



## Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (dziesiąta izba w składzie powiększonym)

z dnia 20 października 2021 r. \*

Konkurencja – Koncentracje – Transport lotniczy – Decyzja uznająca koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym i z porozumieniem EOG – Rynek właściwy – Ocena wpływu koncentracji na konkurencję – Zobowiązania – Obowiązek uzasadnienia

W sprawie T-296/18

**Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A.**, z siedzibą w Warszawie (Polska), które reprezentowali adwokaci M. Jeżewski i M. König,

strona skarżąca,

przeciwko

**Komisji Europejskiej**, którą reprezentowali L. Wildpanner, T. Franchoo i J. Szczodrowski, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

**Deutsche Lufthansa AG**, z siedzibą w Kolonii (Niemcy), którą reprezentowali adwokaci S. Völcker i R. Benditz,

interwenient,

mającej za przedmiot oparte na art. 263 TFUE żądanie stwierdzenia nieważności decyzji Komisji C(2017) 9118 final z dnia 21 grudnia 2017 r. uznającej koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym i z porozumieniem EOG (sprawa COMP/M.8633 – Lufthansa/Niektóre aktywa Air Berlin),

SĄD (dziesiąta izba w składzie powiększonym),

w składzie: M. van der Woude, prezes, A. Kornezov, E. Buttigieg, K. Kowalik-Bańczyk (sprawozdawczyni) i G. Hesse, sędziowie,

sekretarz: R. Ükelyté, administratorka,

\* Język postępowania: polski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 września 2020 r.,

wyduje następujący

## Wyrok

### Okoliczności powstania sporu

- 1 Air Berlin plc był przewoźnikiem lotniczym, którego spółkami zależnymi były Luftfahrtgesellschaft Walter mbH (zwany dalej „LGW”) i Niki Luftfahrt GmbH. W ramach tak zwanej umowy wet lease (zwanej dalej „umową wet lease”) LGW wydierżawiało spółce Air Berlin regionalne statki powietrzne wraz z załogą w celu zapewnienia dopływu pasażerów na inne trasy obsługiwane przez Air Berlin.
- 2 W 2016 r., w związku z trudnościami finansowymi, Air Berlin wdrożył plan restrukturyzacji, który miał być częściowo finansowany dzięki pożyczkom jednego z jego akcjonariuszy, mianowicie Etihad Airways PJSC.
- 3 W dniu 16 grudnia 2016 r. Air Berlin w ramach tego planu restrukturyzacji zawarł z interwenientem, Deutsche Lufthansa AG, umowę (zwaną dalej „umową roof wet lease”), na podstawie której wydierżawiał on dwóm spółkom zależnym interwenienta statki powietrzne z załogą. Air Berlin wydierżawiał wcześniej owe statki powietrzne od podmiotów trzecich w ramach umów dzierżawy bez załogi.
- 4 Decyzją z dnia 30 stycznia 2017 r. Bundeskartellamt (federalny urząd ochrony konkurencji, Niemcy) zatwierdził umowę roof wet lease.
- 5 W dniu 9 sierpnia 2017 r. Etihad Airways nie wypłacił należnej transzy pożyczki.
- 6 W dniu 11 sierpnia 2017 r. Etihad Airways ogłosił publicznie, że nie udzieli już wsparcia finansowego na rzecz Air Berlin.
- 7 W dniu 15 sierpnia 2017 r. z jednej strony Air Berlin wniósł do Amtsgericht Charlottenburg (sądu rejonowego dla Charlottenburga, Niemcy) o wszczęcie postępowania upadłościowego, zaś ów sąd zezwolił temu przedsiębiorstwu na dalsze zarządzanie jego majątkiem i dysponowanie nim pod nadzorem tymczasowego zarządcy.
- 8 Z drugiej strony rząd niemiecki zgłosił Komisji Europejskiej, zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE, środek pomocy w formie pożyczki gwarantowanej w maksymalnej wysokości 150 mln EUR na rzecz Air Berlin (zwany dalej „pomocą w celu ratowania”). Decyzją C(2017) 6080 final z dnia 4 września 2017 r. w sprawie pomocy państwa SA.48937 (2017/N) – Niemcy, dotyczącą ratowania Air Berlin (Dz.U. 2017, C 400, s. 7, zwaną dalej „decyzją uznającą pomoc w celu ratowania za zgodną z rynkiem wewnętrznym”) Komisja uznała pomoc w celu ratowania za zgodną z rynkiem wewnętrznym. W tym względzie wyjaśniła ona, że owa pomoc powinna umożliwić spółce Air Berlin kontynuowanie działalności przez okres nieprzekraczający trzech miesięcy, w ciągu którego aktywa tej spółki miały zostać sprzedane.

- 9 W dniu 10 października 2017 r. interwenient wniósł do Komisji, na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1), o udzielenie odstępowania od obowiązku, zgodnie z którym koncentracji nie można przeprowadzić ani przed jej zgłoszeniem, ani przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym. W szczególności, po pierwsze, wniósł o umożliwienie mu wejścia w miejsce Air Berlin w ramach szeregu umów dzierżawy statków powietrznych zawartych z podmiotami trzecimi w celu uniknięcia zajęcia tych statków powietrznych z powodu niemożności zapłaty przez Air Berlin kwot należnych na podstawie tych umów. Po drugie, wniósł o umożliwienie mu dzierżawy statków powietrznych wraz z załogą od LGW i Niki Luftfahrt, aby pozwolić tym spółkom na wejście w miejsce Air Berlin w ramach umowy roof wet lease.
- 10 W dniu 13 października 2017 r. interwenient oraz Air Berlin zawarły umowę w sprawie nabycia wszystkich udziałów w LGW i Niki Luftfahrt (zwaną dalej „umową z dnia 13 października 2017 r.”). Przed przystąpieniem do faktycznej realizacji tej umowy, Air Berlin miał przekazać LGW niektóre statki powietrzne z załogą oraz przenieść przydziały czasu na start lub lądowanie (zwane dalej „slotami”) w okresie rozkładowym (sezonie) zimowym 2017/2018 International Air Transport Association (IATA, międzynarodowego zrzeszenia przewoźników powietrznych) oraz w sezonie letnim IATA 2018 w ośmiu niemieckich portach lotniczych (Düsseldorf, Hamburg, Monachium, Berlin-Tegel, Kolonia-Bonn, Norymberga, Saarbrücken, Stuttgart), w trzech włoskich portach lotniczych (Bolonia, Florencja i Wenecja), w dwóch szwajcarskich portach lotniczych (Genewa i Zurych), w czeskim porcie lotniczym (Praga), w duńskim porcie lotniczym (Kopenhaga Kastrup), w hiszpańskim porcie lotniczym (Barcelona-El Prat), w austriackim porcie lotniczym (Salzburg), w polskim porcie lotniczym (Warszawa) oraz w szwedzkim porcie lotniczym (Göteborg).
- 11 Decyzją C(2017) 7355 final z dnia 27 października 2017 r. (zwaną dalej „decyzją z dnia 27 października 2017 r.”) Komisja uwzględniła, pod pewnymi warunkami, wniosek interwenienta o udzielenie odstępowania, o którym mowa w pkt 9 powyżej.
- 12 W dniu 28 października 2017 r. Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego. W konsekwencji LGW zaprzestało wydzierżawiania statków powietrznych z załogą spółce Air Berlin na podstawie umowy wet lease, lecz w dalszym ciągu wydzierżawiał statki powietrzne z załogą interwenientowi na podstawie umowy roof wet lease zgodnie z decyzją z dnia 27 października 2017 r.
- 13 W dniu 31 października 2017 r. interwenient zgłosił Komisji, zgodnie z art. 4 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, koncentrację, w wyniku której miał nabyć wszystkie udziały w LGW i Niki Luftfahrt, a także niektóre inne aktywa Air Berlin, które miały jeszcze zostać przeniesione na LGW na podstawie umowy z dnia 13 października 2017 r.
- 14 Postanowieniem z dnia 1 listopada 2017 r. Amtsgericht Charlottenburg (sąd rejonowy dla Charlottenburga) stwierdził niewypłacalność i nadmierne zadłużenie Air Berlin.
- 15 W dniu 13 grudnia 2017 r. interwenient zrezygnował z nabycia udziałów w Niki Luftfahrt.
- 16 W dniu 15 grudnia 2017 r. interwenient zaproponował Komisji zobowiązania polegające na ograniczeniu z 450 do 108 liczby tygodniowych slotów, które miały zostać przeniesione na niego na podstawie umowy z dnia 13 października 2017 r. w porcie lotniczym w Düsseldorfie w sezonie letnim IATA 2018 (zwane dalej „zobowiązaniami podjętymi przez interwenienta”).

- 17 W decyzji C(2017) 9118 final z dnia 21 grudnia 2017 r. (sprawa COMP/M.8633 – Lufthansa/Niektóre aktywa Air Berlin) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”) Komisja uznała, że – zważywszy na zobowiązania podjęte przez interwenienta – nabycie LGW oraz innych aktywów, które miały zostać przeniesione przez Air Berlin na LGW (zwane dalej „sporną koncentracją”), jest zgodne z rynkiem wewnętrznym na mocy art. 6 ust. 1 lit. b) i ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.
- 18 W szczególności, w pierwszej kolejności, Komisja uznała z jednej strony, że sporna koncentracja dotyczy głównie przeniesienia slotów należących do Air Berlin na interwenienta, a z drugiej strony, że Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności w zakresie pasażerskiego transportu lotniczego przed wspomnianą koncentracją i niezależnie od niej. Wskazała ona w tym względzie, że owe sloty nie były związane z żadnym szczególnym połączeniem i że Air Berlin nie obsługiwał już żadnego połączenia. Komisja wywnioskowała stąd, że w tych okolicznościach ocena wpływu owej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego określone w odniesieniu do par miast między punktem wylotu a punktem przylotu (zwane dalej „rynkami O&D”) nie pozwala na uchwycenie „strukturalnych skutków” takiej koncentracji dla konkurencji. W konsekwencji zamiast ocenić, zgodnie ze swoją praktyką decyzyjną, wpływ danej koncentracji na każdy z rzeczonych rynków, na których Air Berlin i interwenient były obecne, Komisja określiła właściwe rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego, łącząc wszystkie rynki O&D z lub do każdego z portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin przeniesione na interwenienta. W ten sposób określiła ona rynki właściwe jako rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tych portów lotniczych.
- 19 W drugiej kolejności Komisja uznała, że interwenient miałby zdolność do zamknięcia dostępu do właściwych rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego, gdyby były spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze, gdyby liczba slotów posiadanych przez interwenienta w jednym z rozpatrywanych portów lotniczych stanowiła znaczną część całkowitej liczby slotów w tym porcie lotniczym, w szczególności w razie osiągnięcia maksymalnego poziomu natężenia ruchu w owym porcie. Po drugie, gdyby sporna koncentracja zwiększyła w istotny sposób liczbę slotów posiadanych przez interwenienta w tym porcie lotniczym, w szczególności w razie osiągnięcia maksymalnego poziomu natężenia ruchu w owym porcie. Po trzecie, gdyby posiadanie slotów przez interwenienta miało negatywny wpływ na dostępność slotów w tym samym porcie lotniczym, biorąc pod uwagę wysoki poziom natężenia ruchu w owym porcie i znaczną liczbę slotów posiadanych przez interwenienta.
- 20 W związku z tym Komisja uznała, że trzy przesłanki wymienione w pkt 19 powyżej zostałyby spełnione jedynie w odniesieniu do portu lotniczego w Düsseldorfie w sezonie letnim IATA 2018. W szczególności wskazała ona, że w razie niepodjęcia przez interwenienta zobowiązań, uzyskałby on prawdopodobnie pozycję dominującą w zakresie posiadanych slotów, wskutek czego miałby on zdolność i motywację do zamknięcia dostępu do rynku usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tego portu lotniczego. Jednocześnie Komisja uznała, że zobowiązania zmniejszały w wystarczającym stopniu liczbę slotów, które miały zostać przeniesione na interwenienta, wobec czego można stwierdzić, iż sporna koncentracja nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym.

### **Postępowanie i żądania stron**

- 21 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 7 maja 2018 r. skarżąca, Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A., wniosła niniejszą skargę.

- 22 Pismem z dnia 12 czerwca 2018 r. skarżąca wniosła do Sądu, na podstawie art. 88 regulaminu postępowania przed Sądem, o zastosowanie środków organizacji postępowania i przeprowadzenie środków dowodowych dotyczących pomocy w celu ratowania, zaprzestania działalności przez Air Berlin oraz sprzedaży aktywów tej spółki.
- 23 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 23 sierpnia 2018 r. interwenient wniósł o dopuszczenie go do sprawy celem poparcia żądań Komisji. Postanowieniem z dnia 28 listopada 2018 r. prezes dziewiątej izby Sądu dopuścił tę interwencję.
- 24 Pismem z dnia 17 września 2018 r. skarżąca wniosła o zachowanie poufności niektórych informacji zawartych w jej pismach procesowych i załącznikach do nich. Pismem z dnia 21 grudnia 2018 r. interwenient wniósł sprzeciw wobec tego wniosku o zachowanie poufności.
- 25 Postanowieniem z dnia 20 maja 2019 r. prezes dziewiątej izby Sądu częściowo uwzględnił złożony przez skarżącą wniosek o zachowanie poufności. Pismem z dnia 26 czerwca 2019 r. interwenient podtrzymał swój sprzeciw wobec zachowania poufności danych, w odniesieniu do których uwzględniono wspomniany wniosek.
- 26 Ze względu na zmianę składu izb Sądu, zgodnie z art. 27 § 5 regulaminu postępowania sędzia sprawozdawczyni została przydzielona do dziesiątej izby, której w rezultacie przydzielono niniejszą sprawę.
- 27 Na wniosek dziesiątej izby Sąd, na podstawie art. 28 regulaminu postępowania, postanowił przekazać sprawę składowi powiększonemu.
- 28 W ramach środków organizacji postępowania z dnia 11 lutego i z dnia 27 kwietnia 2020 r., przyjętych na podstawie art. 89 § 3 lit. b) regulaminu postępowania, Sąd zadał Komisji pytania. Komisja udzieliła odpowiedzi na te pytania w wyznaczonym jej terminie.
- 29 Skarżąca wnosi do Sądu o:
  - stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;
  - obciążenie Komisji kosztami postępowania;
  - obciążenie interwenienta własnymi kosztami.
- 30 Komisja oraz interwenient wnoszą do Sądu o:
  - oddalenie skargi;
  - obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

### **Co do prawa**

- 31 Na wstępie należy zauważyć, że interwenient kwestionuje dopuszczalność skargi. Należy jednak przypomnieć w tym względzie, że nie ma potrzeby orzekania w przedmiocie dopuszczalności skargi, jeżeli w każdym razie należy ją oddalić co do istoty (zob. podobnie wyrok z dnia 26 lutego

2002 r., Rada/Boehringer, C-23/00 P, EU:C:2002:118, pkt 51, 52). W konsekwencji, zważywszy, że w niniejszej sprawie skargę należy oddalić co do istoty z przedstawionych poniżej względów, nie ma potrzeby orzekania w przedmiocie jej dopuszczalności.

- 32 Na poparcie skargi skarżąca podnosi siedem zarzutów, z których pierwszy dotyczy błędnego zdefiniowania rynków właściwych, drugi – oczywistego błędu w ocenie skutków spornej koncentracji, trzeci – naruszenia rozporządzenia Rady (EWG) nr 95/93 z dnia 18 stycznia 1993 r. w sprawie wspólnych zasad przydzielania czasu na start lub lądowanie w portach lotniczych Wspólnoty (Dz.U. 1993, L 14, s. 1), zmienionego rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 545/2009 z dnia 18 czerwca 2009 r. (Dz.U. 2009, L 167, s. 24), czwarty – niezbadania ewentualnego wzrostu efektywności wynikającego z tej koncentracji, piąty – niewystarczającego charakteru zobowiązań podjętych przez interwenienta, szósty – nieuwzględnienia pomocy w celu ratowania w ramach oceny skutków rzeczony koncentracji, a siódmy – naruszenia art. 296 TFUE.

***W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego błędnego zdefiniowania rynków właściwych***

- 33 W ramach zarzutu pierwszego skarżąca zarzuca Komisji, że przyjęła błędną definicję rynków właściwych. Zarzut ten składa się w istocie z dwóch części. W części pierwszej skarżąca kwestionuje przesłanki rozumowania Komisji, zgodnie z którymi, po pierwsze, Air Berlin, wliczając LGW, zaprzestał prowadzenia działalności przed sporną koncentracją i niezależnie od niej, a po drugie, interwenient miał nabyć wyłącznie aktywa Air Berlin, nie zaś Air Berlin jako przedsiębiorstwo. W części drugiej skarżąca zarzuca Komisji, że nie zdefiniowała właściwych rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego w oparciu o rynki O&D, również w przypadku gdyby uznano, że Air Berlin wycofał się już z niektórych z tych rynków.
- 34 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.

***W przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego, dotyczącej tego, że Air Berlin nie zaprzestał prowadzenia działalności przed sporną koncentracją i niezależnie od niej oraz że należy go postrzegać jako przedsiębiorstwo dla celów oceny skutków tej koncentracji***

- 35 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że pomijając stosowanie umowy roof wet lease zaakceptowanej w decyzji z dnia 27 października 2017 r., Air Berlin, w tym LGW, zaprzestał prowadzenia działalności w dniu 28 października 2017 r. i w konsekwencji wycofał się ze wszystkich rynków O&D, na których był obecny, jeszcze przed sporną koncentracją i niezależnie od niej. W tych okolicznościach Komisja uznała, że owa koncentracja – w zakresie, w jakim dotyczy głównie slotów – doprowadziłaby do przejścia przez interwenienta pozycji zajmowanej przez Air Berlin w portach lotniczych, z którymi związane były te sloty, a nie konkretnie na rynkach O&D, na których Air Berlin był obecny.
- 36 W pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja niesłusznie uznała, iż zaprzestanie prowadzenia działalności przez Air Berlin było niezależne od przeprowadzenia spornej koncentracji. Podnosi ona, że w dniu złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, to jest w dniu 15 sierpnia 2017 r., władze niemieckie postanowiły przyznać na rzecz Air Berlin pomoc w celu ratowania. Tymczasem owa pomoc pozwoliła tej spółce uniknąć cofnięcia zezwolenia na prowadzenie działalności i w konsekwencji kontynuować działalność

oraz zachować jej aktywa, w tym między innymi jej sloty. Wspomniana pomoc miała zatem na celu umożliwienie przeniesienia części jej slotów na interwenienta na podstawie art. 8a rozporządzenia nr 95/93.

- 37 W tym względzie bezsporne jest, że postępowanie upadłościowe dotyczące Air Berlin wszczęto w dniu 15 sierpnia 2017 r. i że postępowanie to wynikało z trudności finansowych Air Berlin oraz z odmowy wypłaty przez Etihad Airways transzy pożyczki na rzecz tej spółki. Skarżąca nie kwestionuje również tego, że – jak wynika zresztą z decyzji uznającej pomoc w celu ratowania za zgodną z rynkiem wewnętrznym – celem pomocy było wyłącznie odroczenie, na maksymalny okres trzech miesięcy, zaprzestania prowadzenia działalności przez Air Berlin, a nie zapobieżenie zaprzestaniu prowadzenia tej działalności.
- 38 W konsekwencji należy stwierdzić, że Air Berlin zaprzestałby prowadzenia działalności nawet w braku spornej koncentracji, wobec czego Komisja słusznie uznała, iż Air Berlin zaprzestał działalności niezależnie od tej koncentracji.
- 39 W drugiej kolejności skarżąca kwestionuje fakt, że zaprzestanie prowadzenia działalności przez Air Berlin miało miejsce przed sporną koncentracją. Twierdzi ona, że dzień zgłoszenia koncentracji nie może być „niepodważalnym i stosowanym zawsze” wyznacznikiem przy ocenie tej koncentracji, gdyż wybór dnia zgłoszenia należy do strony zgłaszającej. Strona zgłaszająca mogłaby zatem „doprowadzić do zniekształcenia” tej oceny zgodnie ze swym interesem. Skarżąca wywodzi z tego, że w niniejszej sprawie Komisja powinna była wziąć pod uwagę dzień, w którym Air Berlin wykonywał jeszcze działalność.
- 40 W szczególności, z jednej strony, skarżąca podnosi, że Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności dopiero w dniu 28 października 2017 r., czyli po zawarciu umowy z dnia 13 października 2017 r. wyznaczającej początek spornej koncentracji. Okoliczność, że od momentu wszczęcia postępowania upadłościowego w dniu 15 sierpnia 2017 r. spółka Air Berlin w sposób aktywny zniechęcała do jakichkolwiek dalszych rezerwacji swoich usług, nie oznacza, iż nie prowadziła ona działalności, ponieważ ze względu na pomoc w celu ratowania mogła zachować swój certyfikat przewoźnika lotniczego oraz zezwolenie na prowadzenie działalności. Ponadto skarżąca utrzymuje, że zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz.U. 2008, L 293, s. 3) przewoźnik lotniczy w likwidacji powinien zwrócić swoje sloty. Tymczasem spółce Air Berlin przyznano na podstawie art. 9 tego rozporządzenia licencję tymczasową, która pozwoliła jej zachować sloty po dniu 28 października 2017 r., w związku z czym nie można uznać, że w tym dniu zaprzestała ona ostatecznie prowadzenia działalności.
- 41 Z drugiej strony skarżąca podnosi, że pogorszenie się sytuacji finansowej Air Berlin pozwoliło interwenientowi na stopniowe przejmowanie kontroli nad „zdolnościami przewozowymi” Air Berlin od 2016 r., w szczególności na podstawie umowy roof wet lease, następnie, że w dniu 1 lutego 2017 r. Air Berlin mianował na stanowisko dyrektora generalnego osobę pełniącą wcześniej funkcje kierownicze u interwenienta i wreszcie, że interwenient potwierdził w dniu 5 maja 2017 r., iż podjął negocjacje w celu nabycia Air Berlin.
- 42 W tym względzie, po pierwsze, z art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że koncentrację uważa się za dokonaną jedynie w przypadku trwałej zmiany kontroli odnośnych przedsiębiorstw. Należy przypomnieć w tym zakresie, że nie ma znaczenia, czy strony, zgłaszając koncentrację Komisji, mają zamiar zawarcia dwóch lub kilku transakcji lub czy zawarły już je przed ich

zgłoszeniem. Do Komisji należy ocena, czy owe transakcje mają charakter jednostkowy, tak że stanowią jedną i tę samą koncentrację w rozumieniu tego przepisu. W celu określenia jednostkowego charakteru omawianych transakcji należy w każdym przypadku ocenić, czy pomiędzy tymi transakcjami istnieje taka współzależność, że jedna transakcja nie zostałaby zawarta bez drugiej (zob. podobnie wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., *Cementbouw Handel & Industrie/Komisja*, T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 105, 107).

- 43 W niniejszej sprawie należy zauważyć, że wskazywane przez skarżącą, istniejące od 2016 r. powiązania pomiędzy Air Berlin a interwenientem, nie pozwalają uznać, iż interwenient przejął kontrolę nad Air Berlin przed sporną koncentracją w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.
- 44 Z jednej bowiem strony okoliczność, że osobę pełniącą wcześniej funkcje kierownicze u interwenienta mianowano w dniu 1 lutego 2017 r. na stanowisko dyrektora generalnego Air Berlin, nie pozwala uznać, iż interwenient przejął kontrolę nad Air Berlin w tym dniu. Podobnie z prowadzonych w maju 2017 r. negocjacji w sprawie nabycia Air Berlin przez interwenienta nie wynika, że interwenient przejął wówczas kontrolę nad Air Berlin.
- 45 Z drugiej strony, jeśli chodzi o umowę *roof wet lease*, na mocy której Air Berlin przeniósł na interwenienta użytkowanie niektórych statków powietrznych z załogą, skarżąca ogranicza się do twierdzenia, że federalny urząd ochrony konkurencji uznał, iż umowa ta pozwala wzmocnić rozwój działalności interwenienta, oraz że konkurent wskazał, iż chodzi tu o ukryty środek pozwalający interwenientowi na nabycie Air Berlin. Tymczasem należy zaznaczyć, że federalny urząd ochrony konkurencji, stwierdziwszy, iż owa umowa nie stwarza problemów w zakresie konkurencji, zaniechał zajęcia stanowiska w kwestii, czy rzeczona umowa stanowi koncentrację w rozumieniu prawa niemieckiego. Ponadto należy zauważyć, że twierdzenie konkurenta nie zostało w żaden sposób udowodnione przez skarżącą.
- 46 Poza tym, należy w każdym razie podkreślić, że skarżąca nie twierdzi ani tym bardziej nie wykazuje, iż pomiędzy umową *roof wet lease* a sporną koncentracją istnieje taka współzależność, że jedna transakcja nie zostałaby zawarta bez drugiej. Przeciwnie, z załącznika C.12 do repliki wynika, że w dniu 5 maja 2017 r. interwenient oświadczył, iż jego zdaniem dług Air Berlin stanowi przeszkodę w jego nabyciu, w związku z czym nie podjął on jeszcze w tym dniu decyzji o nabyciu Air Berlin lub jego części. W konsekwencji, z informacji przedstawionych przez skarżącą nie wynika, że zawarcie umowy *roof wet lease* w dniu 16 grudnia 2016 r. zależało od dokonania spornej koncentracji, wobec czego owa umowa i sporna koncentracja powinny być postrzegane jako dwie odrębne transakcje.
- 47 Po drugie, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 koncentracja o wymiarze europejskim nie może zostać wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, chyba że Komisja udzieli odstępstwa od tego obowiązku na podstawie art. 7 ust. 3 tego rozporządzenia.
- 48 W niniejszej sprawie należy zauważyć, że w decyzji z dnia 27 października 2017 r. Komisja udzieliła interwenientowi odstępstwa na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. Odstępstwo to dotyczyło jednak przede wszystkim umów dzierżawy statków powietrznych, a nie slotów. Ponadto było ono uzależnione od warunku polegającego w szczególności na tym, że w przypadku, gdyby nie dokonano spornej koncentracji, umowy te można by było albo przenieść na LGW lub na ewentualnego nabywcę LGW, albo rozwiązać na żądanie tych podmiotów, przy czym interwenient nie mógłby się temu sprzeciwić lub żądać odszkodowania. Zatem jedynie



decyzja Komisji uznająca tę koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym mogła spowodować trwałą zmianę kontroli nad odnośnymi statkami powietrznymi. W tych okolicznościach należy zaznaczyć, że pełne dokonanie wspomnianej koncentracji mogło nastąpić dopiero po wydaniu zaskarżonej decyzji w dniu 21 grudnia 2017 r., czyli prawie dwa miesiące po tym, jak Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności.

- 49 Wynika z tego, że skarżąca bezzasadnie zarzuca Komisji, iż ta uznała, że Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności przed sporną koncentracją.
- 50 Po trzecie, należy zaznaczyć, że – wbrew temu, co twierdzi w istocie skarżąca – dokonana przez Komisję ocena spornej koncentracji nie stała się wadliwa wskutek decyzji interwenienta o zgłoszeniu tej koncentracji w dniu 31 października 2017 r. po zaprzestaniu prowadzenia działalności przez Air Berlin.
- 51 Z jednej strony należy przypomnieć, że zgodnie z art. 4 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004, koncentrację o wymiarze europejskim określoną w tym rozporządzeniu zgłasza się Komisji przed jej wykonaniem i po zawarciu przez zainteresowane przedsiębiorstwa umowy dotyczącej tej koncentracji.
- 52 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że umowę z dnia 13 października 2017 r. zawarto przed zgłoszeniem spornej koncentracji w dniu 31 października 2017 r. Ponadto bezsporne jest, że zgłoszenie to nastąpiło przed pełnym dokonaniem owej koncentracji, jedynie z wyjątkiem elementów będących przedmiotem decyzji z dnia 27 października 2017 r.
- 53 W konsekwencji należy zaznaczyć, że zgłaszając sporną koncentrację w dniu 31 października 2017 r., interwenient zastosował się do art. 4 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.
- 54 Z drugiej strony należy podkreślić, że kontrola koncentracji ma za zadanie uniemożliwić, na podstawie analizy prospektywnej struktur rynkowych, realizację operacji, która znacząco utrudniłaby skuteczną konkurencję na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej (wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 250). Nie chodzi zatem o zbadanie wydarzeń, które zaszły w przeszłości i co do których dysponujemy zwykle licznymi informacjami pozwalającymi na zrozumienie ich przyczyn, ani nawet aktualnych wydarzeń, ale o dokonanie prognozy wydarzeń, które dopiero nastąpią w przyszłości, zgodnie z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, gdy nie wydano jeszcze żadnej decyzji zakazującej takiej planowanej koncentracji lub określającej jej warunki. Zatem analiza prospektywna polega na zbadaniu, w jaki sposób dana koncentracja mogłaby zmienić czynniki wpływające na stan konkurencji na danym rynku, w celu weryfikacji, czy wynikałoby z niej znaczące utrudnienie dla skutecznej konkurencji. Taka analiza wymaga wyobrażenia sobie szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo zaistnienia jest największe (wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 42, 43).
- 55 W tym względzie należy podkreślić, że legalność decyzji w sprawie zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym należy oceniać w oparciu o informacje, którymi Komisja dysponowała w momencie jej wydania (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r., easyJet/Komisja, T-177/04, EU:T:2006:187, pkt 203; z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja, T-282/06, EU:T:2007:203, pkt 179). Tak więc dokonywana przez Komisję ocena zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym powinna uwzględniać okoliczności faktyczne i prawne istniejące w momencie zgłoszenia tej koncentracji, których znaczenie ekonomiczne można ocenić

w momencie wydania tej decyzji (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 1994 r., *Air France/Komisja*, T-2/93, EU:T:1994:55, pkt 70; z dnia 13 września 2010 r., *Éditions Odile Jacob/Komisja*, T-279/04, niepublikowany, EU:T:2010:384, pkt 327).

- 56 Jednakże, jak podnosi skarżąca, dokładna data zgłoszenia koncentracji niekoniecznie ma decydujący wpływ na ocenę tej koncentracji, w szczególności gdy – tak jak w niniejszym przypadku – informacje wykorzystane w ramach analizy prospektywnej są już znane przed tą datą.
- 57 Należy bowiem stwierdzić, że Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności przed zgłoszeniem spornej koncentracji. Stwierdzenie to nie było jednak rozstrzygające, ponieważ – jak wynika z pkt 37 powyżej – Air Berlin stał się niewypłacalny w następstwie odmowy wypłaty przez Etihad Airways w dniu 9 sierpnia 2017 r. transzy pożyczki na rzecz tego przewoźnika, w związku z czym zaprzestał on ostatecznie działalności. W tym względzie przywołana przez skarżącą okoliczność, że Luftfahrt-Bundesamt (federalny urząd lotnictwa, Niemcy), zgodnie z art. 10 ust. 4 lit. c) rozporządzenia nr 95/93 i art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1008/2008, przyznał Air Berlin w dniu 25 października 2017 r. licencję tymczasową ważną do dnia 3 stycznia 2018 r. oraz że dzięki tej licencji Air Berlin mógł zachować swoje sloty aż do tego dnia, nie była wystarczająca, aby, zważywszy na jego niewypłacalność, umożliwić mu ponowne podjęcie działalności. Wynika z tego, że okoliczność, iż sporną koncentrację zgłoszono w dniu 31 października 2017 r., czyli trzy dni po faktycznym zaprzestaniu działalności przez Air Berlin w dniu 28 października 2017 r., a nie przed tym zaprzestaniem, nie mogła sama w sobie zmienić prospektywnej analizy Komisji, w tym również w odniesieniu do definicji rynków właściwych.
- 58 W trzeciej kolejności skarżąca zarzuca Komisji, że sztucznie oddzieliła aktywa Air Berlin będące przedmiotem spornej koncentracji od „całości [...] przedsiębiorstwa” Air Berlin, które było przewoźnikiem lotniczym konkurującym z interwenientem. Chociaż interwenient nabył tylko część aktywów Air Berlin, skarżąca utrzymuje, że Air Berlin był jednocześnie zbywcą tych aktywów i jedną ze stron rzeczony koncentracji. Dodaje ona, że za strony koncentracji można uznać jedynie przedsiębiorstwa, nie zaś abstrakcyjne zbiory aktywów. Biorąc pod uwagę przeniesienie na LGW slotów i statków powietrznych w celu dokonania spornej koncentracji, interwenient nabył faktycznie przedsiębiorstwo w ramach spornej koncentracji.
- 59 W tym względzie, po pierwsze, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 uznaje się, iż koncentracja występuje, w przypadku gdy trwała zmiana kontroli wynika z przejęcia przez przedsiębiorstwo bezpośredniej kontroli nad całością lub częścią innego przedsiębiorstwa. Ponadto, jeśli chodzi o obliczanie obrotu, art. 5 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi, że w przypadku gdy koncentracja polega na przejęciu części przedsiębiorstwa, w odniesieniu do zbywcy bierze się pod uwagę jedynie obrót przypadający na części będącej przedmiotem transakcji. Wynika z tego, że – jak słusznie zresztą wskazano w pkt 136 skonsolidowanego obwieszczenia dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia nr 139/2004 (Dz.U. 2008, C 95, s. 1) – zainteresowanymi przedsiębiorstwami w rozumieniu tego rozporządzenia są strona lub strony przejmujące oraz nabywana część lub części przejmowanego przedsiębiorstwa, lecz nie działalność zachowana przez zbywcę.
- 60 Wynika z tego, że wbrew twierdzeniom skarżącej, zachowana przez Air Berlin działalność nie jest uznawana za zainteresowane przedsiębiorstwo w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004.
- 61 Po drugie, należy zauważyć, że skarżąca nie kwestionuje wskazanego przez Komisję w pkt 13 zaskarżonej decyzji faktu, iż aktywa mogą stanowić działalność, która przekłada się na obecność na rynku i z którą można wyraźnie powiązać obrót. Nie kwestionuje ona również tego, że taka

działalność może stanowić zainteresowane przedsiębiorstwo w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004. Ponadto należy zauważyć, że skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego wykazać, iż w niniejszym przypadku nabyte przez interwenienta aktywa, tak jak określono je w zaskarżonej decyzji, nie stanowiły działalności, która przekładałaby się na obecność na rynku i z którą można by wyraźnie powiązać obrót.

- 62 Wynika z tego, że Komisja słusznie uznała, iż aktywa nabyte przez interwenienta w ramach spornej koncentracji stanowiły przedsiębiorstwo lub część przedsiębiorstwa w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004, mimo że Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności przed tą koncentracją. W konsekwencji, w zakresie, w jakim bezsporne jest, że interwenient nabył tylko część aktywów Air Berlin, Komisja słusznie stwierdziła, że interwenient przejął nad przedsiębiorstwem lub częścią przedsiębiorstwa kontrolę odpowiadającą jedynie niektórym aktywom Air Berlin i że aktywa te stanowiły zainteresowane przedsiębiorstwo w rozumieniu tego rozporządzenia.
- 63 W tych okolicznościach należy oddalić część pierwszą zarzutu pierwszego skarżącej.

***W przedmiocie części drugiej zarzutu pierwszego, dotyczącej tego, że Komisja powinna była zbadać sporną koncentrację na każdym z właściwych rynków O&D***

- 64 Skarżąca zarzuca Komisji, że nie przeanalizowała ewentualnych antykonkurencyjnych skutków spornej koncentracji dla właściwych rynków O&D.
- 65 Na wstępie należy przypomnieć, że aby uznać koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym, Komisja powinna stwierdzić na podstawie art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, że dokonanie tej koncentracji nie przeszkodzi znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej.
- 66 Odpowiednie zdefiniowanie rynku właściwego stanowi zatem konieczny warunek, który należy spełnić przed przystąpieniem do oceny wpływu koncentracji na konkurencję (wyrok z dnia 31 marca 1998 r., Francja i in./Komisja, C-68/94 i C-30/95, EU:C:1998:148, pkt 143). W tym względzie należy przypomnieć, że rynek produktowy, który należy wziąć pod uwagę, obejmuje wszystkie produkty lub usługi, które są uważane przez konsumenta za zamiennie lub za substytuty ze względu na ich właściwości, cenę i zamierzone zastosowanie (wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 50). W szczególności pojęcie rynku właściwego oznacza, że może na nim istnieć skuteczna konkurencja między produktami lub usługami stanowiącymi jego część, co zakłada wystarczający stopień zamienności wszystkich produktów lub usług stanowiących część tego samego rynku w odniesieniu do tego samego zastosowania (wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 51).
- 67 Jednakże w sytuacji gdy zarzuca się Komisji nieuwzględnienie ewentualnego problemu w zakresie konkurencji na rynkach innych niż rynki, których dotyczyła analiza konkurencji, skarżący musi wskazać wiarygodne przesłanki dowodzące w konkretny sposób istnienia problemu w zakresie konkurencji, który z powodu swojego wpływu powinien zostać zbadany przez Komisję. W celu spełnienia tego wymogu skarżący powinien określić odnośne rynki, opisać sytuację konkurencyjną w przypadku nieprzeprowadzenia koncentracji i wskazać prawdopodobne skutki danej koncentracji, mając na uwadze sytuację konkurencyjną na tych rynkach (wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r., easyJet/Komisja, T-177/04, EU:T:2006:187, pkt 65, 66; z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 174, 175).

- 68 W niniejszej sprawie Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, że z punktu widzenia popytu, przewoźnicy lotniczy znajdowali się na rynku usług z zakresu infrastruktury lotniskowej świadczonych przez porty lotnicze, a z punktu widzenia podaży – na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego.
- 69 Co się tyczy w szczególności slotów, Komisja zauważyła, że – jak wynika z art. 2 lit. a) rozporządzenia nr 95/93 – są one wydawanymi przez koordynatora pozwoleniami na korzystanie z pełnego zakresu infrastruktury portu lotniczego niezbędnej do świadczenia usługi lotniczej w koordynowanym porcie lotniczym w konkretnym terminie do celów lądowania lub startu. Komisja wywnioskowała stąd, że sloty są niezbędnym elementem umożliwiającym przewoźnikom lotniczym dostęp do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej świadczonych przez porty lotnicze, a w konsekwencji świadczenie usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tych portów lotniczych. Następnie, w zakresie, w jakim sporna koncentracja zmierzała głównie do przeniesienia na interwenienta slotów należących do Air Berlin, Komisja uznała, że owa koncentracja wywarłaby wpływ na popyt na rynkach usług z zakresu infrastruktury lotniskowej oraz na podaż na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego.
- 70 W tych okolicznościach, w celu dokonania oceny spornej koncentracji Komisja zbadała, czy ze względu na zwiększenie liczby slotów posiadanych przez interwenienta miałby on zdolność lub powody do zamknięcia innym przewoźnikom lotniczym dostępu do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej, a w konsekwencji do rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty należące do Air Berlin.
- 71 W tym względzie, w pierwszej kolejności, skarżąca z jednej strony utrzymuje, że z punktu widzenia konsumentów, usługi pasażerskiego transportu lotniczego są świadczone na określonych trasach i że działalność wykonywana przez przewoźników lotniczych w porcie lotniczym jest uzależniona od świadczenia tych usług. Wywodzi ona z tego, że nie jest możliwe odróżnienie działalności wykonywanej przez przewoźników lotniczych w porcie lotniczym od świadczenia wspomnianych usług. Komisja oparła się więc na błędnym założeniu, że przewoźnicy lotniczy są operatorami portów lotniczych oferującymi sloty, mimo iż obrót takimi slotami między owymi przewoźnikami nie jest przedmiotem ich działalności podstawowej.
- 72 Z drugiej strony skarżąca podnosi, że w braku spornej koncentracji posiadane przez Air Berlin sloty zostałyby udostępnione innym przewoźnikom lotniczym zgodnie z rozporządzeniem nr 95/93. Twierdzi ona zatem, że konkurencja jest bardziej intensywna na rynkach O&D wówczas, gdy przedsiębiorstwo wycofuje się z tych rynków, niż wówczas, gdy aktywa tego przedsiębiorstwa zostają nabyte przez konkurenta, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. W konsekwencji uważa ona, że z okoliczności, iż Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności na rynkach O&D, nie wynika, iż sporna koncentracja nie miałaby wpływu na te rynki.
- 73 W tym względzie należy niewątpliwie zauważyć, że – jak podnosi w istocie skarżąca – definicja rynków O&D odzwierciedla uwzględniające popyt stanowisko, zgodnie z którym konsumenci usług transportu pasażerskiego rozważają wszystkie możliwe opcje, w tym różne środki transportu, by udać się z miasta pochodzenia do miasta docelowego (wyrok z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 138).
- 74 Ponadto należy zaznaczyć, że Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, iż w braku spornej koncentracji sloty nabyte przez interwenienta wróciłyby prawdopodobnie do puli, o której mowa w art. 10 rozporządzenia nr 95/93 (zwanej dalej „pulą”). Poza tym Komisja stwierdziła, że sloty mają „kluczowe znaczenie” dla świadczenia usług pasażerskiego transportu lotniczego, ponieważ

warunkują one dostęp do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej. Przyznała ona w ten sposób, że wspomniana koncentracja może mieć wpływ na różne rynki O&D z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin.

- 75 Niemniej jednak Komisja uznała, że badanie wpływu spornej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin, pozwala uchwycić wpływ rzeczony koncentracji na wszystkie rynki O&D z lub do wspomnianych portów lotniczych. Uznała ona bowiem, podobnie jak skarżąca, że chociaż przewoźnicy lotniczy znajdują się po stronie popytu na rynku usług z zakresu infrastruktury lotniskowej, zwiększenie liczby slotów posiadanych przez interwenienta mogłoby ewentualnie umożliwić mu zamknięcie dostępu do tych usług. Zbadała ona zatem, czy skutek zwiększenia liczby slotów posiadanych przez interwenienta miałby on zdolność lub motywację do zamknięcia dostępu do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej, a w konsekwencji do różnych rynków O&D z lub do portów lotniczych.
- 76 Wynika z tego, że wbrew twierdzeniom skarżącej, Komisja uwzględniła ewentualny wpływ spornej koncentracji na właściwe rynki O&D, mimo iż nie zbadała każdego z tych rynków z osobna.
- 77 W drugiej kolejności skarżąca uważa, że Komisja powinna była uwzględnić udziały rynkowe Air Berlin oraz interwenienta, a także wpływ spornej koncentracji na istniejący między nimi stosunek konkurencji, na ich klientów oraz na ich konkurentów na właściwych rynkach O&D. Wyjaśnia ona w tym względzie, że Komisja powinna była wskazać obsługiwane przez Air Berlin połączenia, które zostałyby przejęte przez interwenienta w następstwie tej koncentracji, a także rynki O&D, na których wspomniana koncentracja mogła spowodować powstanie monopolu. Dodaje, że Komisja powinna była też przeprowadzić analizę „kierunkowej struktury popytu i przepływu strumieni pasażerów” do portów lotniczych służących interwenientowi jako węzłowe porty lotnicze (huby).
- 78 W szczególności skarżąca twierdzi, z jednej strony, że sporna koncentracja mogła znacząco przeszkodzić skutecznej konkurencji na rynkach obejmujących trasy Düsseldorf – Nowy Jork (Stany Zjednoczone), Düsseldorf – Monachium, Hamburg – Monachium i Berlin-Tegel – Kolonia-Bonn. W tym względzie, w następstwie spornej koncentracji, interwenient przejąłby połączenia obsługiwane przez Air Berlin wbrew zawartemu w zaskarżonej decyzji twierdzeniu, zgodnie z którym „w żadnym razie nie przejmie [on] połączeń, na których wcześniej operował Air Berlin”. Z drugiej strony, sporna koncentracja umożliwiłaby interwenientowi zwiększenie liczby pasażerów tranzytowych w portach lotniczych we Frankfurcie (Niemcy), w Monachium, Wiedniu (Austria) i Zurychu, które służą mu jako węzłowe porty lotnicze, wobec czego owa koncentracja mogłaby również wywrzeć wpływ na rynki O&D z lub do tych portów lotniczych, a w szczególności na rynki O&D, na których te porty lotnicze służą jako węzłowe porty lotnicze w ramach połączeń do Azji lub Ameryki Północnej. Ponadto, skoro przewoźnicy lotniczy powinni móc oferować loty w różnych godzinach w zależności od danego rynku O&D, w tym z lub do tego samego portu lotniczego, Komisja powinna była zbadać bariery wejścia na każdym z tych rynków O&D, a w szczególności dostępność różnych slotów w odnośnych portach lotniczych.
- 79 Po pierwsze, należy zaznaczyć, że – jak wynika z pkt 73 powyżej – badanie rynków O&D może pozwolić na określenie wśród usług transportu pasażerskiego tych usług, które konsument uważa za zamiennie lub za substytuty. Wynika z tego, że jeżeli przedsiębiorstwami uczestniczącymi w koncentracji są działający nadal przewoźnicy lotniczy, Komisja może wskazać rynki O&D, na których ich działalność się pokrywa. Może ona zatem dokonać oceny wpływu tej koncentracji na

konkurencję w zakresie świadczenia usług transportu pasażerskiego na tych rynkach. W szczególności może ona między innymi określić zakres zmian dotyczących udziałów w rynku i stopień koncentracji, obliczając łączny udział w rynku rzeczonych przedsiębiorstw po dokonaniu owej koncentracji oraz łączny udział w rynku ich konkurentów.

- 80 Jednakże w niniejszej sprawie, zważywszy na zaprzestanie działalności przez Air Berlin, spółka ta wycofała się ze wszystkich rynków O&D, na których była obecna, wobec czego jej działalność i działalność interwenienta nie pokrywały się już na żadnym z tych rynków. Ponadto w zakresie, w jakim sloty Air Berlin nie były związane z żadnym połączeniem, Komisja słusznie wskazała, że mogły one w konsekwencji być wykorzystywane przez interwenienta na rynkach O&D innych niż rynki, na których Air Berlin był wcześniej obecny. Bezsporne jest bowiem to, że interwenient był w stanie przesunąć sloty na liczne rynki O&D, jak również to, co skarżąca przyznaje zresztą w pkt 106 i 115 repliki, że Komisja nie ma możliwości zbadania wszystkich rynków O&D, do których można by przypisać sloty Air Berlin.
- 81 Wynika z tego, że w odróżnieniu od koncentracji, w których uczestniczą działający nadal przewoźnicy lotniczy, w niniejszym przypadku nie było pewne, czy sporna koncentracja wywrze jakikolwiek wpływ na konkurencję na rynkach O&D, na których Air Berlin był obecny przed zaprzestaniem prowadzenia działalności.
- 82 Po drugie, należy zaznaczyć, że skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego wykazać, iż badanie wpływu spornej koncentracji na rynki usług z zakresu infrastruktury lotniskowej nie pozwalało na określenie ewentualnych przeszkód w skutecznej konkurencji na różnych rynkach O&D z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin.
- 83 W szczególności, o ile skarżąca wskazuje rynki O&D, na których interwenient przejąłby trasy obsługiwane wcześniej przez Air Berlin albo mógłby korzystać ze slotów Air Berlin, w szczególności w celu zwiększenia liczby pasażerów tranzytowych w swych węzłowych portach lotniczych, o tyle nie twierdzi ona, że sporna koncentracja rzeczywiście stanowiła znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji na tych rynkach. Przeciwnie, utrzymuje ona, że nie jest zobowiązana do udowodnienia istnienia takiej przeszkody i że to do Komisji należy wykazanie jej braku. Skarżąca ogranicza się zatem do twierdzenia, że owa koncentracja mogła stanowić taką przeszkodę i że Komisja powinna była uzupełnić swoją analizę, lecz nie przedstawia w tym względzie wiarygodnych przesłanek w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 67 powyżej. Skarżąca nie wyjaśnia między innymi, w jaki sposób rzeczona koncentracja mogłaby znacząco przeszkodzić skutecznej konkurencji na niektórych rynkach O&D, w sytuacji gdyby dostęp innych przewoźników lotniczych do omawianych usług z zakresu infrastruktury lotniskowej został zachowany.
- 84 Ponadto, jeśli chodzi, z jednej strony, o rynki obejmujące trasy Monachium – Düsseldorf i Wiedeń – Düsseldorf, na których zdaniem skarżącej interwenient znalazł się w sytuacji monopolu w następstwie spornej koncentracji, należy dodać, że z załącznika C.25 do repliki wynika, iż sytuacja ta wynikała z wycofania się Air Berlin z tych rynków. Tymczasem wycofanie to jest konsekwencją zaprzestania prowadzenia działalności przez Air Berlin, które – jak wskazano w pkt 35–57 powyżej – miało miejsce przed tą koncentracją i niezależnie od niej. Co się tyczy rynków obejmujących trasy Frankfurt – Wenecja i Zurych – Hamburg, o których skarżąca również wspomina, wystarczy wskazać, że Air Berlin nie był obecny na tych rynkach, że podnoszone zwiększenie udziału rynkowego interwenienta wynikało z wycofania się innych przewoźników lotniczych z tych rynków oraz że skarżąca nie wyjaśnia, w jaki sposób owo wycofanie było związane z rzeczoną koncentracją. W konsekwencji okoliczność, że po dokonaniu

wspomnianej koncentracji interwenient znajduje się na tych rynkach O&D w sytuacji monopolu, nie może w żadnym razie oznaczać, iż owa koncentracja mogłaby znacząco przeszkodzić skutecznej konkurencji na tych rynkach.

- 85 Jeśli chodzi, z drugiej strony, o rynki O&D z lub do portów lotniczych we Frankfurcie, w Monachium, Wiedniu i Zurychu lub rynki O&D, na których te porty lotnicze służą w ujęciu całościowym jako węzłowe porty lotnicze, należy zaznaczyć, podobnie jak uczyniła to Komisja, że z pkt 123–130 repliki wynika, iż skarżąca przyznaje, że badanie zdolności interwenienta, w następstwie spornej koncentracji, do zamknięcia dostępu do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej świadczonych przez port lotniczy mogło pozwolić na sprawdzenie, czy koncentracja ta nie przeszkodzi znacząco skutecznej konkurencji na rynkach O&D z lub do tych portów lotniczych. Ponadto, o ile skarżąca powołuje się na liczbę pasażerów tranzytowych odpowiednio w portach lotniczych we Frankfurcie, w Monachium, Wiedniu i Zurychu, jak również na udziały rynkowe interwenienta na trasach między tymi portami lotniczymi a innymi portami lotniczymi, z którymi związane były sloty Air Berlin, o tyle nie wyjaśnia ona, w jaki sposób z danych tych wynika, że sporna koncentracja przeszkodziłaby znacząco skutecznej konkurencji na tych rynkach.
- 86 Po trzecie, należy wskazać, w ślad za Komisją, że z twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym interwenient wykorzysta sloty Air Berlin w celu zwiększenia przepływu strumieni pasażerów do jego węzłowych portów lotniczych, wynika, że interwenient nie przejmie wszystkich połączeń, które były wcześniej obsługiwane przez Air Berlin. W konsekwencji należy stwierdzić, że Komisja słusznie uznała, iż sporna koncentracja może mieć wpływ na wszystkie rynki O&D z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin, w związku z czym badanie skutków tej koncentracji nie może ograniczyć się do wskazanych przez skarżącą rynków O&D.
- 87 Po czwarte, należy zaznaczyć, że Komisja stwierdziła w pkt 42 zaskarżonej decyzji, iż w zgłoszeniu dotyczącym spornej koncentracji interwenient wskazał, że zamierza wykorzystać sloty będące przedmiotem tej koncentracji w celu realizacji swoich „planów rozwoju” i że „w żadnym razie nie przejmie połączeń, na których wcześniej operował Air Berlin”. Tymczasem owe stwierdzenia, na które powołuje się skarżąca, stanowią jedynie przypomnienie treści tego zgłoszenia, a nie uzasadnienie zaskarżonej decyzji, którego zgodność z prawem skarżąca mogłaby zakwestionować.
- 88 Wynika z tego, że skarżąca bezzasadnie twierdzi, iż przyjęta przez Komisję definicja rynku nie pozwala na określenie ewentualnych znaczących przeszkód w skutecznej konkurencji wynikających ze spornej koncentracji, w tym na wskazanych przez skarżącą rynkach O&D.
- 89 W związku z tym należy oddalić część drugą zarzutu pierwszego skarżącej, a w konsekwencji wspomniany zarzut w całości.

***W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie skutków spornej koncentracji***

- 90 Zarzut drugi składa się w istocie z dwóch części. W części pierwszej, podniesionej formalnie w skardze w ramach zarzutu pierwszego, skarżąca utrzymuje, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie w odniesieniu do skutków umów roof wet lease i wet lease przy ocenie tej koncentracji. W części drugiej skarżąca podnosi, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie w odniesieniu do skutków tej koncentracji, w szczególności na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie, Zurychu, Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel.

- 91 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżące.
- 92 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy materialnoprawne rozporządzenia nr 139/2004, a w szczególności jego art. 2, przyznają Komisji pewne uprawnienia dyskrecjonalne, zwłaszcza w zakresie ocen natury ekonomicznej, w związku z czym kontrola sądowa wykonywania tych uprawnień – istotnych dla określenia reguł w dziedzinie koncentracji – powinna być dokonywana z uwzględnieniem zakresu uznania, który wyznaczają normy o charakterze ekonomicznym stanowiące część przepisów dotyczących koncentracji (wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, C-202/06 P, EU:C:2007:814, pkt 53; z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 85). Tak więc zgodnie z utrwalonym orzecznictwem kontrola, jaką sądy Unii sprawują nad dokonywanymi przez Komisję złożonymi ocenami ekonomicznymi, musi się ograniczać do sprawdzenia, czy przestrzegane były przepisy proceduralne oraz zasady dotyczące obowiązku uzasadnienia, a także czy dokonano prawidłowych ustaleń faktycznych, czy nie wystąpił oczywisty błąd w ocenie okoliczności faktycznych i czy nie doszło do nadużycia władzy (wyroki: z dnia 7 maja 2020 r., BTB Holding Investments i Duferco Participations Holding/Komisja, C-148/19 P, EU:C:2020:354, pkt 56; z dnia 5 września 2014 r., Éditions Odile Jacob/Komisja, T-471/11, EU:T:2014:739, pkt 137; z dnia 12 grudnia 2018 r., Servier i in./Komisja, T-691/14, odwołanie w toku, EU:T:2018:922, pkt 1374).
- 93 Chociaż zadaniem Sądu nie jest zastępowanie swoją własną oceną ekonomiczną oceny dokonanej przez Komisję, która jest instytucją właściwą w tym względzie, z utrwalonego już orzecznictwa wynika, że sąd Unii powinien w szczególności nie tylko zbadać materialną prawdziwość przytoczonych dowodów, ich wiarygodność i spójność, ale także sprawdzić, czy te dowody stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy mogą one stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie (wyroki: z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39; z dnia 11 września 2014 r., CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 46).

***W przedmiocie części pierwszej zarzutu drugiego, dotyczącej skutków umów roof wet lease i wet lease***

- 94 W pierwszej kolejności Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, że na podstawie umowy roof wet lease Air Berlin wydierżawiał dwóm spółkom zależnym interwenienta statki powietrzne z załogą. Ponadto Komisja stwierdziła, że wejście LGW w miejsce Air Berlin w ramach tej umowy, na co zezwoliła ona w decyzji z dnia 27 października 2017 r., miało na celu utrzymanie w mocy skutków owej umowy po zaprzestaniu prowadzenia działalności przez Air Berlin. Wynioskowała ona na tej podstawie, że owo wejście LGW w miejsce Air Berlin miałyby samo w sobie jedynie ograniczony wpływ na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego. Analogicznie Komisja uznała, że „włączenie” do interwenienta tych statków powietrznych z załogą w drodze spornej koncentracji miałyby ograniczony wpływ na te rynki, ponieważ wspomniane włączenie nastąpiłoby po umowie roof wet lease. Ponadto stwierdziła, że federalny urząd ochrony konkurencji zatwierdził tę umowę w dniu 30 stycznia 2017 r.
- 95 W tym względzie skarżąca nie kwestionuje decyzji federalnego urzędu ochrony konkurencji zatwierdzającej umowę roof wet lease. Podnosi ona natomiast, że umowa ta stanowiła jedynie element „przedtransakcyjny” spornej koncentracji, który Komisja powinna była uwzględnić. W związku z tym wskazuje ona, że federalny urząd ochrony konkurencji ograniczył się do odrębnego zbadania wspomnianej umowy i że do Komisji należało dokonanie oceny tej koncentracji w całości.



- 96 W tych okolicznościach skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna była „ocenić znaczenie” aktywów, których dotyczy umowa roof wet lease, dla funkcjonowania rynku usług pasażerskiego transportu lotniczego oraz rynku dzierżawy statków powietrznych. Dodaje ona, że sporna koncentracja pozwoliła interwenientowi nabyć statki powietrzne z załogą szybciej, niż mógłby on to uczynić w normalnych warunkach rynkowych, zważywszy w szczególności na trudności w rekrutacji pilotów. Wreszcie podnosi ona, że w braku spornej koncentracji owe statki powietrzne i ich załoga mogłyby zostać nabyte przez konkurentów interwenienta.
- 97 W tym względzie należy zaznaczyć, że – jak wspomniano w pkt 46 powyżej – umowę roof wet lease i sporną koncentrację należy postrzegać jako dwie odrębne transakcje. Wynika z tego, że wbrew twierdzeniom skarżącej umowy roof wet lease nie można postrzegać jako elementu tej koncentracji.
- 98 Ponadto należy zaznaczyć, że umowę roof wet lease zawarto na okres sześciu lat z możliwością jej przedłużenia pod pewnymi warunkami. Wynika stąd, że zgodnie z tą umową interwenient mógł używać statków powietrznych, o których mowa w rzeczonyj umowie, wraz z załogą co najmniej do grudnia 2022 r. W konsekwencji podniesiona przez skarżącą okoliczność, że umowa z dnia 13 października 2017 r. dotycząca spornej koncentracji pozwoliła interwenientowi na szybsze nabycie tych statków powietrznych i przejęcie ich załogi, nie pozwala sama w sobie na wykazanie, że koncentracja ta mogła znacząco przeszkodzić skutecznej konkurencji na rynku usług pasażerskiego transportu lotniczego oraz rynku dzierżawy statków powietrznych.
- 99 W tych okolicznościach Komisja nie pominęła w oczywisty sposób skutków umowy roof wet lease w ramach oceny spornej koncentracji.
- 100 W drugiej kolejności Komisja podniosła, że w ramach umowy wet lease LGW wydierżawiało spółce Air Berlin statki powietrzne z załogą i że ta ostatnia spółka posiadała sloty niezbędne do użytkowania tych statków powietrznych oraz sprzedawała bilety lotnicze na loty wykonywane przy użyciu wspomnianych statków powietrznych. Komisja wywnioskowała z tego, że Air Berlin był obecny na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego i że LGW było obecne na rynku dzierżawy statków powietrznych, chociaż tylko w ramach grupy Air Berlin. Wreszcie stwierdziła ona, że zaprzestanie działalności przez Air Berlin skłoniło LGW do wycofania się z rynku dzierżawy statków powietrznych przed sporną koncentracją i niezależnie od niej.
- 101 W tym względzie skarżąca utrzymuje, że Komisja niesłusznie uznała, iż LGW było obecne na rynku dzierżawy statków powietrznych, ponieważ LGW ograniczało się do wydierżawiania statków powietrznych swojej spółce dominującej, Air Berlin. Skarżąca wywodzi stąd, że działalność LGW była nierozzerwalnie związana z działalnością Air Berlin i że w konsekwencji Komisja powinna była przeprowadzić szczególną analizę umowy wet lease w ramach oceny spornej koncentracji.
- 102 Należy stwierdzić, że skarżąca uważa, podobnie jak Komisja, iż LGW wydierżawiało statki powietrzne wyłącznie spółce Air Berlin, wobec czego Komisja słusznie stwierdziła, że stosowanie umowy wet lease ustało wraz z zaprzestaniem działalności przez Air Berlin, co nastąpiło przed sporną koncentracją i niezależnie od niej, jak wskazano w pkt 38 i 49 powyżej. Skarżąca nie wyjaśnia jednak, w jaki sposób umowa ta, której stosowanie ustało przed ową koncentracją i niezależnie od niej, mogła wskazywać na istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w ramach oceny tej koncentracji dokonanej przez Komisję.

- 103 Ponadto, chociaż skarżąca zamierzała zarzucić Komisji nieuwzględnienie w swojej analizie ewentualnych skutków nabycia przez interwenienta regionalnych statków powietrznych, których dzierżawa była przedmiotem umowy wet lease, wystarczy stwierdzić, że skarżąca nie wyjaśniła, w jaki sposób ani na którym rynku nabycie to mogło stanowić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.
- 104 Wynika z tego, że skarżąca bezzasadnie twierdzi, iż Komisja powinna była przeprowadzić szczegółowe badanie skutków umowy wet lease, wobec czego należy oddalić część pierwszą zarzutu drugiego skarżącej.

***W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego, dotyczącej wpływu spornej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie, Zurychu, Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i w Berlinie-Tegel***

- 105 W pierwszej kolejności skarżąca twierdzi, że sporna koncentracja wywołuje skutki antykonkurencyjne. W braku tej koncentracji znaczną część slotów przeniesionych na interwenienta przydzielono by bowiem innym przewoźnikom lotniczym. Skarżąca podnosi w tym względzie, że 14 z 19 portów lotniczych, których dotyczy wspomniana koncentracja, jest koordynowanymi portami lotniczymi w rozumieniu rozporządzenia nr 95/93, w tym porty lotnicze w Düsseldorfie, Zurychu, Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel. W konsekwencji zgodnie z art. 10 tego rozporządzenia w braku owej koncentracji nawet połowę slotów posiadanych wcześniej przez Air Berlin przydzielono by „nowym podmiotom”, co zmniejszyłoby bariery wejścia na rynki właściwe.
- 106 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 jedynie koncentracje, które przeszkadzają znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za niezgodne z rynkiem wewnętrznym.
- 107 W konsekwencji, jak słusznie podnosi Komisja, okoliczność, że koncentracja wywołuje skutki antykonkurencyjne, nie jest sama w sobie wystarczająca, aby uznać, iż koncentracja ta jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym, jeżeli nie przeszkadza ona znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części.
- 108 W tej sytuacji okoliczność, że w braku spornej koncentracji niektóre sloty przeniesione na interwenienta można by przydzielić innym przewoźnikom lotniczym, zmniejszając im w ten sposób bariery wejścia na rynek w odniesieniu do przedmiotowych portów lotniczych, nie pozwala sama w sobie wykazać, iż koncentracja ta mogła znacząco przeszkodzić skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części.
- 109 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że sporna koncentracja znacząco przeszkodziłaby skutecznej konkurencji na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie, Zurychu, Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel. W tym względzie podnosi ona, po pierwsze, że koncentracja ta doprowadziłaby do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej interwenienta na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie i Zurychu. Po drugie, wskutek wspomnianej koncentracji, posiadany przez interwenienta udział w slotach przekroczyłby znacznie 25% w portach lotniczych w Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel, chociaż owe porty lotnicze mają wysokie poziomy natężenia ruchu.

- 110 W tym względzie Komisja zbadała zdolność interwenienta do zamknięcia dostępu do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej i w konsekwencji do rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do, w szczególności, portów lotniczych w Düsseldorfie, Zurychu, Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel. Jak wynika z pkt 19 powyżej, wzięła ona pod uwagę, z jednej strony, natężenie ruchu w tych portach lotniczych, a z drugiej strony, posiadany przez interwenienta udział w slotach oraz wpływ spornej koncentracji na ów udział.
- 111 Jeśli chodzi, z jednej strony, o natężenie ruchu w portach lotniczych, Komisja stwierdziła, że – jak wynika z art. 3 ust. 5 rozporządzenia nr 95/93 – przepustowość koordynowanych portów lotniczych nie była wystarczająca, aby uwzględnić wszystkie wnioski przewoźników lotniczych w oparciu o dobrowolną współpracę między nimi. Wskazała ona jednak, że port lotniczy może zostać uznany za koordynowany w rozumieniu tego rozporządzenia bez wykorzystania wszystkich slotów w tym porcie lotniczym. Obliczyła ona więc, tam gdzie uznała to za stosowne, poziom natężenia ruchu w odnośnych portach lotniczych, dzieląc w odniesieniu do każdej z godzin otwarcia liczbę slotów przydzielonych wszystkim przewoźnikom lotniczym przez całkowitą liczbę dostępnych slotów. Uznała ona, co nie zostało zakwestionowane przez skarżącą, że co do zasady można wykluczyć istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, jeżeli średni poziom natężenia ruchu w porcie lotniczym nie przekracza 60%.
- 112 Jeśli chodzi, z drugiej strony, o wpływ spornej koncentracji na posiadany przez interwenienta udział w slotach, Komisja stwierdziła, jak wspomniano w pkt 74 powyżej, że w braku spornej koncentracji sloty Air Berlin, w tym sloty Niki Luftfahrt, wróciłyby do puli, a następnie zostałyby rozdzielone między innych przewoźników lotniczych, którzy wystąpiliby z odpowiednim wnioskiem. W tym względzie Komisja wyjaśniła, że – jak podnosi skarżąca – zgodnie z art. 10 ust. 6 rozporządzenia nr 95/93, 50% owych slotów przydzielono by nowym podmiotom, chyba że ich wnioski nie przekroczyłyby 50% wspomnianych slotów. W konsekwencji co najmniej 50% slotów Air Berlin przeniesiono by na innych przewoźników lotniczych, w tym na interwenienta, którzy posiadali już wystarczającą liczbę slotów w odnośnych portach lotniczych.
- 113 W tych okolicznościach Komisja zbadała w zaskarżonej decyzji to, co uznała za „wzrost netto”, a mianowicie różnicę między udziałem w slotach posiadany przez interwenienta w wyniku spornej koncentracji a udziałem w slotach posiadany przez interwenienta w braku tej koncentracji, biorąc pod uwagę sloty Air Berlin, w tym sloty Niki Luftfahrt, które zostałyby ewentualnie przeniesione na interwenienta z puli.

***– W przedmiocie wpływu spornej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie i Zurychu***

- 114 Po pierwsze, jeśli chodzi o sezon zimowy IATA 2017/2018 w porcie lotniczym w Düsseldorfie, Komisja wskazała, że średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 26% do 39% lub do 42% w zależności od tego, czy sloty posiadane przez Niki Luftfahrt zostałyby przeniesione na innego przewoźnika lotniczego czy też wróciłyby do puli, że średni wzrost netto wyniósłby 4% oraz że średni poziom natężenia ruchu wyniósłby 73%. Ponadto maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 46% do 58% między godziną 17.00 a godz. 17.59 uniwersalnego czasu koordynowanego (UTC), w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 99%. Wzrost netto wyniósłby zatem 6%.
- 115 Po drugie, jeśli chodzi o sezon letni IATA 2018 w porcie lotniczym w Düsseldorfie, Komisja wskazała, że udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 39% do 52% lub do 54% w zależności od tego, czy sloty posiadane przez Niki Luftfahrt zostałyby przeniesione na innego

- przewoźnika lotniczego czy też wróciłyby do puli, i że średni wzrost netto wyniósłby 5%. Biorąc pod uwagę zobowiązania podjęte przez interwenienta, Komisja wskazała, że na interwenienta przeniesiono by jedynie ograniczoną liczbę slotów, w związku z czym posiadany przez niego udział w slotach nie przekroczyłby 50%, a wzrost netto wyniósłby 1%. Ponadto stwierdziła ona, że średni poziom natężenia ruchu w porcie lotniczym w Düsseldorfie wyniósł 91% w sezonie letnim IATA 2017 i że jedynie dwa sloty zostaną przeniesione na interwenienta w przypadku osiągnięcia maksymalnego wynoszącego 100% poziomu natężenia ruchu między godz. 12.00 a godz. 12.59 UTC.
- 116 Po trzecie, jeśli chodzi o port lotniczy w Zurychu, Komisja stwierdziła, że na interwenienta przeniesiono by sloty jedynie na sezon letni IATA 2018. W szczególności wskazała ona, że średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 51% do 52%, że średni wzrost netto byłby bliski 0% i że średni poziom natężenia ruchu w porcie lotniczym w Zurychu wynosił 69%. Jeśli chodzi o maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta, wzrósłby on z 81% do 84% między godz. 4.00 a godz. 4.59 UTC, w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziomu natężenia ruchu wynoszący 94%, lecz wzrost netto wyniósłby wówczas 0%.
- 117 W pierwszej kolejności skarżąca przypomina, że udział w rynku przekraczający 50% tworzy domniemanie pozycji dominującej. W tym względzie, z jednej strony wyciąga ona z tego wniosek, że w niniejszej sprawie sporna koncentracja zapewniłaby interwenientowi taką pozycję w odniesieniu do portu lotniczego w Düsseldorfie i wzmocniłaby tę pozycję w odniesieniu do portu lotniczego w Zurychu. Z drugiej strony utrzymuje ona, że stworzenie i umocnienie pozycji dominującej interwenienta stanowi jako takie znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, pozwalając interwenientowi na zamknięcie dostępu do usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tych portów lotniczych. W związku z tym podnosi ona, że posiadany przez interwenienta udział w slotach w porcie lotniczym w Düsseldorfie wyniesie 42% i 54% odpowiednio w sezonie zimowym IATA 2017/2018 i w sezonie letnim IATA 2018 oraz że poziom natężenia ruchu w tym porcie lotniczym wynosi 91%. Wyjaśnia ona ponadto, że zobowiązania podjęte przez interwenienta są niewystarczające, ponieważ posiadany przez niego udział w slotach będzie wciąż wynosił 50% w sezonie letnim IATA 2018. W odniesieniu do portu lotniczego w Zurychu podnosi ona, że posiadany przez interwenienta udział w slotach wyniesie średnio 52% i maksymalnie 84% w sezonie letnim IATA 2018 oraz że udział jego najbliższego konkurenta wynosi jedynie 6%.
- 118 W tym względzie z art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że w pewnych przypadkach koncentracja może stanowić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, jeżeli prowadzi do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 87).
- 119 Ponadto, jak podnosi skarżąca, wprawdzie znaczenie udziałów w rynku może być różne na poszczególnych rynkach, jednak można zasadnie uznać, że szczególnie duże udziały same w sobie stanowią – poza wyjątkowymi okolicznościami – dowód istnienia pozycji dominującej. Może to mieć miejsce w przypadku udziału w rynku wynoszącego 50% lub więcej (zob. wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 120 Tymczasem w niniejszej sprawie, jeśli chodzi z jednej strony o sezon zimowy IATA 2017/2018 w porcie lotniczym w Düsseldorfie, należy zauważyć, że interwenient posiadałby średnio jedynie 42% slotów. W konsekwencji, jak wynika zresztą z argumentacji skarżącej, nie można domniemywać, że interwenient zajmie pozycję dominującą, ponieważ jego udział w slotach posiadany w wyniku spornej koncentracji nie przekroczyłby 50%. Należy natomiast stwierdzić, że

w celu wykazania istnienia pozycji dominującej interwenienta, skarżąca poprzestaje na powołaniu się na fakt, iż posiadany przez niego udział w slotach przekracza 40%, a także na fakt, iż poziom natężenia ruchu w tym porcie lotniczym jest wysoki. Jednakże wobec braku informacji dotyczących w szczególności udziału w slotach posiadanego przez innych przewoźników lotniczych, okoliczności te same w sobie nie wystarczają do wykazania, że interwenient zająłby taką pozycję. Wreszcie okoliczność, że maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta może wynieść 58% między godz. 17.00 a godz. 17.59 UTC, nie pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż interwenient uzyskałby pozycję dominującą w sezonie zimowym IATA 2017/2018 rozpatrywanym jako całość. W każdym razie taka okoliczność nie wystarczy do wykazania, że sporna koncentracja mogłaby ewidentnie stanowić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji na podstawie orzecznictwa przytoczonego w pkt 118 powyżej, biorąc pod uwagę między innymi dostępność slotów w porcie lotniczym w Düsseldorfie w tym sezonie, jak stwierdziła Komisja w pkt 214 zaskarżonej decyzji.

- 121 Jeśli chodzi, z drugiej strony, o sezon letni IATA 2018 w portach lotniczych w Düsseldorfie i w Zurychu, z zaskarżonej decyzji wynika, że w następstwie zobowiązań podjętych przez interwenienta wzrost netto wyniósłby 0% lub około 0%, wobec czego udział w slotach posiadany przez interwenienta byłby taki sam lub prawie taki sam, niezależnie od tego, czy dokonano by spornej koncentracji, czy też nie. W konsekwencji wskazywane przez skarżącą stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej nie wynikałoby ze spornej koncentracji jako takiej, lecz wyłącznie z zaprzestania prowadzenia działalności przez Air Berlin. W tych okolicznościach z samego faktu, że udział w slotach posiadany przez interwenienta w wyniku spornej koncentracji wyniósłby 50% lub byłby wyższy, nie można wywodzić, iż koncentracja ta stanowiłaby znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.
- 122 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że biorąc pod uwagę znaczny udział w slotach posiadany przez interwenienta oraz poziom natężenia ruchu, w szczególności w portach lotniczych w Düsseldorfie i Zurychu, interwenient mógłby przyjąć różne strategie wykluczające. Interwenient mógłby bowiem, po pierwsze, zwiększyć liczbę lotów w godzinach operacji rozważanych przez nowego uczestnika lub na obsługiwanych już przez niego trasach, przez co działalność tego ostatniego stałaby się mniej rentowna, po drugie, wykorzystał w bardziej skuteczny sposób swoje sloty, przesuwając je w razie potrzeby między różnymi trasami, i po trzecie, zaoferował swym klientom korzystniejsze programy lojalnościowe.
- 123 W tym względzie, po pierwsze, Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, podobnie jak skarżąca, że dzięki dużej liczbie slotów, posiadający je przewoźnicy lotniczy mogą oferować loty w godzinach zbliżonych do godzin, które rozważa inny przewoźnik lotniczy, w szczególności w celu utrudnienia temu ostatniemu wejścia na rynek usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do danego portu lotniczego.
- 124 Jednakże, z jednej strony, należy zauważyć, że wzrost netto liczby slotów w portach lotniczych w Düsseldorfie i w Zurychu w sezonie letnim IATA 2018 wyniósłby 0% lub około 0%. W związku z tym fakt, iż ze względu na zwiększoną liczbę slotów interwenient mógłby z większą łatwością zwiększyć liczbę lotów w godzinach operacji rozważanych przez nowego uczestnika lub na obsługiwanych już przez niego trasach, nie wynika ze spornej koncentracji, lecz z zaprzestania działalności przez Air Berlin. Z drugiej strony, co się tyczy sezonu zimowego IATA 2017/2018 w porcie lotniczym w Düsseldorfie i sezonu letniego IATA 2018 w porcie lotniczym w Zurychu, Komisja stwierdziła w zaskarżonej decyzji, że średni poziom natężenia ruchu w tych portach lotniczych, wynoszący odpowiednio 73% i 69%, byłby wystarczająco niski, aby umożliwić rozwój

działalności konkurentów po przeprowadzeniu spornej koncentracji, bez względu na udział w slotach posiadany przez interwenienta. Skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu, który mógłby podważyć tę ocenę.

- 125 Po drugie, należy przypomnieć, że fakt, iż konkurenci mogą ponieść szkody z tego względu, że koncentracja powoduje wzrost efektywności, nie może sam w sobie stanowić przeszkody w konkurencji. Tymczasem skarżąca nie wyjaśnia, w jaki sposób skuteczniejsze wykorzystanie przez interwenienta jego slotów, a także wprowadzenie korzystniejszych programów lojalnościowych na rzecz jego klientów nie odzwierciedlają wzrostu efektywności, który może wprawdzie zaszkodzić konkurentom, ale nie będzie stanowić znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.
- 126 Wynika z tego, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, iż sporna koncentracja nie przeszkodziłaby znacząco skutecznej konkurencji na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Düsseldorfie i Zurychu.

***– W przedmiocie wpływu spornej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel***

- 127 Po pierwsze, jeśli chodzi o sezon letni IATA 2018 w porcie lotniczym w Hamburgu, Komisja wskazała, że średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 30% do 33%, że średni wzrost netto wyniósłby 1% i że średni poziom natężenia ruchu wyniósłby 54%. Maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 39% do 43% między godz. 16.00 a godz. 16.59 UTC, w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 75%. Wzrost netto wyniósłby jednak wtedy 1%.
- 128 Po drugie, jeśli chodzi o sezon zimowy IATA 2017/2018 w porcie lotniczym w Monachium, Komisja wskazała, że średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 39% do 41%, że średni wzrost netto wyniósłby 0% i że średni poziom natężenia ruchu wyniósłby 60%. Wskazała ona również, że maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wyniósłby 78% między godz. 13.00 a godz. 13.59 UTC, w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 93%. Stwierdziła ona jednak, że wzrost netto wyniósłby 0%.
- 129 Po trzecie, jeśli chodzi o port lotniczy w Stuttgarcie, Komisja wskazała, że z jednej strony w sezonie zimowym IATA 2017/2018 średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 15% do 17%, że średni wzrost netto wyniósłby 1% i że średni poziom natężenia ruchu wyniósłby 30%. Wskazała ona również, że maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wyniósłby 33% między godz. 17.00 a godz. 17.59 UTC, w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 59%. Stwierdziła ona jednak, że wzrost netto wyniósłby 1%. Z drugiej strony, jeśli chodzi o sezon letni IATA 2018, średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 30% do 33%, średni wzrost netto wyniósłby 1%, a średni poziom natężenia ruchu wyniósłby 43%. Ponadto maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wyniósłby 46% między godz. 16.00 a godz. 16.59 UTC, w przypadku gdyby osiągnięto maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 74%. Wzrost netto wyniósłby zatem 2%.
- 130 Po czwarte, jeśli chodzi o port lotniczy w Berlinie-Tegel, Komisja wskazała z jednej strony, że w sezonie zimowym IATA 2017/2018 średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 16% do 25%, że średni wzrost netto wyniósłby 4% i że średni poziom natężenia ruchu

wyniosłby 54%. Wskazała ona również, że maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wyniosłby 40% między godz. 19.00 a godz. 19.59 UTC, podczas gdy maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 73% osiągnięto by między godz. 7.00 a godz. 7.59 UTC. Komisja stwierdziła ponadto, że wzrost netto wyniosłby 11% między godz. 19.00 a godz. 19.59 UTC. Z drugiej strony, jeśli chodzi o sezon letni IATA 2018, średni udział w slotach posiadany przez interwenienta wzrósłby z 28% do 35%, średni wzrost netto wyniosłby 3%, a średni poziom natężenia ruchu wyniosłby 62%. Ponadto maksymalny udział w slotach posiadany przez interwenienta wyniosłby 52% między godz. 16.00 a godz. 16.59 UTC, podczas gdy maksymalny poziom natężenia ruchu wynoszący 83% osiągnięto by między godz. 10.00 a godz. 10.59 UTC. Wzrost netto między godz. 16.00 a godz. 16.59 UTC wyniosłby 1%.

- 131 Skarżąca utrzymuje, że – jak wskazano w pkt 18 wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, C 31, s. 5, zwanych dalej „wytycznymi w sprawie koncentracji horyzontalnych”) i w motywie 32 rozporządzenia nr 139/2004 – koncentracja nie stanowi znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, jeżeli udział rynkowy zainteresowanych przedsiębiorstw nie przekracza 25%. Podnosi ona, że udział rynkowy interwenienta po przeprowadzeniu spornej koncentracji znacznie przekroczy 25%, po pierwsze, w sezonie letnim IATA 2018 w porcie lotniczym w Hamburgu, po drugie, w sezonie zimowym IATA 2017/2018 w porcie lotniczym w Monachium, a po trzecie, w sezonie zimowym IATA 2017/2018 i w sezonie letnim IATA 2018 w portach lotniczych w Stuttgarcie i w Berlinie-Tegel. Skarżąca wywodzi z tego, że zważywszy na wysoki poziom natężenia ruchu w tych portach lotniczych, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, iż sporna koncentracja nie stanowi znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do rzeczonych portów lotniczych.
- 132 W tym względzie, w pierwszej kolejności, bez potrzeby rozstrzygnięcia kwestii, czy sporna koncentracja stanowi koncentrację horyzontalną w rozumieniu wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych, należy przypomnieć, że z pkt 18 tych wytycznych oraz z motywu 32 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że fakt, iż udział zainteresowanych przedsiębiorstw w rynku nie przekracza 25%, stanowi wskazówkę pozwalającą domniemywać, że koncentracja jest zgodna z rynkiem wewnętrznym. Jednakże nie można z tego wywodzić, że koncentracja nie jest zgodna z rynkiem wewnętrznym z tego tylko powodu, że udział zainteresowanych przedsiębiorstw w rynku przekracza 25%.
- 133 W drugiej kolejności, o ile skarżąca powołuje się na wskazane przez siebie poziomy natężenia ruchu w portach lotniczych, o tyle nie twierdzi ona ani tym bardziej nie wykazuje, że owe poziomy uniemożliwiłyby jej dostęp do rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tych portów lotniczych. Ponadto z jednej strony należy zaznaczyć, że średnie poziomy natężenia ruchu w tych portach lotniczych wyniosłby prawie lub mniej niż 60%, o której to wartości mowa w pkt 111 powyżej i co do której Komisja uznała, a skarżąca temu nie zaprzeczyła, że poniżej tej wartości zasadniczo można wykluczyć istnienie znaczącej przeszkody w konkurencji.
- 134 Z drugiej strony należy zaznaczyć, że maksymalne poziomy natężenia ruchu w rozpatrywanych portach lotniczych są osiąganym w różnych godzinach. Tymczasem, o ile, jak podnosi skarżąca, godziny, w których przewoźnicy lotniczy mogą startować lub lądować, stanowią ważny element w kontekście świadczenia usług pasażerskiego transportu lotniczego, o tyle skarżąca nie wskazuje slotów, które byłyby niezbędne w każdym ze wskazanych przez nią portów lotniczych dla rozwoju takich usług. W szczególności nie wyjaśnia ona, w jaki sposób sloty Air Berlin pozwoliłyby

interwenientowi na zamknięcie dostępu do usług z zakresu infrastruktury lotniskowej i w konsekwencji do rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do każdego z tych portów lotniczych.

- 135 W trzeciej kolejności z zaskarżonej decyzji wynika, że wzrost netto byłby zerowy w porcie lotniczym w Monachium i nie przekroczyłby 1% w porcie lotniczym w Hamburgu. Wyniósłby on maksymalnie 2% w porcie lotniczym w Stuttgarcie między godz. 16.00 a godz. 16.59 UTC w sezonie letnim IATA 2018 i średnio 1% we wszystkich sezonach rozpatrywanych łącznie. Wreszcie, jeśli chodzi o port lotniczy w Berlinie-Tegel, wyniósłby on średnio, odpowiednio, 3% w sezonie letnim IATA 2018 i 4% w sezonie zimowym IATA 2017/2018, a maksymalnie 11% między godz. 19.00 a godz. 19.59 UTC w sezonie zimowym IATA 2017/2018. Jednakże średni poziom natężenia ruchu wyniósłby jedynie 62% podczas sezonu letniego IATA 2018 i 54% podczas sezonu zimowego IATA 2017/2018.
- 136 W tych okolicznościach należy zaznaczyć, że wzrost netto pozostałby ograniczony w przypadku portów lotniczych w Hamburgu, Monachium i Stuttgarcie, wobec czego ewentualne trudności w dostępie do rynków usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do tych portów lotniczych nie wynikałyby ze spornej koncentracji. Jeśli chodzi o port lotniczy w Berlinie-Tegel, wzrost netto byłby nieco wyższy. Jednakże, biorąc pod uwagę poziom natężenia ruchu oraz udział w slotach posiadany przez interwenienta w wyniku owej koncentracji, okoliczność ta nie pozwala sama w sobie na wykazanie, że wspomniana koncentracja stanowiłaby ewidentnie znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.
- 137 Wynika z tego, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, iż sporna koncentracja nie przeszkodziłaby znacząco skutecznej konkurencji na rynkach usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych w Hamburgu, Monachium, Stuttgarcie i Berlinie-Tegel.
- 138 Należy zatem oddalić część drugą zarzutu drugiego skarżącej i w konsekwencji wspomniany zarzut w całości.

***W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia rozporządzenia nr 95/93***

- 139 Skarżąca twierdzi, że Komisja naruszyła art. 8a ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 95/93, a także wynikające z tego rozporządzenia zasady neutralności, przejrzystości i niedyskryminacji. W szczególności podnosi ona, że przeniesienie slotów w ramach koncentracji nie jest możliwe, jeżeli takie przeniesienie mogłoby spowodować zakłócenie operacji w porcie lotniczym. Tymczasem sporna koncentracja prowadziła do takiego zakłócenia, w szczególności w portach lotniczych w Düsseldorfie i w Zurychu, poprzez stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej interwenienta.
- 140 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.
- 141 W tym względzie, w pierwszej kolejności, należy przypomnieć, że – jak stwierdzono w pkt 121 powyżej – stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, na które wskazuje skarżąca, nie wynikałoby ze spornej koncentracji.
- 142 W drugiej kolejności, z jednej strony, w pkt 106 powyżej przypomniano, że zgodnie z art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 jedynie koncentracje, które znacząco przeszkadzają skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku



stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za niezgodne z rynkiem wewnętrznym. Z drugiej strony z art. 8a ust. 2 rozporządzenia nr 95/93 wynika, że jedynie koordynator odnośnych portów lotniczych może odmówić potwierdzenia przeniesienia slotów, o którym zostaje powiadomiony, jeżeli nie jest on przekonany, że operacje w porcie lotniczym nie zostałyby zakłócone. W konsekwencji należy stwierdzić, że Komisja nie była uprawniona do zastosowania tego przepisu.

143 W tych okolicznościach należy oddalić zarzut trzeci skarżącej.

***W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego zaniechania badania ewentualnego wzrostu efektywności wynikającego ze spornej koncentracji***

144 Skarżąca twierdzi, że Komisja naruszyła wytyczne w sprawie koncentracji horyzontalnych, ponieważ nie zbadała ewentualnego wzrostu efektywności, który mógłby wynikać ze spornej koncentracji.

145 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.

146 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że – jak wynika zresztą z treści sekcji 9 formularza CO dotyczącego zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia nr 139/2004, zawartego w załączniku I do rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia nr 139/2004 (Dz.U. 2004, L 133, s. 1), oraz z pkt 78 wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych – wzrost efektywności spowodowany koncentracją powinien sprzyjać konkurencji z korzyścią dla konsumentów. W motywie 29 rozporządzenia nr 139/2004, na który powołuje się skarżąca, przypomniano, że taki wzrost efektywności wynikający z koncentracji może zrównoważyć skutki dla konkurencji, a w szczególności potencjalną szkodę dla konsumentów, które w przeciwnym razie owa koncentracja mogłaby spowodować, i że w konsekwencji koncentracja nie przeszkadza znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części.

147 W niniejszej sprawie należy zaznaczyć, że Komisja uznała, opierając się na art. 6 ust. 1 lit. b) i art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, iż zważywszy na zobowiązania podjęte przez interwenienta, sporna koncentracja nie może stanowić znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części, wobec czego interwenient nie musi wykazywać wzrostu efektywności. W konsekwencji, zważywszy, że – jak wspomniano w pkt 126 i 137 powyżej – twierdzenia skarżącej, iż rzeczona koncentracja mogłaby ewidentnie stanowić taką przeszkodę, są bezzasadne, Komisja nie musiała badać wzrostu efektywności, który mógłby zrównoważyć skutki tej koncentracji dla konkurencji.

148 W drugiej kolejności, z motywu 29 rozporządzenia nr 139/2004 i z pkt 84–87 wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych, na które powołuje się skarżąca, wynika, że do stron koncentracji należy wykazanie ewentualnego wzrostu efektywności będącego skutkiem tej koncentracji, co przyznaje zresztą skarżąca. W konsekwencji skarżąca nie może zarzucać Komisji, iż nie zbadała istnienia wzrostu efektywności, którego interwenient wcześniej nie wykazał.

149 W tych okolicznościach należy oddalić zarzut czwarty skarżącej.

***W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego niewystarczającego charakteru zobowiązań podjętych przez interwenienta***

- 150 Skarżąca utrzymuje, że pomimo zobowiązań podjętych przez interwenienta posiadany przez niego udział w slotach w porcie lotniczym w Düsseldorfie wyniósłby 50% w sezonie letnim IATA 2018, co wskazuje na to, że interwenient zajmowałby pozycję dominującą. Ponadto zobowiązania te nie dotyczą slotów w sezonie zimowym IATA 2017/2018, podczas gdy interwenient zajmowałby taką pozycję również w tym sezonie, a poziom natężenia ruchu w owym porcie lotniczym jest wysoki.
- 151 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.
- 152 Zgodnie z art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, w przypadku, gdy Komisja stwierdza, że po dokonaniu zmian przez zainteresowane przedsiębiorstwa zgłoszona koncentracja nie budzi już poważnych wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym, Komisja uznaje koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym.
- 153 W tym względzie należy przypomnieć, że zobowiązania podjęte w związku z decyzją wydaną na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 mają na celu rozwianie wszystkich poważnych wątpliwości w kwestii, czy koncentracja utrudniłaby znacząco skuteczną konkurencję na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej (wyrok z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 297).
- 154 W niniejszej sprawie, po pierwsze, w pkt 121 powyżej wskazano, że jeśli chodzi o sezon letni IATA 2018 w porcie lotniczym w Düsseldorfie, udział w slotach posiadany przez interwenienta pozostałby, zważywszy na podjęte przez niego zobowiązania, prawie taki sam niezależnie od tego, czy dokonano by spornej koncentracji, czy też nie. Wynika z tego, że pozycja dominująca, o której wspomina skarżąca, nie wynikałaby ze spornej koncentracji jako takiej, lecz z zaprzestania działalności przez Air Berlin. W konsekwencji Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, że zobowiązania podjęte przez interwenienta były wystarczające, aby rozwiązać wątpliwości co do zgodności spornej koncentracji z rynkiem wewnętrznym.
- 155 Po drugie, w pkt 120 i 123 powyżej wskazano, że jeśli chodzi o sezon zimowy IATA 2017/2018, skarżąca nie wykazała, iż w wyniku spornej koncentracji interwenient zajmowałby pozycję dominującą lub miałby zdolność do wdrożenia strategii wykluczających. W tych okolicznościach, ponieważ skarżąca bezzasadnie utrzymuje, że wspomniana koncentracja może ewidentnie stanowić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, Komisja nie musiała badać zobowiązań, które mogłyby zapobiec tej przeszkodzie.
- 156 Po trzecie, z art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 i z art. 19 rozporządzenia nr 802/2004 wynika, że strony koncentracji powinny w razie potrzeby zaproponować, w formie zobowiązań, zmiany dotyczące tej koncentracji. Wobec powyższego skarżąca nie może zarzucać Komisji, iż nie nałożyła zobowiązań dotyczących sezonu zimowego IATA 2017/2018, których interwenient nie zaproponował wcześniej.
- 157 W konsekwencji należy oddalić zarzut piąty skarżącej.

***W przedmiocie zarzutu szóstego, dotyczącego nieuwzględnienia pomocy w celu ratowania w ramach oceny skutków spornej koncentracji***

- 158 Skarżąca twierdzi, że pomoc w celu ratowania została przyznana spółce Air Berlin celem dokonania spornej koncentracji. W tym względzie podnosi ona, że owa pomoc nie była zgodna z rynkiem wewnętrznym, że niektóre informacje dotyczące wspomnianej pomocy nie są publicznie dostępne oraz że negocjacje między interwenientem a Air Berlin w sprawie rzeczony koncentracji odbyły się za zamkniętymi drzwiami. Wywodzi ona z tego, że pomoc w celu ratowania uniemożliwiła innym „podmiotom rynkowo efektywniejszym” nabycie aktywów Air Berlin. Ponadto uważa ona, że pomoc ta zmieniła możliwości finansowania Air Berlin, wobec czego Komisja powinna była uwzględnić tę okoliczność zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004.
- 159 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.
- 160 W tym względzie, w pierwszej kolejności, z decyzji uznającej pomoc w celu ratowania za zgodną z rynkiem wewnętrznym wynika, że pomoc ta miała na celu w szczególności umożliwienie sprzedaży aktywów Air Berlin „w uporządkowany sposób”, tak aby ograniczyć negatywne konsekwencje dla personelu tego przewoźnika lotniczego.
- 161 Jednakże, po pierwsze, z podnoszonej niezgodności pomocy w celu ratowania z rynkiem wewnętrznym, z faktu, że niektóre informacje dotyczące tej pomocy nie są publicznie dostępne oraz z okoliczności, że negocjacje między interwenientem a Air Berlin w sprawie spornej koncentracji odbyły się za zamkniętymi drzwiami, nie można wnioskować, iż pomoc ta miała konkretnie na celu nabycie przez interwenienta aktywów Air Berlin objętych sporną koncentracją.
- 162 Po drugie, skarżąca nie twierdzi ani tym bardziej nie wykazuje, że „podmioty rynkowo efektywniejsze”, o których wspomina, nie mogły złożyć oferty zakupu aktywów Air Berlin w ramach postępowania upadłościowego dotyczącego tego przewoźnika lotniczego.
- 163 Po trzecie, należy przypomnieć, że – jak wspomniano w pkt 108 powyżej – sama okoliczność, iż w braku spornej koncentracji sloty Air Berlin przeniesione na interwenienta zostałyby przynajmniej częściowo przydzielone konkurentom tego ostatniego, nie wystarczy sama w sobie do uznania, że owa koncentracja przeszkadza znacząco skutecznej konkurencji, wobec czego Komisja powinna była ją uznać za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.
- 164 W drugiej kolejności, z art. 2 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że dokonując oceny koncentracji, Komisja bierze pod uwagę między innymi pozycję rynkową zainteresowanych przedsiębiorstw oraz ich siłę ekonomiczną i finansową. Należy jednak zaznaczyć, że skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego wykazać, iż kwota pożyczki przyznanej Air Berlin na podstawie pomocy w celu ratowania została przeniesiona na LGW w celu nabycia tej spółki przez interwenienta.
- 165 W tych okolicznościach nie zostało wykazane, że kwota pożyczki przyznanej Air Berlin była objęta sporną koncentracją, wobec czego należy uznać, że pomoc w celu ratowania nie mogła wpłynąć na pozycję rynkową lub siłę ekonomiczną i finansową LGW lub aktywów Air Berlin nabytych przez interwenienta. Wynika z tego, że owa pomoc nie mogła zmienić dokonanej przez Komisję oceny tej koncentracji.
- 166 W konsekwencji należy oddalić zarzut szósty skarżącej.

***W przedmiocie zarzutu siódmego, dotyczącego naruszenia art. 296 TFUE***

- 167 Skarżąca twierdzi, że Komisja naruszyła art. 296 TFUE, ponieważ zaskarżona decyzja nie jest wystarczająco uzasadniona. Zarzuca ona Komisji w szczególności, że nie przeanalizowała w wyczerpujący sposób ram faktycznych spornej koncentracji. Otóż podnosi ona, że Komisja nie zbadała wpływu tej koncentracji na właściwe rynki O&D, że pominęła „szereg elementów [...] [odnoszących się do] konkurencji[i] na lotniskach, których dotyczy [owa koncentracja], że nie sprawdziła, czy wzrost efektywności wynikający ze spornej koncentracji równoważy antykonkurencyjne skutki wywoływane przez tę koncentrację, że nie zbadała, czy zobowiązania podjęte przez interwenienta mogły umożliwić wyeliminowanie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji wynikającej ze wspomnianej koncentracji i wreszcie, że nie uwzględniła pomocy w celu ratowania.
- 168 Komisja oraz interwenient kwestionują argumentację skarżącej.
- 169 Zgodnie z art. 296 TFUE akty prawne przyjmowane przez instytucje Unii są uzasadniane.
- 170 W tym względzie należy przypomnieć, że uzasadnienie, jakiego wymaga art. 296 TFUE, powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt, pozwalając zainteresowanym poznać podstawy podjętej decyzji, a właściwemu sądowi dokonać jej kontroli. Wymóg uzasadnienia należy więc oceniać w odniesieniu do konkretnej sytuacji, w szczególności do treści aktu, charakteru powołanych argumentów, a także interesu, jaki w uzyskaniu informacji mogą mieć adresaci aktu lub inne osoby, których dotyczy on bezpośrednio i indywidualnie. Nie ma wymogu, by uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne okoliczności faktyczne i prawne, ponieważ kwestia, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi przewidziane w art. 296 TFUE, powinna być oceniana z uwzględnieniem nie tylko jego brzmienia, ale także jego kontekstu, jak również całości przepisów prawa regulujących daną dziedzinę (wyroki: z dnia 2 kwietnia 1998 r., Komisja/Sytraval i Brink’s France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, pkt 63; z dnia 22 czerwca 2004 r., Portugalia/Komisja, C-42/01, EU:C:2004:379, pkt 66; z dnia 15 kwietnia 2008 r., Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, pkt 79).
- 171 Komisja nie uchybia zatem ciężącemu na niej obowiązkowi uzasadnienia, jeśli w ramach wykonywania swoich uprawnień w zakresie kontroli koncentracji nie zawiera w swojej decyzji dokładnego uzasadnienia w odniesieniu do oceny niektórych aspektów koncentracji, które według niej w oczywisty sposób nie mają związku ze sprawą, są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia lub mają ewidentnie drugorzędne znaczenie dla oceny koncentracji (zob. podobnie wyrok z dnia 2 kwietnia 1998 r., Komisja/Sytraval i Brink’s France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, pkt 64). Tego rodzaju wymóg byłby bowiem trudny do pogodzenia z wymogiem szybkiego działania i krótkimi terminami proceduralnymi, które obowiązują Komisję w trakcie wykonywania uprawnień do kontroli koncentracji, a które zalicza się do szczególnych okoliczności postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Wynika stąd, że gdy Komisja uznaje koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004, wymóg uzasadnienia jest spełniony, jeśli owa decyzja przedstawia jasno powody, dla których Komisja uważa, że dana koncentracja, ewentualnie po zmianach wprowadzonych przez uczestniczące w niej przedsiębiorstwa, nie utrudnia w znaczący sposób skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części, w szczególności poprzez stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej (zob. analogicznie wyrok z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 100).

- 172 W niniejszej sprawie, po pierwsze, należy stwierdzić, że – jak wynika z pkt 35 i 69 powyżej – Komisja przedstawiła w zaskarżonej decyzji powód, dla którego nie dokonała oceny spornej koncentracji na każdym z właściwych rynków O&D. Z jednej strony wyjaśniła ona bowiem, że ponieważ Air Berlin zaprzestał prowadzenia działalności przed sporną koncentracją i niezależnie od niej, ów przewoźnik lotniczy nie działał już na żadnym z rynków O&D, na których był wcześniej obecny. Z drugiej strony podniosła, że należy ocenić wpływ tej koncentracji na rynki usług pasażerskiego transportu lotniczego z lub do portów lotniczych, z którymi związane były sloty Air Berlin, ze względu na to, iż owe sloty nie były przypisane do żadnego konkretnego rynku O&D.
- 173 Po drugie, należy zaznaczyć, że skarżąca nie wskazuje „elementów [...] [odnoszących się do] konkurencj[i] na lotniskach, których dotyczy [owa koncentracja]”, w przedmiocie których jej zdaniem Komisja powinna była zająć stanowisko.
- 174 Po trzecie, jak wynika z pkt 147 i 155 powyżej, Komisja nie musiała oceniać ewentualnego wzrostu efektywności wynikającego ze spornej koncentracji ani rozważać ewentualnych dodatkowych zobowiązań, które interwenient mógłby zaproponować. Podobnie, jak wynika z pkt 165 powyżej, Komisja nie musiała brać pod uwagę pomocy w celu ratowania przy ocenie spornej koncentracji. Wynika stąd, że Komisji słusznie mogło się wydawać, iż te różne elementy, na które powołuje się skarżąca, w oczywisty sposób nie mają związku ze sprawą, wobec czego w świetle orzecznictwa przypomnianego w pkt 171 powyżej nie można zarzucać Komisji naruszenia ciężącego na niej obowiązku uzasadnienia poprzez niewymienienie tych elementów w zaskarżonej decyzji.
- 175 W tych okolicznościach nie można uznać, że zaskarżona decyzja jest dotknięta brakiem uzasadnienia, w związku z czym należy oddalić zarzut siódmy skarżącej.

***W przedmiocie wniosku skarżącej o zastosowanie środków organizacji postępowania i przeprowadzenie środków dowodowych***

- 176 Pismem z dnia 12 czerwca 2018 r. skarżąca wniosła do Sądu, na podstawie art. 88 regulaminu postępowania, o zastosowanie środków organizacji postępowania i przeprowadzenie środków dowodowych dotyczących pomocy w celu ratowania, zaprzestania działalności przez Air Berlin oraz sprzedaży aktywów tej spółki.
- 177 Należy jednak zauważyć, po pierwsze, że skarżąca nie wskazała wystarczająco precyzyjnie, wbrew brzmieniu art. 88 § 2 regulaminu postępowania, powodów mających uzasadnić wszystkie środki organizacji postępowania i środki dowodowe, o które wniosła, a po drugie, że – jak wynika w szczególności z pkt 36–49 i 161–165 powyżej – owe środki organizacji postępowania i środki dowodowe nie są konieczne do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie skargi.
- 178 W konsekwencji nie trzeba uwzględniać wniosku skarżącej o zastosowanie środków organizacji postępowania i przeprowadzenie środków dowodowych.
- 179 Z powyższego wynika, że skargę należy oddalić w całości, bez konieczności orzekania w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności załącznika C.2 do repliki. Ponadto, ponieważ żądania interwenienta zostają uwzględnione, nie ma już potrzeby orzekania w przedmiocie podniesionego przez niego w celu wykonania jego uprawnień proceduralnych sprzeciwu wobec zachowania poufności danych, w odniesieniu do których wnioski skarżącej o zachowanie poufności został uwzględniony postanowieniem prezesa dziewiątej izby Sądu z dnia 20 maja 2019 r.

## **W przedmiocie kosztów**

- 180 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, zgodnie z żądaniem Komisji oraz interwenienta należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (dziesiąta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

- 1) Skarga zostaje oddalona.**
- 2) Polskie Linie Lotnicze „LOT” S.A. zostają obciążone kosztami postępowania.**

Van der Woude

Kornezov

Buttigieg

Kowalik-Bańczyk

Hesse

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 20 października 2021 r.

Sekretarz  
E. Coulon

Prezes  
S. Papasavvas