la concentración o se refuerza por ésta. En ese supuesto la Comisión no puede declarar la concentración compatible con el mercado común en defecto de compromisos de las partes que puedan subsanar los efectos de la posición dominante en la competencia. Ahora bien, es oportuno recordar que la Comisión sólo identificó problemas de competencia ligados a la concentración en cinco rutas aéreas, en las que las partes contrajeron compromisos en forma de medidas correctoras.
- 250 Finalmente se debe observar que, si bien el hecho de que una compañía aérea se sirva de su posición dominante en algunas rutas aéreas para practicar una política de exclusión de la competencia a través de los precios en otra ruta puede constituir un supuesto de abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, corresponde a los competidores de esa compañía denunciar esa práctica a las autoridades nacionales de la competencia o a la Comisión, sin perjuicio de la posibilidad de que éstas actúen de oficio conforme al artículo 5 y al artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO L 1, p. 1). Únicamente en el marco de ese procedimiento las autoridades que conozcan del asunto pueden apreciar la realidad de la conducta denunciada.
- 251 Por consiguiente, se ha de desestimar la presente alegación por infundada.

Sobre la quinta alegación basada en la infracción de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004, porque la Comisión no tuvo en cuenta que la entidad nacida de la concentración dispondrá de un monopolio sobre los derechos de tráfico aéreo desde Europa central hacia Europa del Este y hacia Oriente Medio

- 252 La demandante mantiene en sustancia que la entidad nacida de la concentración tendrá un monopolio sobre los derechos de tráfico aéreo desde Europa central a los destinos de Europa del Este y de Oriente Medio. Esa situación, que deriva en el caso de Austria de las disposiciones de la Bundesgesetz über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 2008 (Ley federal de 2008 sobre el tráfico aéreo internacional) de 2 de julio de 2008 (BGBl. I Nr 96/2008, modificada por última vez por la BGBl. I Nr 89/2009), crea una barrera a la entrada en las rutas desde Europa central hacia Europa del Este y Oriente Medio.

- 253 En apoyo de esa alegación, la demandante solicitó en sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención, para probar lo que arguye en los puntos 45 y 46 de esas observaciones acerca de la conducta de la República de Austria en la renegociación del acuerdo de servicios aéreos con la Federación de Rusia, la comparecencia personal de su gerente, el Sr. Otmar Lenz. La demandante solicitó además que se oyera como testigos a varios funcionarios del Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (Ministerio federal de asuntos europeos e internacionales) y a un funcionario del Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (Ministerio federal de transporte, innovación y tecnología), puesto que participaron en la renegociación del acuerdo de servicios aéreos con la Federación de Rusia.
- 254 Es preciso apreciar previamente esas solicitudes.
- 255 En apoyo de sus solicitudes de citación de testigos y de comparecencia personal de su gerente, la demandante alega que conforme al artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento son admisibles incluso después de la réplica y la dúplica motivos nuevos y por tanto los medios de prueba correspondientes si se fundan en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. Los argumentos aducidos en las observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención y las proposiciones de prueba correspondientes pretenden desvirtuar las alegaciones de la República de Austria en su escrito de formalización de la intervención y son por tanto admisibles.
- 256 La Comisión y las coadyuvantes estiman que las solicitudes de la demandante son proposiciones de prueba inadmisibles por tardías. Alegan además que la solicitud de declaración de testigos es inadmisibles por la falta de precisión en la solicitud sobre los hechos que deben ser probados. La solicitud de comparecencia personal del gerente de la demandante también es inadmisibles porque no es apta para probar los argumentos expuestos por esa parte en sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención.
- 257 Debe observarse en ese sentido que, según resulta del artículo 44, apartado 1, letra e), del Reglamento de Procedimiento puesto en relación con el artículo 48, apartado 1, del mismo Reglamento, el demandante está obligado a presentar sus proposiciones de prueba en la demanda y puede hacerlo además en la réplica siempre que motive ese retraso.
- 258 Pues bien, del punto 60 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención de la República de Austria y de Lufthansa resulta que las solicitudes de la demandante pretenden expresamente aportar la prueba de sus argumentos. De ello se sigue que esas solicitudes constituyen ciertamente proposiciones de prueba en el sentido de las disposiciones antes citadas.
- 259 En lo que atañe al carácter supuestamente tardío de esas solicitudes es preciso constatar que éstas no se formularon en la demanda ni en la réplica sino en las observaciones de la demandante sobre los escritos de formalización de la intervención de la República de Austria y de Lufthansa. Sin embargo, de ello no resulta que esas solicitudes deban ser consideradas tardías necesariamente. En efecto, siempre que los argumentos en cuyo apoyo se formulan éstas no constituyan motivos o alegaciones nuevos contra la Decisión de la Comisión, sino que traten de responder a los argumentos de las coadyuvantes, las proposiciones de prueba presentadas en las observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención no se pueden considerar tardías. Pues bien, en este caso la demandante afirma que sus solicitudes pretenden precisamente aportar la prueba de las afirmaciones contenidas en sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención, en respuesta a la argumentación de las coadyuvantes.
- 260 En lo que concierne en primer lugar a la solicitud de comparecencia personal del gerente de la demandante, es preciso señalar que pretende según esa parte aportar la prueba de los argumentos expuestos en los puntos 45 a 56 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención. Pues bien, se debe apreciar que la argumentación contenida en esos puntos se propone efectivamente responder a los argumentos de la República de Austria acerca de la renegociación de

los acuerdos bilaterales de servicios aéreos, en particular con la Federación de Rusia. De ello se deduce que la proposición de prueba consistente en la comparecencia personal del gerente de la demandante no se puede considerar tardía ya que trata de aportar la prueba de esa argumentación.

- 261 En lo referido a la solicitud de citación de testigos hay que señalar que también se propone aportar la prueba de los argumentos expuestos por la demandante en los puntos 45 y 46 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención. No cabe considerarla tardía por tanto dado que, según se ha apreciado antes, esos argumentos fueron aducidos por la demandante en respuesta a los argumentos específicos de la República de Austria acerca de la renegociación del acuerdo bilateral de servicios aéreos con la Federación de Rusia.
- 262 No obstante, también se ha de recordar que según el artículo 68, apartado 1, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento, «la parte que solicite el examen de un testigo indicará con precisión los hechos en relación con los cuales procede oírle y las razones que lo justifican.»
- 263 En este asunto el Tribunal estima que los hechos que deben ser probados se describen con suficiente precisión en los puntos 45 y 46 de las observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención a los que remite la demandante. Así, en el punto 46 se manifiesta que «durante las negociaciones con la Federación de Rusia en curso, después de la adopción de la Decisión impugnada, sobre el acuerdo existente de servicios aéreos [...], la República de Austria no ha hecho el menor intento por obtener la modificación de la cláusula de nacionalidad incluida en ese acuerdo» y que «en esas negociaciones la delegación de la República de Austria ha procurado exclusivamente demostrar que Austrian —incluso tras su adquisición por Lufthansa— es una compañía aérea austriaca (cuya propiedad en lo sustancial o su control efectivo pertenecen a nacionales austriacos) para garantizar de esa forma el mantenimiento de los derechos de tráfico atribuidos a Austrian». Se indica por otro lado que «la República de Austria llegó incluso a encargar a la oficina de Derecho internacional del Ministerio federal de asuntos europeos e internacionales la elaboración de un dictamen según el que Austrian es una compañía aérea austriaca (cuya propiedad en lo sustancial o el control efectivo pertenecen a nacionales austriacos) y cumple por tanto las exigencias de la cláusula de nacionalidad del acuerdo bilateral de servicios aéreos con la Federación de Rusia».
- 264 Sin embargo, la demandante no expone en modo alguno las razones por las que desea que el Tribunal oiga a las personas que identifica nominativamente en su solicitud. La demandante se limita en efecto a indicar el nombre de esas personas y el Ministerio para el que trabajan y la dirección de éste. No explica en absoluto por qué esas personas singulares están en condiciones de probar los hechos que menciona en el punto 46 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención.
- 265 De ello se sigue que la solicitud por la demandante de la declaración de testigos para aportar la prueba de las alegaciones expuestas en los puntos 45 y 46 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención no cumple las condiciones establecidas en el artículo 68, apartado 1, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento y por tanto debe ser declarada inadmisibles.
- 266 Por otro lado, es preciso observar que la demandante manifestó en el punto 46 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención que su gerente había participado en las negociaciones en curso después de la adopción de la Decisión impugnada entre la República de Austria y la Federación de Rusia sobre el acuerdo bilateral de servicios aéreos existente entre ambos Estados.
- 267 Sin embargo, en virtud de los artículos 65, letra a), y 66, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, el gerente de la demandante sólo podría comparecer ante el Tribunal en calidad de parte litigante y no como testigo. De ello resulta que sus declaraciones no tendrían ningún valor probatorio adicional en relación con las alegaciones de la demandante.

- 268 Además, es preciso constatar que los hechos alegados por la demandante en el punto 46 de sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención son posteriores a la adopción de la Decisión impugnada y por tanto no son aptos para desvirtuar la licitud de ésta.
- 269 En esas condiciones el Tribunal no ha juzgado oportuno instar al gerente de la demandante a comparecer personalmente en la vista.
- 270 Para responder a la alegación de la demandante es necesario recordar brevemente en qué consisten los derechos de tráfico aéreo. Para volar en una ruta entre dos aeropuertos situados en el territorio de dos Estados diferentes una compañía aérea debe disponer de un derecho de tráfico aéreo internacional, es decir, la autorización para volar en esa ruta. Cada Estado designa a las compañías aéreas establecidas en su territorio a las que autoriza para volar en una ruta entre ese territorio y el de otro Estado. El número de autorizaciones que puede conceder cada Estado para volar en una ruta aérea internacional se determina tradicionalmente por un convenio internacional bilateral concluido entre los dos Estados interesados. Esos derechos de tráfico constituyen pues *a priori* una barrera jurídica a la entrada en una ruta aérea internacional.
- 271 Esas barreras fueron levantadas dentro de la Unión por el Reglamento (CEE) n° 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DO L 240, p. 8) que fue derogado por el Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida) (DO L 293, p. 3).
- 272 Conforme al artículo 15 del Reglamento n° 1008/2008, las compañías aéreas titulares de una licencia de explotación válida expedida por la autoridad competente del Estado miembro en el que tengan su centro de actividad principal están autorizadas para explotar servicios aéreos intracomunitarios y los Estados miembros no pueden condicionar la prestación de esos servicios por esas compañías a la posesión de ningún permiso o autorización.
- 273 En cambio, los derechos de tráfico siguen siendo necesarios para volar en una ruta aérea entre el territorio de un Estado miembro de la Unión y el de un tercer Estado. Dada la incertidumbre creada por el artículo 84 CEE, apartado 2, que pasó a ser el artículo 80 CE, apartado 2, y actualmente artículo 100 TFUE, apartado 2, sobre la existencia de una competencia externa de la Comunidad, y posteriormente de la Unión, en el ámbito del transporte aéreo, los Estados miembros continuaron regulando la atribución de los derechos de tráfico aéreo en las rutas entre sus territorios respectivos y el territorio de terceros Estados mediante convenios internacionales bilaterales.
- 274 En las sentencias de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Reino Unido (C-466/98, Rec, EU:C:2002:624), Comisión/Dinamarca (C-467/98, Rec, EU:C:2002:625), Comisión/Suecia (C-468/98, Rec, EU:C:2002:626), Comisión/Finlandia (C-469/98, Rec, EU:C:2002:627), Comisión/Bélgica (C-471/98, Rec, EU:C:2002:628), Comisión/Luxemburgo (C-472/98, Rec, EU:C:2002:629), Comisión/Austria (C-475/98, Rec, EU:C:2002:630) y Comisión/Alemania (C-476/98, Rec, EU:C:2002:631) (en lo sucesivo, «sentencias cielo abierto»), el Tribunal de Justicia juzgó que la Unión había adquirido una competencia externa exclusiva en virtud del ejercicio de sus competencias internas en ciertos ámbitos del transporte aéreo, a saber, la atribución de franjas horarias en los aeropuertos, los sistemas informatizados de reserva y las tarifas intracomunitarias. Censuró, en consecuencia, a los Estados miembros que habían concluido con los Estados Unidos acuerdos bilaterales con objeto de regular esas materias.
- 275 En la serie de sentencias cielo abierto el Tribunal de Justicia también censuró a algunos Estados miembros por haber concluido con los Estados Unidos acuerdos bilaterales que contenían cláusulas que reconocían a estos últimos el derecho a revocar, suspender o limitar los derechos de tráfico en el caso de que las compañías aéreas designadas por el Estado miembro interesado no pertenecieran a éste o a nacionales de ese Estado miembro, en virtud de cláusulas llamadas de «national ownership and control» (propiedad y control nacionales), a causa de la discriminación creada por esas cláusulas en

perjuicio de las compañías aéreas comunitarias no pertenecientes o controladas por el Estado miembro, o los nacionales de éste, en cuyo territorio deseaban establecerse, lo que constituye una infracción del artículo 52 CE.

- 276 Los Estados miembros están obligados, por tanto, a renegociar todos los acuerdos bilaterales sobre transporte aéreo que contengan una cláusula de «national ownership and control» que hayan concluido con terceros Estados para poner fin a los incumplimientos constatados por el Tribunal de Justicia en las sentencias cielo abierto, en el caso de los Estados miembros que fueron demandados en esa ocasión, entre ellos la República de Austria, y para evitar posibles acciones por incumplimiento en el caso de los demás.
- 277 En ese contexto, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento n° 847/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y países terceros (DO L 157, p. 7). Del considerando 6 de ese Reglamento resulta que todos los acuerdos bilaterales existentes entre Estados miembros y países terceros que contengan disposiciones contrarias al Derecho de la Unión deben modificarse o sustituirse por nuevos acuerdos que sean plenamente compatibles con el Derecho de la Unión.
- 278 El artículo 5 del Reglamento n° 847/2004, referido al reparto de los derechos de tráfico aéreo, dispone que «cuando un Estado miembro celebre un acuerdo, o introduzca modificaciones en un acuerdo o en sus anexos, que establezca limitaciones sobre el uso de derechos de tráfico o sobre el número de compañías aéreas comunitarias que puedan optar a ser designadas para beneficiarse de los derechos de tráfico, ese Estado miembro garantizará el reparto de los derechos de tráfico entre las compañías aéreas comunitarias que puedan optar a ellos mediante un procedimiento no discriminatorio y transparente».
- 279 A partir de las sentencias cielo abierto y de la adopción del Reglamento n° 847/2004 las compañías aéreas de la Unión pueden en principio competir con las compañías aéreas de un Estado miembro para la obtención de derechos de tráfico internacional en un procedimiento no discriminatorio y transparente.
- 280 No obstante, ello requiere que el acuerdo bilateral que establece las condiciones de atribución de los derechos de tráfico contenga una cláusula denominada de «community ownership and control» (propiedad y control comunitarios), lo que manifiestamente aún no hace el acuerdo entre la República de Austria y la Federación de Rusia.
- 281 Por consiguiente, sólo los transportistas aéreos pertenecientes o controlados por el Estado austriaco o nacionales austriacos están en condiciones de obtener derechos de tráfico para volar directamente desde el territorio austriaco al territorio ruso. Hay que señalar además que, según resulta del escrito de formalización de la intervención de la República de Austria, ésta sólo ha atribuido derechos de tráfico entre Austria y Rusia a Austrian y a la demandante, que son ambas compañías aéreas austriacas.
- 282 Así pues, los transportistas comunitarios no austriacos no pueden entrar en las rutas entre Austria y Rusia para competir con la oferta de Austrian. En efecto, a causa del mantenimiento de la cláusula de «national ownership and control» en el acuerdo entre la República de Austria y la Federación de Rusia, no pueden obtener derechos de tráfico para ofrecer vuelos directos en esas rutas. Además, como se ha constatado antes, los vuelos indirectos que podrían ofrecer en esas rutas utilizando su plataforma situada en un Estado miembro que les hubiera atribuido derechos de tráfico hacia Rusia, no ejercerían una presión competitiva suficiente en las rutas de corta distancia, como Viena-Moscú.
- 283 No obstante, es preciso observar que se han atribuido a la propia demandante derechos de tráfico aéreo en la ruta Viena-Moscú, lo que le permite competir con Austrian. Además, es importante señalar que las compañías aéreas rusas también pueden obtener de las autoridades competentes de la Federación de Rusia derechos de tráfico que les permitan penetrar en el mercado y competir con

Austrian ofreciendo vuelos directos en las rutas entre Austria y Rusia. Pero, sobre todo, la operación de concentración misma carece de efectos en la distribución de los derechos de tráfico existentes. Así pues, incluso si a raíz de la concentración Lufthansa llegara a disponer de los derechos de tráfico que le permitieran ofrecer vuelos directos desde Alemania, Austria o Suiza hacia los países de Europa del Este, lo que queda por demostrar ya que la demandante sólo ha mencionado de forma precisa los derechos de tráfico concedidos por la República de Austria, ello por sí solo no tendría como efecto impedir que otros competidores entraran en esas rutas. En efecto, la razón por la que esos competidores no podrían entrar en esas rutas es la falta de disponibilidad de derechos de tráfico, que es un hecho independiente de que se realice o no la concentración.

284 Por tanto, la alegación basada en que la entidad nacida de la concentración dispondría de un monopolio de los derechos de tráfico aéreo, creando una barrera a la entrada en las rutas entre Europa central y Europa del Este, debe desestimarse por infundada.

285 Por tanto, se ha de desestimar por infundada la cuarta parte del primer motivo.

Sobre la quinta parte del primer motivo basada en un error manifiesto de apreciación sobre la aptitud de los compromisos para subsanar los problemas de competencia creados por la concentración

286 En la quinta parte del primer motivo la demandante afirma en sustancia que los compromisos propuestos por las partes en la concentración no permiten subsanar los problemas de competencia creados por ésta.

287 Previamente se debe declarar inadmisibles por tardía la proposición de prueba en forma de solicitud de comparecencia personal de su gerente presentada por vez primera por la demandante en sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención para apoyar los argumentos aducidos en los puntos 47 a 56 de esas observaciones. Es preciso constatar que esos argumentos constituyen en parte un recordatorio y en parte una ampliación de los argumentos ya expuestos en la demanda y en la réplica acerca de la supuesta insuficiencia de los compromisos contraídos por las partes en la concentración.

288 A continuación hay que recordar el marco del análisis aplicable por la Comisión a los compromisos así como la amplitud del control de ese análisis ejercido por el juez de la Unión.

289 El control de las concentraciones tiene por objeto conceder a las empresas interesadas la autorización necesaria y previa a la realización de toda operación de concentración de dimensión comunitaria. En el marco de dicho control estas empresas pueden proponer compromisos a la Comisión con el fin de obtener una decisión por la que se declare la compatibilidad de su operación con el mercado común (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 448).

290 En función del grado de desarrollo del procedimiento administrativo, los compromisos propuestos deben permitir a la Comisión o bien considerar que la operación notificada ya no suscita serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común en la fase de investigación preliminar (artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones) o bien responder a las objeciones formuladas en el marco de la investigación en profundidad (artículo 18, apartado 3, puesto en relación con el artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones). Estos compromisos permiten por tanto, ante todo, evitar que se inicie la fase de investigación en profundidad o, posteriormente, que se adopte una decisión por la que se declare la incompatibilidad de la operación con el mercado común (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 449).

291 El artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones permite, en efecto, a la Comisión incorporar a una decisión por la que se declare que una concentración es compatible con el mercado común, con arreglo a los criterios definidos en el artículo 2, apartado 2, de dicho Reglamento,

condiciones y cargas destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con esta institución para hacer que la concentración sea compatible con el mercado común (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 450).

- 292 Teniendo en cuenta tanto la importancia de los intereses económicos y de las consecuencias industriales o comerciales inherentes a este tipo de operaciones como las facultades de las que dispone la Comisión en la materia, a las empresas interesadas les interesa facilitar el trabajo de la administración. Estas mismas razones obligan igualmente a la Comisión a dar muestras de la mayor diligencia posible en el ejercicio de su misión de control de las concentraciones (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 451).
- 293 También se debe señalar que, en el marco del control de las concentraciones, la Comisión únicamente está facultada para aceptar compromisos que hagan posible declarar la operación notificada compatible con el mercado común (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 452).
- 294 A este respecto, se debe considerar que los compromisos propuestos por una de las partes en la concentración sólo se ajustan a este criterio cuando la Comisión pueda concluir con certeza que será posible ejecutarlos y que las soluciones que se derivan de ellos serán lo suficientemente viables y duraderas para que la creación o el reforzamiento de una posición dominante o los obstáculos a una competencia efectiva, que los compromisos tienen como finalidad impedir, no puedan producirse en un futuro relativamente próximo (sentencia Ryanair/Comisión, citada en el apartado 85 *supra*, EU:T:2010:280, apartado 453).
- 295 En que se refiere al control ejercido por el juez de la Unión sobre los compromisos aceptados por la Comisión en el contexto del control de las concentraciones, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia, la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para evaluar la necesidad de obtener compromisos con el fin de disipar las serias dudas que plantee una concentración. De ello se desprende que no corresponde al Tribunal sustituir con su propia apreciación la de la Comisión, dado que su control debe limitarse a comprobar que la Comisión no ha cometido un error manifiesto de apreciación. En particular, la supuesta falta de consideración de los compromisos sugeridos por el demandante no demuestra por sí misma que la decisión impugnada incurra en un error manifiesto de apreciación, y tampoco la circunstancia de que también habrían podido aceptarse otros compromisos o de que éstos habrían sido más favorables para la competencia puede dar lugar a la anulación de la decisión, si la Comisión podía concluir razonablemente que los compromisos recogidos en la decisión permitían despejar las serias dudas existentes (sentencia easyJet/Comisión, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 128).
- 296 En el ejercicio de su control jurisdiccional el Tribunal debe tener en cuenta la finalidad específica de los compromisos según se hayan contraído en la fase I o en la fase II del procedimiento de examen de la concentración.
- 297 Así pues, los compromisos contraídos durante la fase I tienen por objeto disipar todas las serias dudas acerca de si la concentración obstaculizaría de manera significativa una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste, en particular a causa de la creación o el reforzamiento de una posición dominante. En consecuencia, cuando el Tribunal tenga que examinar si los compromisos contraídos durante la fase I era aptos para permitir que la Comisión, habida cuenta de su alcance y de su contenido, adoptara una decisión de aprobación sin iniciar la fase II, ha de comprobar si la Comisión pudo considerar, sin incurrir en un error manifiesto de apreciación, que dichos compromisos constituían una respuesta directa y suficiente apta para disipar de manera inequívoca todas las serias dudas [véase, en este sentido,, acerca del antiguo Reglamento sobre

concentraciones, esto es, el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1), la sentencia easyJet/Comisión, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 129].

- 298 En cambio, los compromisos contraídos durante la fase II tienen por objeto en especial subsanar los problemas de competencia constatados por la Comisión en la fase I que le llevaron a iniciar la fase II. En consecuencia, cuando el Tribunal ha de apreciar si los compromisos contraídos en la fase II son aptos por su alcance y su contenido para permitir que la Comisión adopte una decisión aprobatoria de la concentración le incumbe verificar si Comisión podía considerar sin cometer un error manifiesto de apreciación que esos compromisos eran una respuesta directa y suficiente a los problemas de competencia apreciados en la fase I.
- 299 A la luz de estos principios se han de apreciar los argumentos expuestos por la demandante.
- 300 La demandante niega que los compromisos referidos sean apropiados para subsanar los problemas de competencia en algunas rutas que la Comisión constató en la Decisión impugnada.
- 301 Sin embargo, hay que observar que la demandante también censura a la Comisión por haber aprobado la concentración sin exigir medidas compensatorias que pudieran contrarrestar los problemas de competencia en la totalidad de los destinos de corta y media distancia a los que vuela Austrian en las rutas entre Europa central y Europa del Este, y en las rutas entre Austria y Alemania. La demandante también lamenta la falta de compromisos aptos para subsanar los problemas de competencia creados por la concentración a la vista de la capacidad de la entidad nacida de la concentración y de la política de precios de Lufthansa y de Austrian.
- 302 Debe observarse en ese sentido que, como ya se ha apreciado al examinar las cuatro primeras partes del presente motivo, la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al no advertir la existencia de problemas de competencia distintos de los constatados en la Decisión impugnada. No cabe por tanto reprochar a la Comisión un error manifiesto de apreciación, consistente en aceptar compromisos que no fueran aptos para subsanar los problemas de competencia alegados por la demandante, pero que no fueron constatados en la Decisión impugnada.
- 303 Por lo demás, en lo que concierne al argumento de la demandante de que, dado el monopolio de los derechos de tráfico de los que dispondrá la entidad nacida de la concentración en las rutas entre Austria, por un lado, y los países de Europa del Este y de Oriente Medio, por otro, la Comisión habría debido exigir a las autoridades austriacas que se comprometieran a atribuir derechos de tráfico aéreo a los competidores de Lufthansa deseosos de comenzar a operar en esas rutas, se debe recordar que conforme al artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento sobre concentraciones, la Comisión puede acompañar sus decisiones declarativas de la compatibilidad de una concentración con el mercado común de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común. De ello se sigue que en ese supuesto la decisión declarativa de la compatibilidad de una concentración con el mercado común está condicionada al cumplimiento por las partes de las cargas inherentes a los compromisos que han contraído frente a la Comisión. Por tanto, la Comisión no puede condicionar la adopción de una decisión declarativa de la compatibilidad con el mercado común de una concentración entre dos compañías aéreas al compromiso de un Estado miembro de conceder derechos de tráfico aéreo a los competidores de esas compañías aéreas, en virtud del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento sobre concentraciones.
- 304 Siendo así, el Tribunal se limitará apreciar la alegación de la demandante fundada en el carácter supuestamente inadecuado de los compromisos de las partes notificantes para subsanar los problemas de competencia especificados por la Comisión en la Decisión impugnada.

Sobre el carácter apropiado de los compromisos en materia de franjas horarias en la rutas identificadas entre Austria y Alemania

– Sobre las franjas horarias que se deben poner a disposición en la ruta Viena-Fráncfort del Meno

- 305 La demandante afirma en sustancia que la deducción de las franjas que le había transferido previamente Lufthansa del número de franjas que se deben poner a disposición en esa ruta por esa misma compañía tendrá como consecuencia que el compromiso de Lufthansa se limitará a poner a disposición dos franjas adicionales, lo que no es apto para permitir que un nuevo entrante ejerza una presión competitiva suficiente.
- 306 En primer término, en lo que se refiere al argumento de la demandante de que la deducción de las franjas horarias que le había transferido previamente Lufthansa del número de franjas que debe poner a disposición en esa ruta no está justificada, se debe observar que al tiempo de la adopción de la Decisión impugnada Lufthansa y Austrian explotaban en la ruta Viena-Fráncfort del Meno cinco vuelos diarios cada una de ellas, mientras que Adria Airways, miembro de Star Alliance, explotaba tres, y la demandante dos, y además había recibido un tercero a partir de la temporada de invierno IATA 2009/2010 (considerandos 154 y 162 de la Decisión impugnada).
- 307 Pues bien, como manifiesta la Comisión en los considerandos 159 a 162 de la Decisión impugnada, el reparto de las franjas horarias en la ruta referida está ligado a la existencia del acuerdo de empresa común entre Lufthansa y Austrian en virtud del que se han comprometido a compartir todos los ingresos y todos los costes de explotación en esa ruta. Ese acuerdo de empresa común fue objeto de una exención temporal por la Comisión, en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, como contrapartida de ciertos compromisos. Cuando expiró la decisión de exención de la Comisión en 2005 las partes continuaron su cooperación a través de la empresa común basándose en una autoevaluación de la conformidad de esa cooperación con el artículo 81 CE. La Comisión precisó que esa autoevaluación había llevado a las partes a constatar la existencia de «serias preocupaciones» sobre la compatibilidad del acuerdo de empresa común con el artículo 81 CE y a concluir que era muy probable que se tuvieran que transferir franjas horarias a sus competidores. Del considerando 162 de la Decisión impugnada resulta que, basándose en esa autoevaluación, Lufthansa transfirió dos franjas horarias a la demandante en el aeropuerto de Fráncfort del Meno en 2006, de modo que le permitía entrar en esa ruta con dos vuelos diarios. En ese contexto, en julio de 2009, Lufthansa transfirió otra franja horaria a la demandante, de manera que le permitía explotar un tercer vuelo diario en esa ruta a partir de la temporada de invierno IATA 2009/2010.
- 308 La Comisión señaló en la Decisión impugnada que esa situación debía ser comparada, en concepto de supuesto contrafáctico, con la hipótesis de la concentración, en la que la empresa común se habría extinguido a causa de la creación de un vínculo estructural entre Lufthansa y Austrian, lo que conforme a las estipulaciones del acuerdo de empresa común habría conducido a que la demandante restituyera dos franjas horarias a Lufthansa. Ahora bien, según la Comisión, dada la saturación del aeropuerto de Fráncfort del Meno, habría sido imposible que la demandante obtuviera sus propias franjas horarias y en consecuencia habría tenido que dejar de explotar la ruta Viena-Fráncfort del Meno. Adria Airways habría quedado como la única competidora de la entidad nacida de la concentración en esa ruta, y según la Comisión no habría estado en condiciones de ejercer una presión competitiva suficiente (considerandos 162 a 168 de la Decisión impugnada).
- 309 Para subsanar ese problema de competencia las partes se comprometieron a poner a disposición franjas horarias que permitieran a un nuevo prestador de servicios aéreos explotar hasta cinco vuelos diarios en esa ruta (considerando 330 de la Decisión impugnada).

- 310 En ese sentido, en el considerando 331 de la Decisión impugnada se precisa que del número de franjas horarias que se deben poner a disposición se deducirá el número de franjas horarias ya transferidas a un nuevo entrante en virtud de los compromisos, a menos que esas franjas horarias dejen de ser utilizadas por el nuevo entrante y sean recuperadas por tanto por las partes.
- 311 En el caso específico de la ruta Viena-Fráncfort del Meno se prevé que las tres frecuencias explotadas por la demandante en esa ruta se deducirán del número de franjas horarias que se deben poner a disposición en virtud de los compromisos (considerando 333 de la Decisión impugnada). De ello resulta que la demandante conservará las franjas horarias previamente transferidas por Lufthansa y que ésta deberá poner a disposición dos franjas horarias adicionales.
- 312 Pues bien, el mantenimiento de las tres franjas horarias previamente transferidas a la demandante por Lufthansa y su deducción de las cinco franjas horarias que se deben poner a disposición en esa ruta se justifican en la Decisión impugnada por el hecho de que la transferencia de esas franjas horarias a la demandante corresponde a un supuesto contrafáctico descrito por la Comisión en la Decisión impugnada, en el que esa transferencia en conjunción con la presencia de Adria Airways garantizaba una presión competitiva suficiente en la ruta Viena-Fráncfort del Meno. Hay que observar en ese sentido que la demandante no refuta el supuesto contrafáctico elaborado por la Comisión en el contexto del análisis de los efectos de la concentración en la competencia en la ruta Viena-Fráncfort del Meno.
- 313 En lo que atañe, en segundo lugar, al argumento de la demandante de que el compromiso de poner a disposición franjas horarias adicionales en la ruta Viena-Fráncfort del Meno se limita a poner a disposición sólo dos franjas horarias, debe observarse que, como ya se apreciado antes, los compromisos contraídos por las partes en la concentración tienen en realidad como efecto el de mantener a disposición de la demandante tres franjas horarias, que en su defecto habría debido devolver a Lufthansa, así como poner a disposición dos franjas horarias adicionales. Estas dos últimas pueden ser solicitadas por la demandante o por cualquier nuevo entrante.
- 314 Además, del considerando 334 de la Decisión impugnada resulta que la demandante será autorizada para intercambiar las franjas horarias que ha recibido de Lufthansa en Fráncfort del Meno, conforme al acuerdo de arrendamiento de franjas que la vincula con esta última, por las franjas horarias que Lufthansa pone a disposición en virtud de los compromisos.
- 315 También resulta del considerando 335 de la Decisión impugnada que, con independencia de que la demandante escoja o no obtener nuevas franjas horarias de las partes a cambio de sus actuales franjas horarias en el aeropuerto de Fráncfort del Meno, Lufthansa se compromete a modificar su actual acuerdo de arrendamiento de franjas horarias con la demandante para reflejar las disposiciones de los compromisos, en especial en lo referente a las posibilidades de que la demandante obtenga derechos de antigüedad para esas franjas horarias conforme a lo previsto en el considerando 342 de la Decisión impugnada.
- 316 En efecto, de ese último considerando resulta que el nuevo entrante obtendrá derechos de antigüedad en las franjas horarias obtenidas de las partes, es decir, que tendrá el derecho a utilizar las franjas horarias transferidas por las partes en los dos extremos de la ruta de cualquier par de ciudades identificadas, para un par de ciudades intraeuropeas diferente de los pares de ciudades identificadas, cuando haya operado en el par de ciudades identificadas durante dos temporadas IATA consecutivas, con la excepción del par de ciudades Viena-Fráncfort del Meno para el que la adquisición de derechos de antigüedad requerirá haber operado en esa ruta durante ocho temporadas IATA consecutivas.
- 317 Por tanto, es preciso constatar que conforme a los compromisos contraídos por las partes en la concentración la demandante no sólo podrá conservar las tres franjas que se le habían transferido previamente y obtener en su caso dos franjas adicionales, sino que también podrá obtener derechos de antigüedad en las franjas que le han sido transferidas por Lufthansa en virtud del acuerdo de

arrendamiento en el aeropuerto de Fráncfort del Meno después de ocho temporadas IATA consecutivas e intercambiar esas franjas horarias por otras puestas a disposición por Lufthansa conforme a los compromisos.

- 318 En tercer lugar, en lo que concierne al argumento de la demandante de que la puesta a disposición de franjas horarias adicionales prevista por los compromisos no puede permitir que un nuevo competidor entre en la ruta Viena-Fráncfort del Meno, es preciso apreciar que lo contradicen los resultados de la investigación de mercado que la Comisión expone en la Decisión impugnada. La Comisión manifestó así, en el considerando 362 de la Decisión impugnada, que una mayoría de los participantes en la investigación de mercado estimaba de manera general que los compromisos permitirían a la demandante o a un nuevo entrante prestar servicios aéreos competitivos y viables en la ruta Viena-Fráncfort del Meno. También se precisa que los participantes en la investigación de mercado concuerdan en amplio grado en reconocer que los compromisos son globalmente suficientes para facilitar y elevar la probabilidad de una entrada en la ruta o de una expansión de un competidor y, por tanto, para resolver los problemas de competencia en esa ruta.
- 319 En cuarto término, se debe señalar que el argumento de la demandante de que la Comisión debe realizar su propia apreciación de los compromisos, y no remitirse en ese sentido a las conclusiones de la investigación de mercado, se aduce por vez primera en la réplica de la demandante. Sin embargo, hay que observar que se propone responder a un argumento expuesto por la Comisión en su escrito de contestación y no puede considerarse por tanto tardío. No puede prosperar sin embargo porque de los propios términos del considerando 362 de la Decisión impugnada resulta que la investigación de mercado sólo sirvió a la Comisión para confirmar sus propias conclusiones sobre el carácter apropiado de los compromisos en la referida ruta.
- 320 En quinto lugar, acerca de los argumentos de la demandante sobre la capacidad de la compañía aérea MAP para operar en la ruta Viena-Fráncfort del Meno, es preciso apreciar que, de suponerlos fundados, sólo se refieren a la posición de un participante en la investigación de mercado y, por tanto, no pueden desvirtuar por sí mismos las conclusiones de la investigación en su totalidad.
- 321 Por lo demás, hay que señalar que, en contra de lo argüido por la demandante, del anexo C8 de la réplica no se deduce que la compañía aérea MAP sólo posea dos aviones de tipo MD-83 de 170 plazas puestos a disposición de otras compañías aéreas por acuerdos de leasing, sino que dispone, además de sus trece aviones de negocios, de dos aviones de transporte de pasajeros de tipo MD-83 de 170 plazas para la demanda suplementaria. El hecho de que esos aviones de tipo MD-83 se hayan arrendado a otras compañías aéreas no excluye que, como alega la Comisión, puedan ser utilizados en el futuro por la compañía aérea MAP por su propia cuenta. Por tanto, se ha de apreciar que ese argumento carece de fundamento de hecho.
- 322 Por las precedentes consideraciones debe desestimarse por infundada la alegación basada en la insuficiencia de la puesta a disposición de franjas horarias en la ruta Viena-Fráncfort del Meno.
- Sobre las franjas horarias puestas a disposición en la ruta Viena-Múnich
- 323 La demandante afirma en sustancia que la puesta a disposición de una sola franja horaria en la ruta Viena-Múnich, en razón de la deducción del número de frecuencias horarias que explota actualmente en esa ruta del número de franjas horarias que las partes en la concentración se comprometen a poner a disposición, no permitirá a un transportista aéreo entrar en esa ruta de manera competitiva.

324 Conviene observar en ese sentido que la demandante parece partir de la hipótesis de que decidiría mantener su nivel actual de frecuencias. Ahora bien, hay que constatar que, aunque es cierto que en ese supuesto estaría disponible una sola franja horaria para un nuevo entrante, la Comisión manifestó sin embargo en el considerando 363 de la Decisión impugnada:

«[...] Si bien la prestación de servicios aéreos competitivos exige de manera general, en particular para los pasajeros sensibles al factor tiempo, más de una frecuencia al día, es oportuno observar que [...] el aeropuerto [de Múnich] espera una importante ampliación de su capacidad en un futuro próximo. En especial, una tercera pista está actualmente en la segunda fase de un largo proceso de aprobación y debería entrar en funcionamiento a partir de 2011. Esa tercera pista aumentará la coordinación de un número de movimientos que puede llegar a 120 por hora, frente a 90 con el sistema actual de dos pistas y estará disponible para las dos terminales del aeropuerto [de Múnich]. Esa ampliación prevista de la capacidad hará más probable en un futuro próximo [en particular cuando haya mejorado el ambiente económico para los servicios de transporte aéreo mencionado más adelante en los considerandos (384) y siguientes] que nuevos entrantes puedan obtener franjas horarias según el procedimiento normal de atribución de franjas horarias [...] Al mismo tiempo, pueden obtener una franja horaria en virtud de los compromisos, para la que pueden conseguir derechos de antigüedad tras dos temporadas, lo que por tanto les incentivará más para comenzar a explotar esa ruta.»

325 La Comisión también expuso, en el considerando 364 de la Decisión impugnada, que esos factores apreciados en conjunto justificaban una deducción de las frecuencias existentes de la demandante de las franjas horarias que se pusieran a disposición en virtud de los compromisos, y permitirían así a la demandante y a un nuevo entrante reproducir adecuadamente la presión competitiva que Lufthansa y Austrian ejercerían una en otra en defecto de la operación.

326 Pues bien, hay que señalar que la demandante no explica de qué modo las constataciones realizadas por la Comisión en el considerando 363 de la Decisión impugnada fueran erróneas o no permitieran llegar a la conclusión de que los compromisos permiten a un nuevo entrante comenzar a operar con éxito en la ruta Viena-Múnich.

327 También es preciso observar que la demandante no rebate las conclusiones de la investigación de mercado aludidas por la Comisión en el considerando 365 de la Decisión impugnada según las cuales los participantes en la investigación de mercado concuerdan en amplia medida en reconocer que los compromisos resuelven los problemas de competencia en la ruta Viena-Múnich, y una mayoría de ellos estima que en conjunto los compromisos facilitan suficientemente la entrada o la expansión y elevan su probabilidad y al hacerlo permiten que la demandante o un nuevo entrante ofrezca un servicio aéreo competitivo y viable en esa ruta. Se limita en realidad a afirmar que la Comisión debe apreciar por sí misma la suficiencia de los compromisos, y no remitirse a los resultados de la investigación de mercado. Ahora bien, de los propios términos del considerando 365 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión no se remitió únicamente a la investigación de mercado para apreciar la suficiencia de los compromisos sino que sólo constató que las conclusiones a las que había llegado «[...] concordaban con la evaluación global de las medidas correctoras para esa ruta obtenida en la investigación de mercado».

328 Siendo así y a falta de argumentos más precisos en apoyo de esa alegación, es preciso apreciar que ésta no responde a las exigencias de precisión derivadas del artículo 44, apartado 1, letras c) y d), del Reglamento de Procedimiento conforme a la jurisprudencia y debe por tanto declararse inadmisibles (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 2012, Nynäs Petroleum y Nynas Belgium/Comisión, T-347/06, Rec, EU:T:2012:480, apartados 107 y 108).

– Sobre las franjas horarias puestas a disposición en las rutas Viena-Colonia y Viena-Stuttgart

- 329 La demandante alega en sustancia que los compromisos no son suficientes para permitir que un nuevo competidor entre en las rutas Viena-Stuttgart y Viena-Colonia, porque en éstas opera la compañía de bajo coste Germanwings.
- 330 En apoyo de esa alegación la demandante expone un solo argumento, fundado en que una compañía de bajo coste sólo puede entrar en una ruta creando una demanda de billetes baratos si no opera ya en esa ruta otra compañía de bajo coste.
- 331 En ese sentido hay que señalar que la demandante no indica de qué modo se opone el principio que alega, suponiendo que sea cierto en todas las circunstancias y en particular en el presente caso, a que pueda entrar en las referidas rutas una compañía tradicional, cuyos modelo de empresa, oferta de servicios y estructura de precios se diferencian de los de las compañías de bajo coste.
- 332 También se ha de observar que, si fuera cierta la afirmación de que el hecho de que una compañía de bajo coste opere en una ruta impide a cualquier otra compañía de bajo coste entrar en esa ruta, no existiría ninguna competencia entre las compañías de ese tipo según el criterio O & D. Ahora bien, del considerando 123 de la Decisión impugnada resulta que al tiempo de la adopción de la Decisión impugnada la compañía aérea TUIfly (que ofrece vuelos chárter y vuelos a bajo coste) iba a comenzar a explotar la ruta Viena-Colonia a razón de dos vuelos por semana y uno el sábado y el domingo y que esos vuelos se podían reservar para la temporada de invierno IATA 2009/2010, y ello a pesar de que en esa ruta ya operaba Germanwings.
- 333 La demandante no demuestra, por tanto, que la presencia de Germanwings en esas rutas hacía imposible la entrada de un nuevo competidor a pesar de los compromisos contraídos por las partes en la concentración.
- 334 Además, según la Comisión, confirman esas conclusiones las respuestas de los competidores a la pregunta n° 28 del cuestionario que se les envió en la fase I de la investigación de mercado y que consistía en si la presencia de una compañía de bajo coste constituía un factor importante en la decisión de explotar una ruta, y cómo influía esa presencia en la decisión de comenzar, abandonar o continuar la explotación de una ruta.
- 335 Toda vez que las respuestas a la pregunta n° 18 no se adjuntaron a los escritos de la Comisión, el Tribunal instó a ésta a presentarlas en una diligencia de ordenación del procedimiento de 18 de febrero de 2013. La Comisión dio cumplimiento a lo instado el 22 de marzo de 2013.
- 336 La lectura de las respuestas presentadas por la Comisión revela que la gran mayoría de los participantes en la investigación de mercado respondieron afirmativamente a la primera parte de la pregunta y que la mayoría de los competidores interrogados respondieron a la segunda parte de la pregunta que ello influía en su decisión de entrar o de mantenerse en el mercado, en el sentido de que la hacía menos probable, según la frecuencia de los vuelos operados por la compañía de bajo coste o el hecho de que percibiera subvenciones públicas, así como en su decisión de salir del mercado, pues la hacía más probable. No obstante, sólo una minoría manifestó que la presencia de una compañía de bajo coste en una ruta sería una razón para no entrar o para salir de ella. Además, una minoría de competidores preguntados indicó que la presencia de una compañía de bajo coste en una ruta no influía en su decisión de operar en ésta ya que estimaban que se trataba de un sector de mercado diferente o bien porque ellos mismos eran compañías de bajo coste. Pese a la diversidad de las respuestas a la segunda parte de la pregunta se pone claramente de manifiesto que una mayoría de los competidores interrogados no excluye entrar en una ruta a causa de la presencia en ella de una compañía de bajo coste aunque reconocen que ello hará más difícil esa entrada en ciertas condiciones.

337 Siendo así, el Tribunal considera que la Comisión apreció fundadamente que la presencia de Germanwings en las rutas Viena-Colonia y Viena-Stuttgart no podía obstaculizar la entrada de nuevos competidores en esas rutas.

Sobre la circunstancia de que ninguna compañía aérea haya comenzado la explotación de una de las rutas objeto de los compromisos desde la adopción de la Decisión impugnada

338 La demandante afirma, en sustancia, que la insuficiencia de los compromisos contraídos por las partes en la concentración se demuestra por el hecho de que en el verano de 2010 ninguna compañía aérea había comenzado la explotación de ninguna de las rutas objeto de los compromisos.

339 Es preciso recordar en ese sentido que conforme a reiterada jurisprudencia esa circunstancia posterior a la adopción de la Decisión impugnada, suponiéndola acreditada, no incide en su validez, que debe apreciarse a la luz de los factores de hecho concurrentes cuando fue adoptada (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión, 15/76 y 16/76, Rec, EU:C:1979:29, apartado 7 y de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión, C-449/98 P, Rec, EU:C:2001:275, apartado 87, y del Tribunal General de 12 de diciembre de 1996, Altmann y otros/Comisión, T-177/94 y T-377/94, Rec, EU:T:1996:193, apartado 119).

340 De ello se sigue que este argumento debe desestimarse por ineficaz.

Sobre el carácter apropiado de los otros compromisos

341 La demandante alega, en sustancia, que los acuerdos interlíneas y de prorrateo así como la participación en el programa de fidelización de Lufthansa «Miles & More» no son aptos para garantizar una competencia suficiente.

342 En apoyo de esa alegación, la demandante mantiene que la conclusión de acuerdos interlíneas y de prorrateo sólo puede interesar a las pequeñas compañías aéreas que transportan principalmente a pasajeros en tránsito como parte del tráfico regional hacia las plataformas de las compañías en red y no a los verdaderos competidores de Lufthansa, a saber, Air Berlin, Air France-KLM, British Airways, easyJet o Ryanair.

343 Ello también es cierto para el programa de fidelización de Lufthansa, puesto que la mayoría de los competidores de ésta disponen de sus propios programas y no tienen ningún interés por tanto en participar en éste. La única medida eficaz frente a tal programa sería prohibir su aplicación en las rutas sujetas a competencia para limitar su efecto de fidelización.

344 Se ha de observar en ese sentido que, en virtud de los compromisos, un nuevo entrante podrá concluir acuerdos interlíneas con las partes en la concentración, lo que le ofrecerá la posibilidad de vender billetes de ida y vuelta a los clientes en el par de ciudades identificadas que explota, uno de cuyos trayectos lo cubran las partes en la concentración y el otro ese mismo nuevo entrante. Como destaca la Comisión, ello permite por ejemplo a los clientes salir por la mañana con el competidor, y si éste no dispone de franja horaria o no ofrece vuelo por la tarde, viajar en un vuelo Lufthansa-Austrian para la vuelta (punto 4.2 de los compromisos).

345 Por otro lado, es preciso señalar que los compromisos prevén también la posibilidad de que un nuevo entrante que lo solicite a las partes en la concentración concluya con ellas un acuerdo especial de prorrateo para el tráfico con procedencia y con destino reales bien en Austria o en Alemania, bien en Austria o en Bélgica, siempre que una parte del viaje transcurra por alguna de las rutas Viena-Fráncfort del Meno, Viena-Múnich, Viena-Colonia, Viena-Stuttgart o Viena-Bruselas. Las condiciones de ese

acuerdo deben ser tales que el nuevo prestador de servicios aéreos reciba el mismo trato que los asociados de Lufthansa dentro de Star Alliance en el mismo par de ciudades identificadas (punto 5.1 de los compromisos).

- 346 Los referidos compromisos abarcan todas las rutas en las que se han apreciado problemas de competencia y se añaden a la puesta a disposición de franjas horarias en esas rutas.
- 347 Como alega la demandante, se advierte que esas medidas correctoras complementarias pueden interesar a las compañías regionales que vuelan a las plataformas de Lufthansa y de Austrian desde los aeropuertos regionales alemanes o austriacos, por ejemplo, con la perspectiva de un vuelo con correspondencia a través del aeropuerto de Viena en rutas entre los aeropuertos regionales austriacos, por un lado, y los aeropuertos de Fráncfort del Meno, Múnich, Stuttgart, Colonia o Bruselas, por otro, o también con la perspectiva de un vuelo con correspondencia a través de Fráncfort del Meno o Múnich en las rutas entre los aeropuertos regionales alemanes, por un lado, y Viena, por otro.
- 348 Sin embargo, la razón por la que esas medidas correctoras no pueden interesar igualmente a otros competidores no se manifiesta claramente, ya se trate de compañías aéreas de bajo coste que funcionan con el modelo de punto a punto y desean implantarse en una de las rutas identificadas o bien de una compañía aérea en red que desea entrar en una de esas rutas para ampliar su oferta pero limitando los costes que esa entrada implica.
- 349 Es preciso señalar sobre ese aspecto que la demandante no expone el menor argumento en apoyo de su alegación de que esas medidas correctoras no interesan a compañías tales como easyJet, Ryanair, Air France-KLM o British Airways.
- 350 La demandante tampoco rebate la afirmación por la Comisión de que la investigación de mercado mostró que la falta de una solución como los acuerdos interlíneas era una de las razones por las que los transportistas terceros dejaban de explotar las rutas entre Alemania y Austria (Decisión impugnada, apartado 377).
- 351 Pues bien, de las respuestas al cuestionario que la Comisión envió a los operadores del mercado el 27 de julio de 2009, presentadas por la Comisión en respuesta a la diligencia de ordenación de procedimiento de 18 de febrero de 2013, resulta que de 48 operadores del mercado que respondieron a las preguntas n^{os} 10 y 11 de ese cuestionario sólo seis juzgaron que los compromisos propuestos por las partes notificantes no constituían un incentivo a la entrada o a la expansión en las rutas entre los pares de ciudades identificadas. Esa constatación confirma la afirmación de la Comisión en el considerando 377 de la Decisión impugnada y permite desestimar el argumento de la demandante de que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al estimar que esos compromisos eran aptos para subsanar los problemas de competencia generados por la concentración considerada.
- 352 Siendo así, la demandante no ha demostrado por qué la posibilidad de concluir acuerdos interlíneas y acuerdos especiales de prorrateo prevista por los compromisos, unida a la puesta a disposición de franjas horarias, no permite incentivar a los competidores para entrar en las rutas identificadas.
- 353 El argumento de la demandante sobre la posibilidad de acceder al programa de fidelización de Lufthansa tampoco es convincente. En efecto, hay que recordar que conforme a los compromisos, si un nuevo entrante que no participa en el programa de fidelización de Lufthansa «Miles & More» lo solicita, Lufthansa le permite acceder a él para los pares de ciudades identificadas explotados por el nuevo prestador de servicio aéreo. El acuerdo debe ser tal que el nuevo prestador de servicio aéreo reciba el mismo trato que los asociados de Lufthansa dentro de Star Alliance. Las condiciones económicas reflejarán las condiciones medias acordadas con los asociados de Lufthansa en la alianza (punto 7.1 de los compromisos). Pues bien, el Tribunal ya ha juzgado en la sentencia easyJet/Comisión, citada en el apartado 139 *supra* (EU:T:2006:187), que el hecho de que los pasajeros en los vuelos explotados por compañías aéreas competidoras en los mercados afectados puedan

obtener «millas» de la entidad fusionada genera una ventaja considerable para estos pasajeros e indirectamente para las compañías aéreas competidoras. En el supuesto de que una compañía aérea competidora no deseara participar en el programa de fidelización, en razón de sus propias necesidades o su organización, por ejemplo porque dispone de su propio programa de fidelización, esa decisión sería consecuencia de una elección comercial propia. Por tanto, esa opción estratégica no puede demostrar que la medida correctora no sea adecuada ni, en consecuencia, que la Comisión haya incurrido en un error manifiesto de apreciación (sentencia easyJet/Comisión, citada en el apartado 139 *supra*, EU:T:2006:187, apartado 143).

354 De ello se sigue que la alegación fundada en la insuficiencia de los otros compromisos también debe desestimarse por infundada.

3. Sobre el tercer motivo basado en una desviación de poder

355 La demandante se limita a aducir que la Comisión se separó de sus propias Directrices y comunicaciones en el examen de la concentración en cuestión y a remitir en ese sentido a diversos puntos de su demanda.

356 Hay que recordar que, en virtud del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, la demanda debe contener, en particular, una exposición sumaria de los motivos invocados. Además, con independencia de toda cuestión terminológica, esa exposición debe ser suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal resolver el recurso sin necesidad de solicitar, en su caso, más información. En efecto, a fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de justicia, es necesario, para que un recurso sea admisible, que los aspectos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa resulten, al menos de forma sumaria, pero de una forma coherente y comprensible, del texto de la propia demanda. No corresponde al Tribunal indagar en el conjunto de los fundamentos invocados en apoyo de un primer motivo si éstos también pueden ser utilizados en apoyo de un segundo motivo (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de septiembre de 2006, Roquette Frères/Comisión, T-322/01, Rec, EU:T:2006:267, apartados 208 y 209).

357 Pues bien, es preciso constatar que la demandante no aduce ningún argumento específico en apoyo del presente motivo y se limita a remitir a lo que ha expuesto en otras partes de sus escritos.

358 Por tanto, se debe declarar inadmisibile el tercer motivo.

359 Por todas las consideraciones anteriores, ha de desestimarse el recurso en su totalidad.

Costas

360 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

361 Por haber sido desestimado el recurso interpuesto por la demandante, y al haber solicitado la Comisión así como ÖIAG y Lufthansa su condena en costas, procede condenar a la demandante a soportar sus propias costas y las de la Comisión, ÖIAG y Lufthansa.

362 La República de Austria soportará sus propias costas, con arreglo al artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Niki Luftfahrt GmbH cargará con sus propias costas y las de la Comisión Europea, Österreichische Industrieholding AG y Deutsche Lufthansa AG.**
- 3) **La República de Austria cargará con sus propias costas.**

Gratsias

Kancheva

Wetter

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de mayo de 2015.

Firmas

Índice

Hechos que dan origen al litigio	2
1. Empresas interesadas	2
2. Procedimiento administrativo	2
3. Contenido de la Decisión impugnada	4
Mercados de referencia	4
Apreciación de los efectos de la operación en la competencia	7
Marco conceptual para la evaluación de la concentración	7
Análisis de la competencia	8
Compromisos	10
Compromisos sobre franjas horarias	10
– Concesión de franjas horarias en los pares de ciudades que suscitan problemas de competencia	10
– Condiciones acerca de la transferencia de franjas horarias	12
– Derecho de antigüedad	12
– Miembros de Star Alliance en cuanto nuevos entrantes	12
Otros compromisos y disposiciones	13
– Acuerdos especiales sobre prorrateo y acuerdos de códigos compartidos	13
– Otras disposiciones	13
Evaluación de los compromisos	13
Conclusión	14
Procedimiento	14
Pretensiones de las partes	15
Fundamentos de Derecho	15
1. Sobre el segundo motivo basado en vicios sustanciales de forma	16
Sobre la primera parte del segundo motivo basada en el incumplimiento de la obligación de motivación	16
Sobre la segunda parte del segundo motivo basada en la insuficiente determinación de los hechos en el contexto de la investigación de mercado	19

2. Sobre el primer motivo fundado en la infracción del artículo 81 CE, apartados 1 y 3, del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones y de las Directrices de 2004.....	21
Sobre la primera parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación en la definición del mercado geográfico pertinente	21
Sobre la definición del mercado por la Comisión según el criterio O & D	21
Sobre la falta de análisis de los efectos de la concentración en la competencia en el mercado geográfico pertinente definido según un «criterio global»	29
Sobre la segunda parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación sobre los efectos de la concentración en la competencia en las rutas entre Alemania y Austria.....	31
Sobre la tercera parte del primer motivo basada en un error manifiesto de apreciación de las consecuencias de la concentración en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este fuera de la Unión	32
Sobre la primera alegación consistente en que la Comisión no llevó a cabo un análisis de los efectos de la concentración en las rutas aéreas entre Europa central y Europa del Este fuera de la Unión basado en el criterio O & D	33
Sobre la segunda alegación basada en que la Comisión no tuvo en cuenta la posición dominante ocupada por Lufthansa y Austrian en las rutas entre los aeropuertos de Viena, Fráncfort del Meno, Múnich y Zúrich, por una parte, y los aeropuertos de Europa del Este fuera de la UE, por otra	33
Sobre la cuarta parte del primer motivo fundada en un error manifiesto de apreciación sobre la capacidad de los competidores de Lufthansa y de Austrian para mantenerse o entrar en el mercado pertinente	36
Sobre la primera alegación basada en una vulneración del punto 36 de las Directrices de 2004 puesto que la Comisión no tuvo en cuenta la limitación por la concentración de la capacidad de los competidores para vender billetes a la clientela de negocios y concluir convenios-marco con las agencias de viajes y los operadores de viajes	36
Sobre la segunda alegación fundada en la vulneración del punto 31 de las Directrices de 2004 toda vez que la Comisión no tuvo en cuenta que la entidad nacida de la concentración será la única compañía en red capaz de ofrecer a sus clientes una red completa de rutas en todo el mundo y en especial en Europa del Este.....	38
Sobre la tercera parte fundada en la vulneración de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004 ya que la Comisión no tuvo en cuenta que la oferta propuesta por la entidad nacida de la concentración cubrirá la totalidad de la demanda disponible en las rutas que las partes notificantes dominan	38
Sobre la cuarta alegación fundada en la vulneración de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004 puesto que la Comisión no tuvo en cuenta la barrera a la entrada en el mercado creada por la política de exclusión mediante los precios practicada por Lufthansa y Austrian.....	39
Sobre la quinta alegación basada en la infracción de los puntos 68 y siguientes de las Directrices de 2004, porque la Comisión no tuvo en cuenta que la entidad nacida de la concentración dispondrá de un monopolio sobre los derechos de tráfico aéreo desde Europa central hacia Europa del Este y hacia Oriente Medio	40

Sobre la quinta parte del primer motivo basada en un error manifiesto de apreciación sobre la aptitud de los compromisos para subsanar los problemas de competencia creados por la concentración	45
Sobre el carácter apropiado de los compromisos en materia de franjas horarias en la rutas identificadas entre Austria y Alemania	48
– Sobre las franjas horarias que se deben poner a disposición en la ruta Viena-Fráncfort del Meno	48
– Sobre las franjas horarias puestas a disposición en la ruta Viena-Múnich	50
– Sobre las franjas horarias puestas a disposición en las rutas Viena-Colonia y Viena-Stuttgart.	52
Sobre la circunstancia de que ninguna compañía aérea haya comenzado la explotación de una de las rutas objeto de los compromisos desde la adopción de la Decisión impugnada.....	53
Sobre el carácter apropiado de los otros compromisos	53
3. Sobre el tercer motivo basado en una desviación de poder	55
Costas	55