



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Tiende kamer – uitgebreid)

20 oktober 2021 *

„Mededinging – Concentraties – Luchtvervoer – Besluit waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en met de EER-Overeenkomst wordt verklaard – Relevante markt – Beoordeling van de gevolgen van de transactie voor de mededinging – Geen verbintenis – Motiveringsplicht”

In zaak T-240/18,

Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A., gevestigd te Warschau (Polen), vertegenwoordigd door M. Jeżewski en M. König, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Wildpanner, T. Franchoo en J. Szczodrowski als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

easyJet plc, gevestigd te Luton (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door M. Odriozola Alén, I. Terlecka en T. Reeves, advocaten,

interveniënte,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van besluit C(2017) 8776 final van de Commissie van 12 december 2017 waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en met de EER-Overeenkomst is verklaard (zaak COMP/M.8672 – easyJet/bepaalde activa van Air Berlin),

wijst

HET GERECHT (Tiende kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. van der Woude, president, A. Kornezov, E. Buttigieg, K. Kowalik-Bańczyk (rapporteur) en G. Hesse, rechters,

* Procestaal: Pools.

griffier: R. Ūkelytė, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting van 11 september 2020,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Air Berlin plc was een luchtvaartmaatschappij. Vanwege financiële moeilijkheden heeft zij in 2016 een herstructureringsplan uitgevoerd, dat gedeeltelijk moest worden gefinancierd met leningen van een van haar aandeelhouders, Etihad Airways PJSC.
- 2 Op 9 augustus 2017 heeft Etihad Airways het verschuldigde leningdeel niet betaald.
- 3 Op 11 augustus 2017 heeft Etihad Airways in het openbaar aangekondigd dat zij Air Berlin niet langer financieel zou ondersteunen.
- 4 Op 15 augustus 2017 heeft Air Berlin een insolventieprocedure ingeleid bij het Amtsgericht Charlottenburg (rechter in eerste aanleg Charlottenburg, Duitsland), dat heeft geoordeeld dat Air Berlin het beheer van en de beschikking over haar goederen mocht voortzetten onder toezicht van een voorlopige curator.
- 5 Op diezelfde datum heeft de Duitse regering overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU een steunmaatregel bij de Europese Commissie aangemeld bestaande in een aan Air Berlin toe te kennen gegarandeerde lening van maximaal 150 miljoen EUR (hierna: „reddingssteun”). Bij besluit C(2017) 6080 final van 4 september 2017 inzake steunmaatregel SA.48937 (2017/N) – Duitsland, betreffende de redding van Air Berlin (PB 2017, C 400, blz. 7; hierna: „besluit waarbij de reddingssteun verenigbaar met de interne markt is verklaard”) heeft de Commissie de reddingssteun verenigbaar met de interne markt verklaard. De Commissie heeft dienaangaande gepreciseerd dat die steun bedoeld was om Air Berlin in staat te stellen om haar activiteiten nog maximaal drie maanden voort te zetten en in die periode haar activa te verkopen.
- 6 Op 27 oktober 2017 hebben interveniënte – easyJet plc – en Air Berlin een overeenkomst gesloten voor de verwerving van slots op met name de luchthaven Berlijn-Tegel (Duitsland), parkeerplaatsen behorende bij die slots, eventuele reserveringen van klanten van Air Berlin voor de aan die slots gekoppelde diensten, divers vliegtuigmeubilair en bijbehorende toerusting, en de historische gegevens van al die activa (hierna: „overeenkomst van 27 oktober 2017”).
- 7 Op 28 oktober 2017 heeft Air Berlin haar activiteiten op de markten voor luchtvervoer van passagiers gestaakt.
- 8 Bij beschikking van 1 november 2017 heeft het Amtsgericht Charlottenburg geoordeeld dat de schuldenlast van Air Berlin te hoog was en dat zij niet langer aan haar betalingsverplichtingen kon voldoen.

- 9 Op 7 november 2017 heeft interveniënte de concentratie waarbij zij uit hoofde van de overeenkomst van 27 oktober 2017 de in punt 6 hierboven bedoelde activa zou verwerven, aangemeld bij de Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 1, eerste alinea, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) (PB 2004, L24, blz. 1) (hierna: „betrokken concentratie”).
- 10 Bij besluit C(2017) 8776 final van 12 december 2017 (zaak COMP/M.8672 – easyJet/bepaalde activa van Air Berlin) (hierna: „bestreden besluit”) heeft de Commissie de concentratie verenigbaar met de interne markt verklaard op grond van artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004.
- 11 Meer in het bijzonder heeft de Commissie, in de eerste plaats, vastgesteld dat de betrokken concentratie hoofdzakelijk betrekking had op de overdracht van slots van Air Berlin aan interveniënte, en dat Air Berlin bovendien vóór die concentratie en onafhankelijk daarvan haar luchtvervoersactiviteiten had gestaakt. De Commissie heeft dienaangaande opgemerkt dat die slots aan geen enkele verbinding in het bijzonder waren gekoppeld en dat Air Berlin geen enkele verbinding meer verzorgde. In die omstandigheden achtte zij een beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie op luchtvervoersmarkten die zijn afgebakend aan de hand van stedenparen tussen een punt van vertrek en een punt van bestemming (hierna: „V&B-markten”) niet geschikt om de „structurele gevolgen” van die concentratie voor de mededinging te beoordelen. Bijgevolg heeft de Commissie, in afwijking van haar besluitvormingspraktijk, geen onderzoek verricht naar de gevolgen van de betrokken concentratie voor die afzonderlijke markten waarop Air Berlin en interveniënte aanwezig waren, maar de relevante luchtvervoersmarkten afgebakend door samenvoeging van alle V&B-markten met een punt van aankomst of een punt van vertrek op de luchthavens waaraan de door Air Berlin aan interveniënte overgedragen slots waren gekoppeld. Aldus heeft zij de relevante markten afgebakend als zijnde de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op die luchthavens.
- 12 Wat meer in het bijzonder de luchthaven Berlijn-Tegel betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat interveniënte vóór de betrokken concentratie over geen enkele slot op die luchthaven beschikte, maar wel slots had op de luchthaven Berlijn-Schönefeld (Duitsland). Derhalve zou de overdracht van de slots die Air Berlin op de luchthaven Berlijn-Tegel bezat volgens de Commissie geen gevolgen voor de mededinging hebben indien voornoemde luchthavens als onderdelen van verschillende geografische markten zouden worden beschouwd. De Commissie heeft zich evenwel niet uitgesproken over de vraag of die luchthavens deel uitmaakten van dezelfde geografische markt, maar is in plaats daarvan bij het onderzoek of die concentratie geen ernstige twijfel zou doen rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, uitgegaan van de hypothese dat die luchthavens tot dezelfde geografische markt behoorden.
- 13 In de tweede plaats heeft de Commissie in wezen vastgesteld dat interveniënte de relevante markten voor luchtvervoer van passagiers zou kunnen afschermen wanneer aan drie voorwaarden zou zijn voldaan. Ten eerste zou interveniënte op een van de betrokken luchthavens een aanzienlijk aandeel in het totale aantal slots van die luchthaven moeten bezitten, met name wanneer de maximale congestiegraad van die luchthaven zou worden bereikt. Ten tweede zou het aantal slots van interveniënte op die luchthaven aanzienlijk moeten toenemen als gevolg van de concentratie, met name wanneer de maximale congestiegraad van die luchthaven

zou worden bereikt. Ten derde zou het aantal slots van interveniënte negatieve gevolgen moeten hebben voor de beschikbaarheid van slots op die luchthaven, rekening houdend met de hoge congestiegraad ervan en met het grote aantal slots waarover interveniënte beschikt.

- 14 De Commissie heeft hieruit opgemaakt dat interveniënte de relevante markten voor luchtvervoer met een punt van aankomst of vertrek op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld, niet zou kunnen afschermen. De Commissie heeft evenwel tevens onderzocht of er een prikkel voor interveniënte zou zijn om de markten voor luchtvervoer met een punt van vertrek of aankomst op de luchthavens Berlijn-Tegel en Berlijn-Schönefeld (hierna: „Berlijnse luchthavens”) af te scherpen, aangezien de betrokken concentratie grotere gevolgen voor die luchthavens had. De Commissie heeft vastgesteld dat er voor interveniënte geen prikkel zou zijn om die markten af te scherpen, met name gelet op de congestiegraad van die luchthavens, het marktaandeel van de concurrenten van interveniënte en de commerciële strategieën die interveniënte voordien hanteerde. Tot slot heeft zij opgemerkt dat de eventuele implementatie van een uitsluitingsstrategie door interveniënte niet tot een afname van de mededinging op die markten zou leiden, aangezien er nog twee andere grote luchtvaartmaatschappijen op die markten aanwezig waren.

Procedure en conclusies van partijen

- 15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 16 april 2018, heeft verzoekster, Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A., het onderhavige beroep ingesteld.
- 16 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 juli 2018, heeft interveniënte verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 28 november 2018 heeft de president van de Negende kamer van het Gerecht die interventie toegestaan.
- 17 Bij akten van 27 augustus 2018, 9 april 2019 en 27 juni 2019 heeft verzoekster verzocht om bepaalde informatie in haar memories en in de bijlagen daarbij vertrouwelijk te behandelen.
- 18 Na wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur op grond van artikel 27, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht toegevoegd aan de Tiende kamer, aan welke kamer de onderhavige zaak dan ook is toegewezen.
- 19 Op voorstel van de Tiende kamer heeft het Gerecht de zaak krachtens artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering naar een uitgebreide kamer verwezen.
- 20 Verzoekster verzoekt het Gerecht:
- het bestreden besluit nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten;
 - interveniënte te verwijzen in haar eigen kosten.
- 21 Voorts heeft verzoekster het Gerecht overeenkomstig artikel 88 van het Reglement voor de procesvoering verzocht om maatregelen tot organisatie van de procesgang te nemen met betrekking tot de reddingssteun, de staking van de activiteiten van Air Berlin en de verkoop van haar activa.

22 De Commissie en interveniënte verzoeken het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 23 Om te beginnen betwist interveniënte de ontvankelijkheid van het beroep. Dienaangaande moet echter in herinnering worden gebracht dat het niet nodig is om uitspraak te doen over de ontvankelijkheid van een beroep indien het hoe dan ook ten gronde moet worden afgewezen (zie in die zin arrest van 26 februari 2002, Raad/Boehringer, C-23/00 P, EU:C:2002:118, punten 51 en 52). Aangezien het onderhavige beroep om de hierna uiteengezette redenen ten gronde moet worden afgewezen, hoeft geen uitspraak te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan.
- 24 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar beroep zes middelen aan waarmee zij, ten eerste, stelt dat de relevante markten onjuist zijn afgebakend, ten tweede, dat sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie, ten derde, dat geen onderzoek is verricht naar eventuele efficiëntieverbeteringen die uit die concentratie voortvloeien, ten vierde, dat de verbintenissen die interveniënte is aangegaan ontoereikend zijn, ten vijfde, dat bij de beoordeling van de gevolgen van die concentratie geen rekening is gehouden met de reddingssteun en, ten zesde, dat artikel 296 VWEU is geschonden.

Eerste middel: onjuiste afbakening van de relevante markten

- 25 Met haar eerste middel verwijt verzoekster de Commissie dat zij de relevante markten onjuist heeft afgebakend. Dit middel bestaat in wezen uit twee onderdelen. Met het eerste onderdeel betwist verzoekster de premissen waarop de Commissie haar betoog baseert, namelijk dat Air Berlin haar activiteiten vóór de betrokken concentratie en onafhankelijk daarvan heeft gestaakt en dat interveniënte niet de onderneming Air Berlin maar enkel haar activa heeft overgenomen. Met het tweede onderdeel verwijt verzoekster de Commissie dat zij de relevante markten voor luchtvervoer van passagiers niet heeft afgebakend aan de hand van de V&B-markten, ook al zou ervan worden uitgaan dat Air Berlin zich reeds van sommige van die markten had teruggetrokken.
- 26 De Commissie en interveniënte betwisten het betoog van verzoekster.

Eerste onderdeel van het eerste middel: Air Berlin had haar activiteiten niet vóór de betrokken concentratie en onafhankelijk ervan gestaakt en moest voor de beoordeling van de gevolgen van die concentratie als een onderneming worden beschouwd

- 27 De Commissie heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat Air Berlin haar activiteiten op 28 oktober 2017 had gestaakt en zich dus vóór de betrokken concentratie en onafhankelijk ervan had teruggetrokken van alle V&B-markten waarop zij aanwezig was. Gelet op die omstandigheden meende de Commissie dat die concentratie, aangezien zij hoofdzakelijk betrekking had op slots, tot gevolg zou hebben dat interveniënte in het bezit zou komen van de voormalige posities van Air Berlin op de luchthavens waaraan die slots waren gekoppeld, en niet van de specifieke posities van Air Berlin op de V&B-markten waarop zij aanwezig was.

- 28 Verzoekster stelt in de eerste plaats dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat Air Berlin haar activiteiten onafhankelijk van de totstandbrenging van de betrokken concentratie heeft gestaakt. Zij merkt op dat het besluit van de Duitse autoriteiten om Air Berlin reddingssteun te verlenen, is vastgesteld op de datum van het verzoek tot inleiding van de insolventieprocedure, te weten op 15 augustus 2017. Met die steun kon worden voorkomen dat de exploitatievergunning van Air Berlin werd ingetrokken, zodat zij haar activiteiten kon voortzetten en haar activa, waaronder haar slots, kon behouden. Die steunmaatregel was dus toegekend om Air Berlin in staat te stellen om een deel van haar slots over te dragen aan interveniënte overeenkomstig artikel 8 bis van verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens (PB 1993, L 14, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 545/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 (PB 2009, L 167, blz. 24).
- 29 Dienaangaande staat vast dat de insolventieprocedure van Air Berlin op 15 augustus 2017 is ingeleid en dat zij die procedure heeft ingesteld vanwege financiële moeilijkheden en vanwege de weigering van Etihad Airways om haar een leningdeel te betalen. Verzoekster betwist evenmin dat de reddingssteun – zoals tevens blijkt uit het besluit waarbij die steun verenigbaar met de interne markt is verklaard – enkel was toegekend om de staking van de activiteiten van Air Berlin nog maximaal drie maanden uit te stellen en niet om deze te voorkomen.
- 30 Air Berlin zou haar activiteiten dus ook zonder de betrokken concentratie hebben gestaakt, zodat de Commissie op goede gronden heeft vastgesteld dat Air Berlin haar activiteiten onafhankelijk van die concentratie heeft gestaakt.
- 31 In de tweede plaats betwist verzoekster dat Air Berlin haar activiteiten voorafgaand aan de betrokken concentratie heeft gestaakt. Meer in het bijzonder stelt zij dat Air Berlin haar activiteiten pas op 28 oktober 2017 heeft gestaakt, dus na de overeenkomst van 27 oktober 2017, en dat de onderhandelingen met betrekking tot die overeenkomst in de weken voorafgaand aan augustus 2017 waren begonnen. Zij maakt hieruit op dat Air Berlin tijdens die onderhandelingen nog steeds actief was. Dat Air Berlin vanaf de inleiding van de insolventieprocedure op 15 augustus 2017 actief nieuwe reserveringen is gaan ontmoedigen, wil niet zeggen dat zij niet actief was, aangezien zij dankzij de reddingssteun haar bewijs luchtvaartexploitant en haar exploitatievergunning kon behouden.
- 32 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een concentratie met een Europese dimensie op grond van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet tot stand mag worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de interne markt verenigbaar is verklaard, tenzij de Commissie een ontheffing van die verplichting verleent overeenkomstig artikel 7, lid 3, van die verordening.
- 33 Voor zover in casu niet uit het dossier blijkt dat de Commissie een dergelijke ontheffing heeft verleend, kon de betrokken concentratie dus pas volledig tot stand worden gebracht na de vaststelling van het bestreden besluit op 12 december 2017, dus bijna anderhalve maand nadat Air Berlin haar activiteiten had gestaakt.
- 34 Verzoekster betwist dus ten onrechte de vaststelling van de Commissie dat Air Berlin haar activiteiten voorafgaand aan de betrokken concentratie heeft gestaakt.
- 35 In de derde plaats verwijt verzoekster de Commissie dat zij de activa van Air Berlin die het voorwerp zijn van de betrokken concentratie kunstmatig heeft losgekoppeld van de onderneming Air Berlin, die een luchtvaartmaatschappij was die met interveniënte concurreerde. Verzoekster

stelt dat interveniënte weliswaar slechts een deel van de activa van Air Berlin heeft overgenomen, maar dat Air Berlin zowel de verkoper van die activa was als een van de partijen bij die concentratie. Zij voegt hieraan toe dat enkel ondernemingen, en niet abstracte hoeveelheden activa, kunnen worden aangemerkt als partijen bij een concentratie. Aangezien Air Berlin slots aan interveniënte heeft overgedragen, heeft interveniënte daadwerkelijk een onderneming overgenomen in het kader van de betrokken concentratie.

- 36 In dat verband moet in de eerste plaats worden herinnerd aan de bewoordingen van artikel 3, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004, op grond waarvan een concentratie tot stand komt indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit het feit dat een onderneming rechtstreekse zeggenschap over een andere onderneming of delen daarvan verkrijgt. Wat voorts de berekening van omzet betreft, bepaalt artikel 5, lid 2, van die verordening dat wanneer de concentratie plaatsvindt via de verwerving van delen van een onderneming, ten aanzien van de vervreemder alleen rekening wordt gehouden met de omzet van de delen die het voorwerp zijn van de concentratie. Hieruit volgt dat de verkrijger(s) en het verworven deel of de verworven delen van de doelonderneming en niet de overblijvende bedrijven van de vervreemder de betrokken ondernemingen zijn in de zin van verordening nr. 139/2004, zoals de Commissie overigens terecht opmerkt in punt 136 van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 (PB 2008, C 95, blz. 1, met rectificatie in PB 2009, C 43, blz. 10).
- 37 Anders dan verzoekster stelt, zijn de overblijvende activiteiten van Air Berlin dus geen betrokken onderneming in de zin van verordening nr. 139/2004.
- 38 In de tweede plaats betwist verzoekster niet dat activa, zoals de Commissie heeft opgemerkt in overweging 15 van het bestreden besluit, binnen drie jaar kunnen uitgroeien tot een bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan marktomzet kan worden toegewezen. Zij betwist evenmin dat die activa in die omstandigheden een betrokken onderneming in de zin van verordening nr. 139/2004 kunnen vormen. Zij draagt daarenboven geen enkel element aan waarmee kan worden aangetoond dat de door interveniënte verworven activa die in het bestreden besluit zijn omschreven, in casu niet binnen drie jaar kunnen uitgroeien tot een bedrijf dat op de markt aanwezig is en waaraan marktomzet kan worden toegewezen.
- 39 Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat de activa die interveniënte in het kader van de betrokken concentratie heeft overgenomen een onderneming of een deel van een onderneming in de zin van verordening nr. 139/2004 vormen, ook al heeft Air Berlin haar activiteiten voorafgaand aan die concentratie gestaakt. Bijgevolg heeft de Commissie, aangezien vaststaat dat interveniënte slechts een deel van de activa van Air Berlin heeft verworven, terecht vastgesteld dat interveniënte de zeggenschap heeft verkregen over (een deel van) een onderneming die enkel uit bepaalde activa van Air Berlin bestaat, en dat die activa een betrokken onderneming in de zin van die verordening vormen.
- 40 In die omstandigheden moet het eerste onderdeel van het eerste middel van verzoekster worden afgewezen.

Tweede onderdeel van het eerste middel: de Commissie had de betrokken concentratie op elk van de relevante V&B-markten moeten onderzoeken

- 41 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij niet heeft onderzocht of de betrokken concentratie mededingingsbelemmerende gevolgen kon hebben op de relevante V&B-markten.

- 42 Vooraf zij eraan herinnerd dat de Commissie, om een concentratie overeenkomstig artikel 2, lid 2, van verordening nr. 139/2004 verenigbaar met de interne markt te kunnen verklaren, moet bewijzen dat de totstandbrenging van die concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan meebrengt door, met name, een machtspositie in het leven te roepen of te versterken.
- 43 Een passende omschrijving van de relevante markt is dus een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde voor elke beoordeling van de gevolgen die een concentratie voor de mededinging heeft (arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, EU:C:1998:148, punt 143). In dat verband zij eraan herinnerd dat de in aanmerking te nemen productmarkt alle producten en/of diensten omvat die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd (arrest van 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 50). Meer in het bijzonder houdt het begrip „relevante markt” in dat het tussen de van die markt deel uitmakende producten of diensten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen veronderstelt dat alle producten of diensten die deel uitmaken van een en dezelfde markt, elkaar voor hetzelfde gebruik in voldoende mate moeten kunnen substitueren (arrest van 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 51).
- 44 Evenwel moet de verzoekende partij, wanneer zij de Commissie verwijt dat zij geen rekening heeft gehouden met een eventueel probleem voor de mededinging op andere markten dan de markten waarop het mededingingsonderzoek betrekking had, ernstige aanwijzingen aanvoeren die concreet aantonen dat er sprake is van een mededingingsprobleem dat, gelet op de gevolgen ervan, door de Commissie had moeten worden onderzocht. Om aan die voorwaarde te voldoen, dient de verzoekende partij de betrokken markten aan te wijzen, de mededingingssituatie zonder concentratie te beschrijven en aan te geven welke gevolgen een concentratie, gelet op de mededingingssituatie op die markten, waarschijnlijk zou hebben (arresten van 4 juli 2006, easyJet/Commissie, T-177/04, EU:T:2006:187, punten 65 en 66, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punten 174 en 175).
- 45 In casu heeft de Commissie in het bestreden besluit opgemerkt dat luchtvaartmaatschappijen zich aan de vraagzijde bevinden op de markt voor luchthaveninfrastructuurdiensten die door luchthavens worden verricht en dat zij zich aan de aanbodzijde bevinden op de markten voor luchtvervoer van passagiers.
- 46 Wat meer in het bijzonder slots betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat deze, zoals blijkt uit artikel 2, onder a), van verordening nr. 95/93, toestemmingen van coördinatoren zijn om alle luchthaveninfrastructuur van een gecoördineerde luchthaven te gebruiken die op een bepaalde datum en op een bepaald tijdstip nodig is om een luchtvervoersdienst te verrichten teneinde te kunnen landen en opstijgen. Zij heeft hieruit opgemaakt dat slots noodzakelijke voorzieningsbronnen zijn die de door luchthavens aangeboden luchthaveninfrastructuurdiensten toegankelijk maken voor luchtvaartmaatschappijen, zodat zij luchtvervoersdiensten met vertrek van en aankomst op die luchthavens kunnen verrichten. Vervolgens heeft zij vastgesteld dat de betrokken concentratie, voor zover zij hoofdzakelijk betrekking heeft op de overdracht van slots van Air Berlin aan interveniënte, gevolgen zou hebben voor de vraag op de markten voor luchthaveninfrastructuurdiensten en voor het aanbod op de markten voor luchtvervoer van passagiers.

- 47 In die omstandigheden is de Commissie voor haar beoordeling van de betrokken concentratie nagegaan of het feit dat interveniënte meer slots in handen zou krijgen, haar in staat zou stellen of ertoe zou aanzetten om de luchthaveninfrastructuurdiensten – en bijgevolg de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld – af te schermen voor andere luchtvaartmaatschappijen.
- 48 Dienaangaande stelt verzoekster in de eerste plaats dat luchtvervoersdiensten vanuit het oogpunt van de consument op bepaalde verbindingen worden verricht, en dat de activiteiten die luchtvaartmaatschappijen op een luchthaven verrichten ondergeschikt zijn aan de verrichting van die diensten. Zij maakt hieruit op dat geen onderscheid kan worden gemaakt tussen de activiteiten van luchtvaartmaatschappijen op een luchthaven en de verrichting van die diensten. Derhalve heeft de Commissie zich ten onrechte op de premisse gebaseerd dat luchtvaartmaatschappijen exploitanten van luchthavens zijn die slots aanbieden, aangezien de uitwisseling van die slots tussen luchtvaartmaatschappijen niet hun hoofdactiviteit is.
- 49 Verzoekster stelt bovendien dat de slots van Air Berlin overeenkomstig verordening nr. 95/93 aan andere luchtvaartmaatschappijen ter beschikking zouden zijn gesteld indien de betrokken concentratie niet tot stand was gebracht. De mededinging op V&B-markten is volgens haar dus intenser wanneer een onderneming zich van die markten terugtrekt dan wanneer de activa van die onderneming worden overgenomen door een concurrent, zoals in casu het geval is. Bijgevolg kan haars inziens uit de omstandigheid dat Air Berlin haar activiteiten op de V&B-markten heeft gestaakt, niet worden opgemaakt dat de betrokken concentratie geen gevolgen voor die markten heeft gehad.
- 50 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de afbakening van V&B-markten, zoals verzoekster in wezen stelt, vertrekt vanuit het oogpunt van de vraagzijde, volgens hetwelk consumenten van luchtvervoersdiensten alle alternatieven, daaronder begrepen verschillende transportmiddelen, in overweging nemen om zich van een stad van vertrek naar een stad van bestemming te bewegen (arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 138).
- 51 Voorts moet erop worden gewezen dat de Commissie in het bestreden besluit rekening heeft gehouden met de hypothese dat alle door interveniënte verworven slots zouden zijn overgedragen aan andere luchtvaartmaatschappijen dan interveniënte indien de betrokken concentratie niet had plaatsgevonden. Daarenboven heeft de Commissie vastgesteld dat slots „van cruciaal belang” zijn voor de verrichting van luchtvervoersdiensten, aangezien zij een voorwaarde zijn voor toegang tot luchthaveninfrastructuurdiensten. Zij heeft dus erkend dat die concentratie gevolgen kan hebben voor de verschillende V&B-markten met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld.
- 52 De Commissie heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat het onderzoek van de gevolgen van de betrokken concentratie op de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld, inzicht kon geven in de gevolgen van die concentratie voor alle V&B-markten met vertrek van of aankomst op die luchthavens. Net als verzoekster was zij namelijk van mening dat luchtvaartmaatschappijen zich weliswaar aan de vraagzijde bevinden op de markt voor luchthaveninfrastructuurdiensten, maar dat interveniënte eventueel de mogelijkheid zou hebben om die diensten af te schermen vanwege het feit dat zij meer slots in handen zou krijgen. Daarom is zij nagegaan of interveniënte, indien zij over een groter aantal slots zou beschikken, in staat zou zijn of ertoe zou worden aangezet om de luchthaveninfrastructuurdiensten en bijgevolg de verschillende V&B-markten met vertrek van of aankomst op die luchthavens af te schermen.

- 53 Hieruit volgt dat de Commissie, anders dan verzoekster stelt, rekening heeft gehouden met de eventuele gevolgen van de betrokken concentratie voor de relevante V&B-markten, ook al heeft zij die markten niet elk afzonderlijk onderzocht.
- 54 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de Commissie rekening had moeten houden met het marktaandeel van Air Berlin en met dat van interveniënte, alsook met de gevolgen van de betrokken concentratie voor hun onderlinge concurrentieverhouding, hun klanten en hun concurrenten op de relevante V&B-markten. Dienaangaande preciseert zij dat de Commissie had moeten nagaan welke door Air Berlin verzorgde verbindingen door interveniënte zouden worden overgenomen als gevolg van die concentratie en op welke V&B-markten die concentratie tot een monopolie zou kunnen leiden. Zij voegt hieraan toe dat de Commissie tevens de „simulatiemethoden voor het bepalen van de vraag” had moeten gebruiken om vast te stellen wat de meest waarschijnlijke verbindingen zouden zijn waaraan interveniënte de slots van Air Berlin zou toewijzen. In dat verband preciseert zij dat de Commissie zowel onderzoek had moeten verrichten van de V&B-markten met vertrek van en aankomst op de luchthaven van Düsseldorf (Duitsland) als van de V&B-markten met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens waarop interveniënte vóór de betrokken concentratie ten minste één verbinding per dag verzorgde.
- 55 Meer in het bijzonder stelt verzoekster dat de betrokken concentratie tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging kon leiden op de markten Berlijn (Duitsland) – Boedapest (Hongarije), Berlijn – Tel Aviv (Israël), Berlijn – Wenen (Oostenrijk), Berlijn – Zürich (Zwitserland), Berlijn – Napels (Italië) en Berlijn – Kopenhagen (Denemarken). Interveniente had die verbindingen immers in het kader van die concentratie van Air Berlin overgenomen, zodat zij over een monopolie beschikte op de markten Berlijn – Napels en Berlijn – Kopenhagen en nog maar één concurrent op de andere voornoemde markten had. Bovendien zou interveniënte haar activiteiten volgens verzoekster kunnen uitbreiden op verschillende V&B-markten die een punt van vertrek of aankomst op de Berlijnse luchthavens en op de luchthaven van Düsseldorf hebben. Verzoekster maakt hieruit op dat die concentratie een belemmering zou kunnen vormen voor de ontwikkeling van de activiteiten van andere luchtvaartmaatschappijen op die luchthavens. Gelet op de congestiegraad van die luchthavens stelt verzoekster dat de omstandigheid dat een klein aantal luchtvaartmaatschappijen over een groot aantal slots beschikt, de toegang van nieuwkomers tot die luchthavens kan belemmeren. Bovendien heeft een dergelijke concentratie niet enkel gevolgen voor de „Berlijnse markt”, maar ook voor de verbindingen vanaf de hubs van andere luchtvaartmaatschappijen die doorgaande passagiers vanaf de Berlijnse luchthavens vervoeren.
- 56 In de eerste plaats blijkt uit punt 50 hierboven dat aan de hand van een onderzoek van de V&B-markten kan worden vastgesteld welke luchtvervoersdiensten door de consument als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. In het geval van een concentratie waarbij de betrokken ondernemingen actieve luchtvaartmaatschappijen zijn, kan de Commissie dus nagaan op welke V&B-markten de activiteiten van die luchtvaartmaatschappijen elkaar overlappen. Zo kan zij nagaan welke gevolgen die concentratie voor de mededinging op die luchtvervoersmarkten heeft. Meer in het bijzonder kan zij berekenen wat het totale marktaandeel van die ondernemingen na die concentratie is en wat het marktaandeel van hun concurrenten is, zodat zij met name kan nagaan hoe groot de gevolgen voor de marktaandelen en voor de mate van concentratie zijn.

- 57 In casu had Air Berlin haar activiteiten echter gestaakt en zich dus teruggetrokken van alle V&B-markten waarop zij aanwezig was, waardoor haar activiteiten en die van interveniënte elkaar op geen enkele markt meer overlaptten. Aangezien de slots van Air Berlin bovendien aan geen enkele verbinding waren gekoppeld, heeft de Commissie terecht opgemerkt dat interveniënte die slots dus op andere V&B-markten kon gebruiken dan de markten waarop Air Berlin voordien actief was. Vaststaat immers dat interveniënte in staat was om de slots op een groot aantal andere V&B-markten te gebruiken. Bovendien heeft verzoekster in de punten 98 en 100 van de repliek erkend dat het voor de Commissie onmogelijk was om alle V&B-markten te onderzoeken waarop de slots van Air Berlin opnieuw konden worden gebruikt.
- 58 Anders dan bij concentraties tussen actieve luchtvaartmaatschappijen was het in casu dus niet zeker of de betrokken concentratie gevolgen zou hebben voor de mededinging op de V&B-markten waarop Air Berlin actief was voordat zij haar activiteiten staakte.
- 59 In de tweede plaats voert verzoekster geen enkel bewijs aan dat op basis van het onderzoek naar de gevolgen van de betrokken concentratie op de markten voor luchthaveninfrastructuurdiensten niet kon worden vastgesteld of sprake was van mogelijke belemmerende gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging op de afzonderlijke V&B-markten met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld.
- 60 Meer in het bijzonder wijst verzoekster weliswaar de V&B-markten aan waarop interveniënte de verbindingen van Air Berlin heeft overgenomen of waaraan zij de slots van Air Berlin kan toewijzen, maar stelt zij niet dat de betrokken concentratie de daadwerkelijke mededinging op die markten op significante wijze heeft belemmerd. Zij stelt daarentegen dat het niet aan haar staat om het bestaan van die belemmering te bewijzen, maar dat de Commissie moest bewijzen dat de mededinging niet werd belemmerd. Verzoekster stelt dus enkel dat die concentratie een dergelijke belemmering kan vormen en dat de Commissie haar onderzoek had moeten aanvullen, zonder dat zij dienaangaande ernstige aanwijzingen aanvoert in de zin van de in punt 44 hierboven aangehaalde rechtspraak. Meer in het bijzonder legt zij niet uit hoe die concentratie de daadwerkelijke mededinging op bepaalde V&B-markten op significante wijze kon belemmeren in het geval dat andere luchtvaartmaatschappijen nog steeds toegang hadden tot de betrokken luchthaveninfrastructuurdiensten.
- 61 Wat de markten Berlijn – Boedapest, Berlijn – Tel Aviv, Berlijn – Wenen, Berlijn – Zürich, Berlijn – Napels en Berlijn – Kopenhagen betreft, waarop interveniënte volgens verzoekster over een monopolie of een duopolie beschikte als gevolg van de betrokken concentratie, moet bovendien worden opgemerkt dat die situatie is ontstaan nadat Air Berlin zich van die markten had teruggetrokken. Zoals opgemerkt in de punten 27 tot en met 34 hierboven, heeft Air Berlin zich van die markten teruggetrokken omdat zij haar activiteiten voorafgaand aan en onafhankelijk van die concentratie had gestaakt. Bijgevolg kan uit de omstandigheid dat interveniënte na de totstandbrenging van die concentratie over een monopolie of duopolie op die V&B-markten beschikte, hoe dan ook niet worden afgeleid dat die concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op die markten heeft kunnen vormen.
- 62 Wat voorts de door verzoekster aangewezen V&B-markten met vertrek van of aankomst op de luchthaven van Düsseldorf en de Berlijnse luchthavens betreft, stelt zij dat de betrokken concentratie een machtspositie voor interveniënte in het leven kan roepen of haar in ieder geval in staat stelt om uitsluitingsstrategieën te hanteren. Dienaangaande voert zij aan dat andere luchtvaartmaatschappijen als gevolg van de overdracht van slots aan interveniënte onvoldoende slots op die luchthavens kunnen verkrijgen, waardoor zij hun activiteiten niet kunnen

ontwikkelen. Zoals de Commissie stelt, erkent verzoekster dus dat op basis van het onderzoek of interveniënte na de concentratie de door een luchthaven aangeboden luchthaveninfrastructuurdiensten kon afschermen, kon worden nagegaan of die concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vormde op de V&B-markten met vertrek van of aankomst op die luchthavens.

- 63 In de derde plaats kan, zoals de Commissie opmerkt, uit de stelling van verzoekster dat interveniënte de slots van Air Berlin zal gebruiken voor de uitbreiding van haar aanbod op de verbindingen waarnaar de vraag het grootst is, worden opgemaakt dat interveniënte niet alle verbindingen zal overnemen die Air Berlin voordien verzorgde. In dat verband preciseert verzoekster bovendien dat interveniënte een model „van punt tot punt” hanteert, waardoor zij haar vluchten niet onderling hoeft te synchroniseren, zodat zij haar slots afhankelijk van de marktomstandigheden eenvoudig aan andere verbindingen kan toewijzen. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de betrokken concentratie gevolgen kon hebben voor alle V&B-markten met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld, zodat het onderzoek naar de gevolgen van die concentratie niet kon worden beperkt tot de V&B-markten die verzoekster heeft aangewezen.
- 64 Hieruit volgt dat niet kan worden meegegaan met de stelling van verzoekster dat op basis van de door de Commissie afgebakende markt niet kon worden nagegaan of de betrokken concentratie ook de daadwerkelijke mededinging op de door verzoekster aangewezen V&B-markten op significante wijze kon belemmeren.
- 65 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het eerste middel van verzoekster, en dus dit middel in zijn geheel, worden afgewezen.

Tweede middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie

- 66 Het tweede middel bestaat in wezen uit drie onderdelen. Met het eerste onderdeel stelt verzoekster dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5; hierna: „richtsnoeren betreffende horizontale fusies”), alsook op de richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van die verordening (PB 2008, C 265, blz. 6; hierna: „richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies”). Met het tweede onderdeel stelt zij dat de Commissie de congestiegraad van de Berlijnse luchthavens, alsook het aandeel slots van interveniënte op die luchthavens onjuist heeft vastgesteld in het bestreden besluit. Met het derde onderdeel stelt zij dat de betrokken concentratie interveniënte in staat zal stellen om de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op die luchthavens af te schermen.
- 67 De Commissie en interveniënte betwisten het betoog van verzoekster.
- 68 Vooraf zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de materieelrechtelijke voorschriften van verordening nr. 139/2004, en in het bijzonder artikel 2 ervan, de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid geven, met name op het punt van economische beoordelingen, en dat de rechter derhalve bij zijn toezicht op de uitoefening van die bevoegdheid, die essentieel is voor de opstelling van regels voor concentraties, rekening moet houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt (arresten van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814,

punt 53, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 85). Derhalve is het vaste rechtspraak dat de toetsing door de rechters van de Europese Unie van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht, zich noodzakelijkerwijs beperkt tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arresten van 7 mei 2020, BTB Holding Investments en Duferco Participations Holding/Commissie, C-148/19 P, EU:C:2020:354, punt 56; 5 september 2014, Éditions Odile Jacob/Commissie, T-471/11, EU:T:2014:739, punt 137, en 12 december 2018, Servier e.a./Commissie, T-691/14, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2018:922, punt 1374).

- 69 Dat het Gerecht zijn eigen economische beoordeling niet in de plaats mag stellen van die van de Commissie, die institutioneel bevoegd is om die beoordeling te verrichten, neemt evenwel niet weg dat de Unierechter volgens vaste rechtspraak niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan dient te onderzoeken, maar ook moet nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen onderbouwen (arresten van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39, en 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 46).

Eerste onderdeel van het tweede middel: schending van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies en van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies

- 70 Verzoekster stelt dat de Commissie ten onrechte de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies heeft toegepast in plaats van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies. Zij voegt hieraan toe dat de Commissie tevens de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies zou hebben geschonden indien die richtsnoeren van toepassing waren geweest.
- 71 In de eerste plaats moet in herinnering worden gebracht dat horizontale fusies volgens de bewoordingen van punt 5 van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies, fusies zijn waarbij de betrokken ondernemingen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op dezelfde relevante markt. Voetnoot 6 preciseert evenwel dat die richtsnoeren niet gaan over de beoordeling van de gevolgen, waaronder de verticale gevolgen, die een fusie voor de mededinging op andere markten kan hebben. In dat verband preciseert punt 4 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies dat verticale fusies fusies zijn waarbij ondernemingen betrokken zijn die op verschillende niveaus van de leveringsketen actief zijn.
- 72 In casu heeft de Commissie zich in het bestreden besluit met name op de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies gebaseerd. Onder verwijzing naar punt 25 van die richtsnoeren heeft zij vastgesteld dat de omstandigheid dat interveniënte na de betrokken concentratie gemiddeld genomen minder dan 30 % van de slots op de Berlijnse luchthavens in handen zal hebben, een aanwijzing is dat die concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging tot gevolg zal hebben op de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin zijn gekoppeld. Zij heeft echter erkend dat het aandeel slots van interveniënte die drempelwaarde op bepaalde tijdstippen kan overschrijden.

- 73 Verzoekster stelt dienaangaande dat de Commissie de richtsnoeren betreffende horizontale fusies had moeten toepassen, aangezien de activiteiten van Air Berlin en die van interveniënte elkaar horizontaal overlaptten op de Berlijnse luchthavens. Aangezien interveniënte na de betrokken concentratie „veel meer dan” 25 % van alle slots in handen zal hebben op die luchthavens, is die concentratie volgens die richtsnoeren niet verenigbaar met de interne markt.
- 74 Zoals opgemerkt in de punten 45 tot en met 47 hierboven, heeft de Commissie in het bestreden besluit vastgesteld dat de betrokken concentratie zowel gevolgen zal hebben voor de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld als voor de markten voor luchthaveninfrastructuurdiensten van die luchthavens. Blijkens punt 72 hierboven heeft de Commissie de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies evenwel enkel toegepast om na te gaan welke gevolgen die concentratie kon hebben voor de relevante luchtvervoersmarkten. Zij heeft die richtsnoeren dus niet toegepast om na te gaan welke gevolgen die concentratie kon hebben voor de relevante markten voor luchthaveninfrastructuurdiensten.
- 75 Wat specifiek de relevante luchtvervoersmarkten betreft moet, ten eerste, in herinnering worden gebracht dat Air Berlin op geen van die markten meer aanwezig was, aangezien zij haar activiteiten had gestaakt. Zoals is vastgesteld in punt 57 hierboven, kon op die markten dus geen sprake meer zijn van overlapping van de activiteiten van Air Berlin en die van interveniënte. Bijgevolg heeft de Commissie, gelet op punt 5 van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies, terecht vastgesteld dat die richtsnoeren niet van toepassing waren op de beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie op die markten.
- 76 Ten tweede heeft de Commissie, zoals blijkt uit punt 46 hierboven en zoals verzoekster overigens erkent, terecht opgemerkt dat de toewijzing van slots de toegang tot luchthaveninfrastructuurdiensten mogelijk maakt en dat slots dus noodzakelijke voorzieningsbronnen zijn om luchtvervoersdiensten te verrichten. Hieruit volgt dat er een verticale relatie bestaat tussen de toewijzing van slots – die zich stroomopwaarts bevinden in de toeleveringsketen in de zin van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies – en de verrichting van luchtvervoersdiensten, die zich stroomafwaarts in die keten bevinden.
- 77 In die omstandigheden kan verzoekster de Commissie niet verwijten dat zij zich op de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies heeft gebaseerd om na te gaan welke verticale gevolgen de overdracht van de slots van Air Berlin kon hebben voor de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan die slots waren gekoppeld.
- 78 In de tweede plaats blijkt uit de punten 24 en 27 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies dat marktaandeelen en de graad van marktconcentratie bruikbare aanwijzingen zijn om de marktmacht van de partijen bij een concentratie te beoordelen. Meer in het bijzonder is het volgens de bewoordingen van punt 25 van die richtsnoeren onwaarschijnlijk dat de Commissie in het geval van niet-horizontale fusies mededingingsbezwaren vaststelt wanneer het marktaandeel van de nieuwe entiteit na de fusie op elk van de relevante markten niet groter is dan 30 % en de HHI (Herfindahl-Hirschman Index) na de fusie minder dan 2 000 bedraagt.
- 79 Verzoekster stelt dat de Commissie punt 25 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies heeft geschonden, voor zover zij in het bestreden besluit niet naar de HHI heeft verwezen en het aandeel slots van interveniënte na de betrokken concentratie groter zal zijn dan 30 %.

- 80 Volgens punt 27 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies kan uit het marktaandeel en de graad van marktconcentratie als bedoeld in punt 25 van die richtsnoeren evenwel niet het vermoeden worden afgeleid dat mededingingsbezwaren bestaan. Punt 25 beschrijft immers enkel een situatie waarin het onwaarschijnlijk is dat de Commissie mededingingsbezwaren vaststelt. Uit dat punt blijkt daarentegen niet dat die situatie de enige situatie is waarin dergelijke problemen zich niet voordoen.
- 81 Meer in het bijzonder hebben het marktaandeel en de graad van marktconcentratie als bedoeld in punt 25 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies betrekking op de vaststelling of de betrokken ondernemingen na de concentratie over marktmacht beschikken, en preciseert punt 27 van die richtsnoeren dat het hebben van aanzienlijke marktmacht op ten minste een van de relevante markten weliswaar een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde is voor het vaststellen van mededingingsbezwaren. Punt 32 van die richtsnoeren, waarnaar met name punt 27 van die richtsnoeren en het bestreden besluit verwijzen, vermeldt namelijk dat de afscherming van de markt voor voorzieningsbronnen bovendien veronderstelt dat aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan, te weten, ten eerste, dat de betrokken ondernemingen na de fusie de mogelijkheid hebben om de toegang tot voorzieningsbronnen af te schermen, ten tweede, dat zij de prikkel hebben om dit te doen, en, ten derde, dat de afscherming van die toegang de concurrentie benedenwaarts aanzienlijk schaadt.
- 82 Zoals blijkt uit punt 14 hierboven, meende de Commissie dat in casu aan geen van de drie voorwaarden als bedoeld in punt 32 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies was voldaan op de markten voor luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens. Bijgevolg kan op basis van de omstandigheid dat het aandeel slots van interveniënte op die luchthavens op bepaalde tijdstippen de in punt 25 van die richtsnoeren bedoelde drempelwaarde kan overschrijden, en dat de Commissie niet heeft onderzocht of de HHI lager was dan de in dat punt bedoelde drempelwaarde, niet worden vastgesteld dat de Commissie die richtsnoeren heeft geschonden. Wat de HHI betreft moet, zoals de Commissie heeft opgemerkt, bovendien worden vastgesteld dat verzoekster zelf in punt 82 van bijlage C.2 bij de repliek erkent dat „de HHI in de praktijk nauwelijks wordt toegepast in zaken betreffende de controle op concentraties in de luchtvaartsector”.
- 83 Hieruit volgt dat verzoekster niet kan stellen dat de Commissie de richtsnoeren betreffende horizontale fusies of de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies heeft geschonden.
- 84 Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het tweede middel van verzoekster worden afgewezen.

Tweede onderdeel van het tweede middel: onjuiste vaststelling van het aandeel slots en van de congestiegraad op de Berlijnse luchthavens

- 85 Volgens verzoekster heeft de Commissie zowel de congestiegraad van de Berlijnse luchthavens als het aandeel slots van interveniënte op die luchthavens onjuist vastgesteld in het bestreden besluit.
- 86 In de eerste plaats verwijt verzoekster de Commissie dat zij zich voor de berekening van het aandeel slots waarover interveniënte na de betrokken concentratie zou beschikken, uitsluitend op de gegevens van interveniënte heeft gebaseerd, terwijl zij ook de gegevens van de coördinatoren van de Berlijnse luchthavens had moeten opvragen. Zij voegt hieraan toe dat de Commissie het aandeel slots van interveniënte op die luchthavens heeft onderschat.

- 87 Dienaangaande zij ten eerste opgemerkt dat, gelet op de dwingende eis dat de Commissie snel handelt en op de strikte termijnen die zij in het kader van de procedure voor de controle op concentraties dient te eerbiedigen, bij het ontbreken van aanwijzingen dat de verstrekte informatie onjuist is, niet van de Commissie kan worden verlangd dat zij alle door haar ontvangen informatie controleert. Hoewel de in het kader van die procedure op de Commissie rustende verplichting om een zorgvuldig en onafhankelijk onderzoek te verrichten, haar niet toestaat om zich te baseren op elementen of inlichtingen die niet kunnen worden geacht met de waarheid overeen te stemmen, veronderstelt die dwingende eis om snel te handelen dat zij de juistheid en de betrouwbaarheid van de inlichtingen die zij ontvangt niet zelf tot in detail kan controleren, zodat de concentratiecontroleprocedure noodzakelijkerwijs in zekere mate op vertrouwen berust (arrest van 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 184).
- 88 In dat verband zij eraan herinnerd dat de wetgeving op het gebied van de controle op concentraties voorziet in verschillende maatregelen om de verstrekking van onjuiste of misleidende informatie tegen te gaan en te bestraffen. Naast het feit dat de aanmeldende partijen uitdrukkelijk verplicht zijn om de Commissie op grond van artikel 4, lid 1, en artikel 6, lid 2, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 (PB 2004, L 133, blz. 1, met rectificatie in PB 2004, L 172, blz. 9) volledig en naar waarheid in te lichten over de feiten en omstandigheden die relevant zijn voor het besluit, aan welke verplichting in artikel 14 van verordening nr. 139/2004 sancties worden verbonden, kan de Commissie tevens het besluit waarbij zij de verenigbaarheid heeft vastgesteld intrekken op grond van artikel 6, lid 3, onder a), en artikel 8, lid 6, onder a), van verordening nr. 139/2004, indien dat besluit berust op verkeerde informatie waarvoor een van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is of wanneer dat met bedrog is verkregen (arrest van 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 185).
- 89 In casu volgt uit het bestreden besluit dat de gegevens van interveniënte waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, met name afkomstig waren uit een database van de International Air Transport Association (IATA), hetgeen verzoekster overigens ter terechtzitting heeft bevestigd. Aangezien er meerdere databases zijn die met name toegankelijk zijn voor luchtvaartmaatschappijen, en verzoekster de betrouwbaarheid van die databases als zodanig niet betwist, kon de Commissie ervan uitgaan dat interveniënte in staat was om betrouwbare gegevens te verstrekken, en mocht zij de gegevens van interveniënte derhalve gebruiken voor haar beoordeling.
- 90 Ten tweede moet hoe dan ook worden opgemerkt dat de Commissie in het bestreden besluit heeft aangegeven dat zij zich niet enkel op de gegevens van interveniënte heeft gebaseerd. Zij heeft immers gepreciseerd dat zij die gegevens heeft geverifieerd bij de beheerders en coördinatoren van de betrokken luchthavens.
- 91 Bovendien volstaan de argumenten van verzoekster niet om vraagtekens te plaatsen bij de waarachtigheid van de gegevens waarop de Commissie zich heeft gebaseerd. Dienaangaande blijkt volgens verzoekster uit een andere database dan de in het bestreden besluit genoemde database dat het gemiddelde aandeel slots van interveniënte op de Berlijnse luchthavens 30,05 % was tijdens de IATA-dienstregelingsperiode (seizoen) voor de zomer van 2018 en 23,6 % tijdens het IATA-winterseizoen 2017/2018. Volgens verzoekster heeft de Commissie het aandeel slots van interveniënte dus onderschat, aangezien zij in het bestreden besluit heeft aangegeven dat het gemiddelde aandeel slots van interveniënte op de Berlijnse luchthavens kleiner dan 25 % was tijdens het IATA-zomerseizoen 2018 en kleiner dan 20 % tijdens het

- IATA-winterseizoen 2017/2018. Evenwel moet worden vastgesteld dat de gegevens waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, schattingen waren die bij de vaststelling van het bestreden besluit beschikbaar waren. In dat verband zij erop gewezen dat verzoekster, zoals de Commissie in wezen stelt, in haar stukken niet de datum van de door haar aangevoerde gegevens preciseert. Bovendien heeft verzoekster ter terechtzitting bevestigd dat die gegevens van na het bestreden besluit dateren. Bijgevolg kan uit het feit dat de door verzoekster verstrekte gegevens niet exact overeenkomen met de schattingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, niet per definitie worden opgemaakt dat die schattingen niet als voldoende betrouwbaar konden worden beschouwd op de datum waarop het bestreden besluit is vastgesteld.
- 92 Bovendien berekent verzoekster het aandeel slots van interveniënte op basis van alle slots die aan luchtvaartmaatschappijen zijn toegewezen, en houdt zij dus geen rekening met de niet toegewezen slots. Daarentegen is de berekening die de Commissie in het bestreden besluit heeft verricht van het aandeel slots van interveniënte gebaseerd op alle slots van de betrokken luchthavens. Voorts hadden de Berlijnse luchthavens tijdens het IATA-zomerseizoen van 2018 en tijdens het IATA-winterseizoen van 2017/2018 volgens de Commissie een gemiddelde congestiegraad van slechts 54 %, respectievelijk 46 %. Afhankelijk van het in ogenschouw genomen IATA-seizoen was 46 % tot 54 % van de slots op de Berlijnse luchthavens dus niet toegewezen. Bijgevolg is de enkele omstandigheid dat verzoekster een groter aandeel slots aanvoert dan het aandeel slots waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, niet toereikend om vast te stellen dat de Commissie zich op een onjuist aandeel slots heeft gebaseerd.
- 93 Wat tot slot het verwijt van verzoekster betreft dat de Commissie niet heeft gepreciseerd welk „econometrisch model” zij voor haar beoordeling heeft gebruikt, kan worden volstaan met de vaststelling dat de Commissie in de overwegingen 110, 111 en 114 van het bestreden besluit heeft beschreven hoe zij het aandeel slots van interveniënte en de congestiegraad van de betrokken luchthavens heeft berekend.
- 94 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat de Berlijnse luchthavens tijdens de IATA-zomerseizoenen slechts van 3.00 uur UTC tot 21.59 uur UTC geopend waren, aangezien de luchthaven Berlijn-Schönefeld permanent geopend was en de luchthaven Berlijn-Tegel van 4.00 uur UTC tot 20.59 uur UTC geopend was. Aangezien sommige luchtvaartmaatschappijen vanwege het tekort aan slots nachtslots gebruiken, kan die fout van de Commissie tot een ongeldige beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie leiden.
- 95 Dienaangaande heeft de Commissie in het bestreden besluit opgemerkt dat zij de openingstijden van de Berlijnse luchthavens bij benadering heeft vastgesteld. Voor de berekening van de congestiegraad en van het aandeel slots dat interveniënte na de concentratie op die luchthavens zou hebben, is de Commissie er namelijk van uitgegaan dat die luchthavens dezelfde openingstijden hadden – te weten van 3.00 uur UTC tot 21.59 uur UTC tijdens het IATA-zomerseizoen – ook al kwamen die tijden niet exact overeen met de werkelijkheid. Zij heeft evenwel gepreciseerd dat op de luchthaven Berlijn-Schönefeld tussen 21.59 uur UTC en 3.00 uur UTC een verwaarloosbaar aantal slots werd gebruikt.
- 96 In die omstandigheden moet, ten eerste, worden opgemerkt dat verzoekster zich beperkt tot de hypothese dat luchtvaartmaatschappijen tijdens de IATA-zomerseizoenen de keuze hebben om de luchthaven Berlijn-Schönefeld tussen 21.59 uur UTC en 3.00 uur UTC te gebruiken. Zij voert evenwel geen enkel element aan waaruit blijkt dat er tijdens die periode onvoldoende slots op die luchthaven waren om aan de vraag te voldoen. Ten tweede legt verzoekster niet uit in welk opzicht die benaderingsmethode de berekeningen van de Commissie dermate kon wijzigen dat haar

beoordeling van de gevolgen van die concentratie hierdoor ongeldig zou worden. Meer in het bijzonder moet worden gewezen op de stelling van de Commissie dat die benaderingsmethode heeft geleid tot een overschatting van zowel de congestiegraad van de Berlijnse luchthavens als het aandeel slots van interveniënte op die luchthavens, hetgeen verzoekster overigens ter terechtzitting heeft erkend. Uit die benaderingsmethode kan dus niet worden opgemaakt dat de Commissie de gevolgen van de betrokken concentratie kennelijk onjuist heeft beoordeeld.

- 97 In de derde plaats trekt verzoekster de door de Commissie vastgestelde congestiegraad van de Berlijnse luchthavens in twijfel omdat niet uit het bestreden besluit blijkt dat de Commissie behalve het gebruik van de start- en landingsbanen, ook de capaciteit van de terminals en het aantal parkeerplaatsen in beschouwing heeft genomen, en de beheerder van de luchthaven Berlijn-Tegel verzoekster bovendien heeft laten weten dat er onvoldoende parkeerplaatsen waren om aan de vraag te voldoen.
- 98 In dat verband heeft de Commissie in het bestreden besluit opgemerkt dat binnen de verschillende luchthavendiensten die onmisbaar zijn voor het verrichten van luchtvervoersdiensten geen onderscheid hoefde te worden gemaakt tussen de toegang tot terminals en de toegang tot parkeerplaatsen, aangezien de toewijzing van slots per definitie de toegang tot al die diensten omvat.
- 99 In die omstandigheden kan worden volstaan met de opmerking dat verzoekster weliswaar stelt dat de Commissie rekening had moeten houden met de capaciteit van de terminals van de betrokken luchthavens, maar geen gegevens overlegt waarmee kan worden aangetoond dat de capaciteit van de Berlijnse luchthavens zich beperkte tot die van hun respectieve terminals.
- 100 Verzoekster legt wel een e-mail van 19 februari 2018 van de beheerder van de luchthaven Berlijn-Tegel over, die betrekking heeft op de toewijzing van parkeerplaatsen op die luchthaven. In die e-mail legt die beheerder, ten eerste, uit dat vanwege „de insolventie van Air Berlin in de zomer van 2017” capaciteit kon worden vrijgemaakt op die luchthaven, ten tweede, dat de vraag van luchtvaartmaatschappijen naar nachtparkeerplaatsen aanzienlijk was gestegen ten opzichte van eerdere seizoenen, wat tot onvoldoende capaciteit op die luchthaven had geleid, en, ten derde, dat er met ingang van het „zomerseizoen” van 2018 een nieuwe procedure voor de toewijzing van die parkeerplaatsen zou worden ingevoerd. Hij preciseert tevens dat in voorkomend geval rechtstreeks contact kan worden opgenomen met de luchtvaartmaatschappijen teneinde de coördinatie ervan nog verder te verbeteren.
- 101 Verzoekster legt evenwel niet uit waarom de nachtparkeerplaatsen op de luchthaven Berlijn-Tegel voorzieningsbronnen zijn die net als slots noodzakelijk zijn voor de verrichting van luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens. Bovendien vermeldt de door verzoekster overgelegde e-mail niet enkel dat een nieuwe procedure voor de toewijzing van nachtparkeerplaatsen zal worden ingevoerd, maar tevens dat de coördinatie van luchtvaartmaatschappijen indien nodig kan worden verbeterd. Bijgevolg kan louter op basis van die e-mail niet worden vastgesteld dat het aantal parkeerplaatsen beperkende gevolgen heeft voor de verrichting van luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens.
- 102 In die omstandigheden kan verzoekster niet stellen dat de berekening van de congestiegraad op de luchthaven Berlijn-Tegel noodzakelijkerwijs rekening had moeten houden met de parkeerplaatsen en met de capaciteit van de terminals.

- 103 Bijgevolg kan niet worden meegegaan met de stelling van verzoekster dat de Commissie het aandeel slots en de congestiegraad verkeerd heeft berekend, en moet het tweede onderdeel van het tweede middel van verzoekster worden afgewezen.

Derde onderdeel van het tweede middel: de betrokken concentratie zou interveniënte in staat kunnen stellen de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens af te scherm

- 104 Verzoekster stelt dat de betrokken concentratie mededingingsbelemmerende gevolgen heeft. Volgens verzoekster zou een groot deel van de aan interveniënte overgedragen slots op de Berlijnse luchthavens zijn toegewezen aan andere luchtvaartmaatschappijen indien de concentratie niet tot stand was gebracht. Dienaangaande stelt zij dat de luchthaven Berlijn-Tegel een gecoördineerde luchthaven in de zin van verordening nr. 95/93 is. Bijgevolg zou tot wel de helft van alle voormalige slots van Air Berlin overeenkomstig artikel 10 van die verordening zijn toegewezen aan „nieuwkomers” zoals zij, waardoor er minder hinderpalen voor de toegang tot de betrokken markten zouden zijn geweest. Bovendien zou interveniënte, gelet op het grote aandeel slots waarover zij beschikt en op de congestiegraad van de Berlijnse luchthavens, diverse uitsluitingsstrategieën kunnen hanteren.
- 105 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat de prospectieve analyse die de Commissie moet verrichten, bedoeld is om de veranderingen te onderzoeken die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op een bepaalde markt bepalen, zodat kan worden nagegaan of die veranderingen zullen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 43).
- 106 In casu heeft de Commissie in het bestreden besluit vastgesteld dat de slots van Air Berlin weer in de pool als bedoeld in artikel 10 van verordening nr. 95/93 hadden kunnen worden opgenomen indien de betrokken concentratie niet tot stand was gebracht. Dienaangaande heeft zij onder verwijzing naar artikel 10, lid 6, van die verordening gepreciseerd dat 50 % van die slots aan nieuwe gegadigden zou zijn toegewezen, tenzij hun aanvragen minder dan 50 % van die slots hadden bedragen. Bijgevolg zouden de slots van Air Berlin ofwel zijn overgedragen aan luchtvaartmaatschappijen die reeds over voldoende slots beschikten op de betrokken luchthavens, ofwel aan luchtvaartmaatschappijen die wilden toetreden tot de markten voor luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op die luchthavens. Het aandeel slots van interveniënte op de luchthaven Berlijn-Tegel had dus kunnen toenemen indien de betrokken concentratie niet tot stand was gebracht.
- 107 De Commissie is evenwel uitgegaan van de hypothese dat alle slots die het voorwerp van die concentratie waren, zouden zijn toegewezen aan andere luchtvaartmaatschappijen dan interveniënte. Derhalve blijkt uit de beoordeling van de Commissie dat de toename van het aandeel slots als gevolg van de betrokken concentratie groter zal zijn dan de toename die had moeten worden vastgesteld in de door verzoekster aangevoerde hypothese dat een deel van de slots van Air Berlin weer in de pool als bedoeld in artikel 10 van verordening nr. 95/93 zou zijn opgenomen indien die concentratie niet tot stand was gebracht.
- 108 In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat volgens artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 enkel concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name door een

machtspositie in het leven te roepen of te versterken, onverenigbaar met de interne markt moeten worden verklaard. Zoals de Commissie terecht stelt, is de enkele omstandigheid dat een concentratie mededingingsbelemmerende gevolgen zou hebben dus niet toereikend om die concentratie onverenigbaar met de interne markt te verklaren, zolang zij geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan meebrengt.

- 109 In die omstandigheden kan op basis van de enkele omstandigheid dat bepaalde aan interveniënte overgedragen slots op de Berlijnse luchthavens hadden kunnen worden toegewezen aan andere luchtvaartmaatschappijen indien de betrokken concentratie niet tot stand was gebracht – en er voor die luchtvaartmaatschappijen dus minder hinderpalen voor markttoegang zouden zijn geweest op die luchthavens – niet worden aangetoond dat die concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kon belemmeren.
- 110 In de derde plaats heeft de Commissie onderzocht of interveniënte de luchthaveninfrastructuurdiensten en bijgevolg de markten voor luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens kon afschermen.
- 111 Zoals blijkt uit punt 13 hierboven, heeft de Commissie dienaangaande niet alleen rekening gehouden met het aandeel slots van interveniënte en met de gevolgen van de betrokken concentratie voor dat aandeel slots, maar ook met de congestie op die luchthavens. De Commissie heeft immers weliswaar onder verwijzing naar artikel 3, lid 5, van verordening nr. 95/93 opgemerkt dat de capaciteit van gecoördineerde luchthavens niet volstaat om op basis van vrijwillige onderlinge samenwerking tussen de luchtvervoerders tegemoet te komen aan de vraag van al die luchtvervoerders, maar zij heeft erop gewezen dat een luchthaven ook als een gecoördineerde luchthaven in de zin van die verordening kan worden aangemerkt indien niet alle slots ervan worden benut. Aldus heeft zij de congestiegraad van de betrokken luchthavens berekend door voor elk uur dat die luchthavens geopend waren het aantal slots dat aan alle luchtvaartmaatschappijen was toegewezen te delen door het totale aantal beschikbare slots. Volgens haar kon een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging in beginsel worden uitgesloten wanneer de gemiddelde congestiegraad van een luchthaven lager was dan 60 %, hetgeen niet door verzoekster is weersproken.
- 112 Meer in het bijzonder heeft de Commissie allereerst opgemerkt dat het aandeel slots van interveniënte na de betrokken concentratie, ten eerste, gemiddeld genomen kleiner zou zijn dan 25 %, ten tweede, kleiner zou zijn dan 40 % tijdens de uren waarin de congestiegraad het hoogst zou zijn – te weten tussen 10.00 uur en 10.59 uur UTC tijdens het IATA-zomerseizoen van 2018 en tussen 8.00 uur en 8.59 uur tijdens het IATA-winterseizoen 2017/2018 – en, ten derde, kleiner zou zijn dan 50 % wanneer haar aandeel slots het grootst zou zijn – te weten op vrijdagen tussen 14.00 uur en 14.59 uur UTC tijdens dat zomerseizoen en op vrijdagen tussen 15.00 uur en 15.59 uur UTC tijdens dat winterseizoen.
- 113 Vervolgens heeft de Commissie, ten eerste, vastgesteld dat de gemiddelde congestiegraad 54 % zou zijn tijdens het IATA-zomerseizoen van 2018 en 46 % tijdens het IATA-winterseizoen 2017/2018 en, ten tweede, dat de congestiegraad maximaal 73 % zou zijn tussen 10.00 uur en 10.59 uur UTC tijdens dat zomerseizoen en maximaal 62 % tussen 8.00 uur en 8.59 uur tijdens dat winterseizoen.

- 114 Tot slot heeft de Commissie, zoals blijkt uit de punten 112 en 113 hierboven, opgemerkt dat het tijdstip waarop het aandeel slots van interveniënte het grootst zou zijn, niet het tijdstip was waarop de congestiegraad het hoogst was, en dat de Berlijnse luchthavens hoe dan ook voldoende capaciteit over hadden om de markttoegang van concurrenten en de uitbreiding van hun activiteiten mogelijk te maken, zelfs wanneer de congestiegraad het hoogst was.
- 115 Verzoekster stelt dat interveniënte, gelet op haar grote aandeel slots en gelet op de congestiegraad van met name de Berlijnse luchthavens, diverse uitsluitingsstrategieën zal kunnen hanteren. Volgens haar zal interveniënte na de betrokken concentratie – ervan uitgaande dat er een verband is tussen enerzijds het aantal stoelen van Air Berlin en het aantal passagiers dat zij vervoert en anderzijds de aan interveniënte overgedragen slots – tijdens het IATA-winterseizoen 2017/2018 en tijdens het IATA-zomerseizoen 2018 tot wel 40 % van het totaal aantal stoelen en tussen de 40 % en 50 % van de passagiers vervoeren. Zij maakt hieruit op dat interveniënte, ten eerste, meer vluchten kan gaan uitvoeren op de geplande vluchttijden van nieuwkomers of op verbindingen die reeds door nieuwkomers worden gebruikt, waardoor de activiteiten van die nieuwkomers minder rendabel worden, ten tweede, haar slots efficiënter kan gaan benutten door die slots zo nodig op diverse van haar verbindingen te gaan gebruiken en, ten derde, haar klanten gunstigere frequent-flyerprogramma's kan gaan aanbieden. Verzoekster preciseert dat het niet aan haar is om die risico's te bewijzen, maar dat de Commissie die risico's moest onderzoeken.
- 116 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de Commissie, anders dan verzoekster suggereert, heeft onderzocht of de uitbreiding van het aantal slots van interveniënte haar in staat zou stellen om de toegang van andere luchtvaartmaatschappijen tot de markten voor luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op de betrokken luchthavens te beperken. Zij heeft evenwel vastgesteld dat interveniënte in casu niet over de capaciteit zou beschikken om de toegang van andere luchtvaartmaatschappijen tot die markten te belemmeren.
- 117 Voorts verwijst verzoekster enkel naar het marktaandeel van interveniënte op de luchthaven Berlijn-Tegel, terwijl de betrokken concentratie, zoals opgemerkt in punt 12 hierboven, enkel gevolgen voor de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op die luchthaven zou kunnen hebben in het geval dat de luchthaven Berlijn-Tegel en de luchthaven Berlijn-Schönefeld tot dezelfde geografische markt zouden behoren. Zij legt dus niet uit hoe de door haar aangevoerde uitsluitingsstrategieën in concreto zouden kunnen worden uitgevoerd voor alle Berlijnse luchthavens, met name gelet op het feit dat het gemiddelde aandeel slots van interveniënte kleiner zou zijn dan 25 % en de gemiddelde congestiegraad van die luchthavens lager is dan de 60 % die in punt 111 hierboven wordt genoemd. Meer in het bijzonder zet zij niet uiteen waarom het, gelet op die congestiegraad, voor een nieuwkomer niet mogelijk zou zijn om het aantal slots te bemachtigen dat nodig is om luchtvervoersdiensten met vertrek van of aankomst op die luchthavens te verrichten.
- 118 In de tweede plaats zij eraan herinnerd dat het feit dat concurrenten kunnen worden benadeeld vanwege de efficiëntieverbeteringen die een fusie meebrengt, op zich geen mededingingsbezwaren kan doen rijzen, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in punt 16 van haar richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies. Verzoekster legt niet uit in welk opzicht de omstandigheid dat interveniënte haar slots efficiënter zal gaan benutten en haar klanten gunstigere frequent-flyerprogramma's zal gaan aanbieden geen efficiëntieverbeteringen zijn die weliswaar nadelig kunnen zijn voor concurrenten, maar daarom nog geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging teweegbrengen.

- 119 In de derde plaats zij eraan herinnerd dat de Commissie, zoals in punt 14 hierboven is opgemerkt, zich met name op drie verschillende gronden heeft gebaseerd om de betrokken concentratie op de Berlijnse luchthavens verenigbaar met de interne markt te verklaren. De Commissie heeft vastgesteld dat interveniënte niet over de capaciteit zal beschikken om de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens af te schermen, dat zij geen prikkel zal hebben om die markten af te schermen en dat de uitvoering van een eventuele uitsluitingsstrategie door interveniënte niet tot een afname van de mededinging op die markten zal leiden. Aangezien verzoekster die tweede en derde grond van het bestreden besluit niet betwist, moet het betoog van verzoekster dat interveniënte over de capaciteit beschikt om die toegang af te schermen hoe dan ook als niet ter zake dienend worden afgewezen.
- 120 Hieruit volgt dat de Commissie geen kennelijk onjuiste beoordeling heeft verricht door vast te stellen dat de betrokken concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de Berlijnse luchthavens kon teweegbrengen.
- 121 Bijgevolg moet het derde onderdeel van het tweede middel van verzoekster, en dus dit middel in zijn geheel, worden afgewezen.

Derde en vierde middel: de Commissie heeft niet onderzocht of de betrokken concentratie tot efficiëntieverbeteringen kon leiden en heeft geen verbintenissen geëist

- 122 Verzoekster stelt dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op de richtsnoeren betreffende horizontale fusies, omdat zij niet heeft onderzocht of de betrokken concentratie tot efficiëntieverbeteringen kon leiden. Bovendien verwijt zij de Commissie dat zij geen corrigerende maatregelen in de vorm van verbintenissen aan interveniënte heeft opgelegd waarmee luchtvaartmaatschappijen in staat konden worden gesteld om bepaalde slots van interveniënte te gebruiken.
- 123 De Commissie en interveniënte betwisten het betoog van verzoekster.
- 124 In de eerste plaats blijkt uit de bewoordingen van rubriek 9 van het formulier CO voor het aanmelden van een concentratie overeenkomstig verordening nr. 139/2004, dat is opgenomen in bijlage I bij verordening nr. 802/2004, alsook uit punt 78 van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies, waarnaar onder meer de voetnoot in punt 21 van de richtsnoeren betreffende niet-horizontale fusies verwijst, dat door de concentratie gegenereerde efficiëntieverbeteringen de mededinging in het belang van consumenten moeten bevorderen. Overweging 29 van verordening nr. 139/2004, waarnaar verzoekster verwijst, herinnert eraan dat het mogelijk is dat dergelijke verbeteringen die een concentratie teweegbrengt, opwegen tegen de gevolgen voor de mededinging, in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consumenten die anders uit die concentratie zou kunnen voortvloeien, en dat de concentratie bijgevolg de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze belemmert.
- 125 Evenzo zij eraan herinnerd dat de verbintenissen die de betrokken ondernemingen aangaan, in omstandigheden als de onderhavige tot doel hebben om elke ernstige twijfel weg te nemen over de vraag of de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een aanzienlijk deel daarvan aanzienlijk zou belemmeren, met name doordat een machtspositie zou ontstaan of zou worden versterkt (arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 297).

- 126 In casu heeft de Commissie op grond van artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 vastgesteld dat de betrokken concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een aanzienlijk deel daarvan teweeg kon brengen, zonder dat zij interveniënte heeft verplicht om efficiëntieverbeteringen aan te tonen of verbintenissen voor te stellen. Aangezien in punt 120 hierboven is vastgesteld dat die concentratie, anders dan verzoekster stelt, geen kennelijke belemmering van de mededinging kan teweegbrengen, hoefde de Commissie geen onderzoek te doen naar efficiëntieverbeteringen die hadden kunnen opwegen tegen de mededingingsbelemmerende gevolgen van die concentratie, noch naar verbintenissen die die belemmering hadden kunnen voorkomen.
- 127 In de tweede plaats blijkt uit overweging 29 van verordening nr. 139/2004 en uit de punten 84 tot en met 87 van de richtsnoeren betreffende horizontale fusies, die door verzoekster zijn aangevoerd, dat het aan de fuserende partijen staat om de eventuele efficiëntieverbeteringen aan te tonen die uit die concentratie voortvloeien. Evenzo blijkt uit artikel 6, lid 2, van die verordening en uit artikel 19 van verordening nr. 802/2004 dat het in voorkomend geval aan de fuserende partijen staat om wijzigingen van die concentratie voor te stellen in de vorm van verbintenissen. Hieruit volgt dat verzoekster de Commissie niet kan verwijten dat zij geen onderzoek heeft verricht naar efficiëntieverbeteringen die niet vooraf door verzoekster zijn bewezen, noch dat zij geen verbintenissen heeft opgelegd die niet vooraf door verzoekster zijn voorgesteld.
- 128 In die omstandigheden moeten het derde en het vierde middel van verzoekster worden afgewezen.

Vijfde middel: er is geen rekening gehouden met de reddingssteun bij de beoordeling van de gevolgen van de betrokken concentratie

- 129 Verzoekster stelt dat de toekenning van de reddingssteun aan Air Berlin tot doel had om de betrokken concentratie tot stand te brengen. Dienaangaande stelt zij dat die steun niet verenigbaar was met de interne markt, dat bepaalde informatie met betrekking tot die steun niet toegankelijk was voor het publiek en dat die steun andere „efficiëntere marktdeelnemers” heeft verhinderd om de activa van Air Berlin over te nemen. Daarenboven voert zij aan dat die steun de financieringsmogelijkheden van Air Berlin heeft gewijzigd, en dat de Commissie dus overeenkomstig artikel 2, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 rekening moest houden met die steun.
- 130 De Commissie en interveniënte betwisten het betoog van verzoekster.
- 131 Dienaangaande blijkt in de eerste plaats uit het besluit waarbij de reddingssteun verenigbaar met de interne markt is verklaard, dat die steun met name bedoeld was om een „ordelijke” verkoop van de activa van Air Berlin mogelijk te maken, zodat de negatieve gevolgen voor het personeel van Air Berlin konden worden beperkt.
- 132 Ten eerste kan uit de stelling van verzoekster dat de reddingssteun onverenigbaar is met de interne markt en dat bepaalde informatie met betrekking tot die steun niet toegankelijk was voor het publiek, niet worden opgemaakt dat die steun specifiek bedoeld was om de activa van Air Berlin die het voorwerp zijn van de betrokken concentratie, over te dragen aan interveniënte.
- 133 Ten tweede stelt noch bewijst verzoekster dat de „efficiëntere marktdeelnemers” waarnaar zij verwijst, in het kader van de insolventieprocedure van Air Berlin geen bod konden doen om de activa van Air Berlin over te nemen.

- 134 Ten derde kan, zoals in punt 109 hierboven is opgemerkt, louter op basis van de omstandigheid dat ten minste een gedeelte van de slots van Air Berlin die aan interveniënte zijn overgedragen, aan concurrenten van interveniënte zouden zijn toegewezen indien de concentratie niet tot stand was gebracht, niet worden vastgesteld dat die concentratie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging teweegbrengt en derhalve onverenigbaar met de interne markt had moeten worden verklaard door de Commissie.
- 135 In de tweede plaats blijkt uit artikel 2, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 dat de Commissie bij haar beoordeling van concentraties onder meer rekening moet houden met de marktpositie van de betrokken ondernemingen en met hun economische en financiële macht. Verzoekster voert evenwel geen enkel element aan waarmee kan worden bewezen dat het leningbedrag dat uit hoofde van de reddingssteun aan Air Berlin is toegekend, deel uitmaakte van de activa die interveniënte in het kader van de betrokken concentratie had overgenomen.
- 136 In die omstandigheden is niet vast komen te staan dat het aan Air Berlin toegekende leningdeel deel uitmaakte van de betrokken concentratie, zodat moet worden vastgesteld dat de reddingssteun geen gevolgen kon hebben voor de marktpositie of de economische en financiële macht die samenhang met de door interveniënte overgenomen activa van Air Berlin. Hieruit volgt dat die steun de beoordeling van die concentratie door de Commissie niet kon wijzigen.
- 137 Bijgevolg moet het vijfde middel van verzoekster worden afgewezen.

Zesde middel: schending van artikel 296 VWEU

- 138 Verzoekster stelt dat de Commissie artikel 296 VWEU heeft geschonden omdat zij het bestreden besluit ontoereikend heeft gemotiveerd. Meer in het bijzonder verwijt zij de Commissie dat zij de feiten die verband houden met de betrokken concentratie niet uitputtend heeft onderzocht. Zo stelt zij dat de Commissie geen onderzoek heeft verricht naar de gevolgen van die concentratie op de V&B-markten, dat zij slechts een „summiere” analyse heeft verricht van het mogelijke belang van interveniënte bij een uitsluitingsstrategie en van de gevolgen van een dergelijke strategie voor de mededinging, dat zij niet is nagegaan of de efficiëntieverbeteringen die uit de betrokken concentratie voortvloeiden, opwogen tegen de mededingingsbelemmerende gevolgen ervan, dat zij niet heeft onderzocht of de door de betrokken concentratie teweeggebrachte significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging kon worden verholpen met corrigerende maatregelen en, tot slot, dat zij geen rekening heeft gehouden met de reddingssteun.
- 139 De Commissie en interveniënte betwisten het betoog van verzoekster.
- 140 Volgens artikel 296 VWEU moeten door de instellingen van de Unie vastgestelde rechtshandelingen met redenen worden omkleed.
- 141 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de door artikel 296 VWEU vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten dus worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten van de handeling of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet

noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, punt 63; 22 juni 2004, Portugal/Commissie, C-42/01, EU:C:2004:379, punt 66, en 15 april 2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, punt 79).

- 142 Zo schendt de Commissie haar motiveringsplicht niet indien zij bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot het controleren van concentraties in haar besluit geen specifieke motivering geeft met betrekking tot de beoordeling van een aantal aspecten van de concentratie die haar kennelijk niet ter zake dienend, zonder betekenis of duidelijk bijkomstig voor de beoordeling ervan lijken (zie in die zin arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, punt 64). Een dergelijke verplichting zou immers moeilijk verenigbaar zijn met het vereiste om snel te werk te gaan en met de korte proceduretermijnen waaraan de Commissie zich bij de uitoefening van haar controlebevoegdheid inzake concentraties moet houden en die deel uitmaken van de specifieke omstandigheden waarin een dergelijke controleprocedure plaatsvindt. Hieruit volgt dat de Commissie, wanneer zij op grond van artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 een concentratie verenigbaar met de interne markt verklaart, aan de motiveringsplicht voldoet wanneer dat besluit duidelijk uiteenzet waarom zij van mening is dat de betrokken concentratie, eventueel na de door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen, de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze belemmert, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken (zie naar analogie arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 100).
- 143 In casu moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de Commissie, zoals blijkt uit de punten 27 en 46 hierboven, in het bestreden besluit heeft uiteengezet waarom zij de betrokken concentratie niet op elk van de relevante V&B-markten heeft beoordeeld. Zij heeft immers uitgelegd dat Air Berlin haar activiteiten voorafgaand aan de betrokken concentratie en onafhankelijk daarvan had gestaakt en dus geen activiteiten meer verrichtte op de V&B-markten waarop zij voordien aanwezig was. Bovendien heeft zij aangevoerd dat het onderzoek naar de gevolgen van die concentratie zich moest richten op de markten voor luchtvervoer met vertrek van of aankomst op de luchthavens waaraan de slots van Air Berlin waren gekoppeld, aangezien die slots aan geen enkele V&B-markt in het bijzonder waren toegewezen.
- 144 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de vraag of er voor interveniënte een prikkel zou zijn om de luchthaveninfrastructurdiensten op de Berlijnse luchthavens af te schermen, slechts ten overvloede door de Commissie is onderzocht, aangezien zij reeds had vastgesteld dat interveniënte waarschijnlijk niet de mogelijkheid zou hebben om die diensten af te schermen. Bovendien heeft de Commissie aangevoerd dat het weliswaar klopte dat een luchtvaartmaatschappij met een machtspositie een prikkel zou kunnen hebben om die diensten af te schermen, maar dat er in casu nog voldoende slots beschikbaar waren voor andere luchtvaartmaatschappijen, en dat er op de luchthaven Berlijn-Tegel een concurrent aanwezig was die op die luchthaven een aandeel slots had dat vergelijkbaar was met het aandeel slots dat interveniënte na de betrokken concentratie zou hebben. De Commissie heeft hier nog aan toegevoegd dat zij tijdens haar marktonderzoek geen bewijs had gevonden waaruit bleek dat interveniënte voordien handelingen had verricht die erop waren gericht om een markt af te schermen.

- 145 In de derde plaats was de Commissie, zoals blijkt uit punt 126 hierboven, niet gehouden om de efficiëntieverbeteringen te onderzoeken die uit de betrokken concentratie konden voortvloeien, of om rekening te houden met eventuele verbintenissen die interveniënte had kunnen voorstellen. Evenmin was de Commissie, zoals blijkt uit punt 137 hierboven, gehouden om bij de beoordeling van de betrokken concentratie rekening te houden met de reddingssteun. Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat al die elementen die verzoekster heeft aangevoerd haar kennelijk niet ter zake dienend leken, en dat verzoekster, gelet op de in punt 142 hierboven aangehaalde rechtspraak, haar dus niet kon verwijten dat zij haar motiveringsplicht heeft geschonden door die elementen niet in het bestreden besluit te vermelden.
- 146 In die omstandigheden kan niet worden vastgesteld dat het bestreden besluit ontoereikend is gemotiveerd, zodat het zesde middel van verzoekster moet worden afgewezen.

Verzoek van verzoekster om maatregelen tot organisatie van de procesgang te nemen

- 147 In haar verzoekschrift verzoekt verzoekster het Gerecht om overeenkomstig artikel 88 van het Reglement voor de procesvoering maatregelen tot organisatie van de procesgang te nemen met betrekking tot de reddingssteun, de staking van de activiteiten van Air Berlin en de verkoop van de activa van Air Berlin.
- 148 Verzoekster heeft echter niet voldaan aan artikel 88, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, omdat zij onvoldoende heeft gemotiveerd waarom al die door haar gevraagde maatregelen tot organisatie van de procesgang moeten worden genomen. Voorts zijn die maatregelen tot organisatie van de procesgang, zoals met name blijkt uit de punten 28 tot en met 34 en uit de punten 132 tot en met 136 hierboven, niet nodig om uitspraak te doen op het beroep.
- 149 Bijgevolg hoeft geen gehoor te worden gegeven aan het verzoek van verzoekster om maatregelen tot organisatie van de procesgang te nemen.
- 150 Uit het voorgaande volgt dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de door de Commissie aangevoerde niet-ontvankelijkheid van bijlage C.2 bij de repliek.

Kosten

- 151 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en interveniënte te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Tiende kamer – uitgebreid)

verklaart voor recht:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
- 2) Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A. wordt verwezen in de kosten.**

Van der Woude

Kornezov

Buttigieg

Kowalik-Bańczyk

Hesse

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 oktober 2021.

ondertekeningen