Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

16 maggio 2018 *

«Concorrenza – Concentrazioni – Mercato del trasporto aereo – Decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato interno a condizione che siano rispettati taluni impegni – Domanda di esonero da una parte degli obblighi che sono oggetto degli impegni – Proporzionalità – Legittimo affidamento – Principio di buona amministrazione – Sviamento di potere»

Nella causa T-712/16,

Deutsche Lufthansa AG, con sede in Colonia (Germania), rappresentata da S. Völcker, avvocato,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da A. Biolan, H. Leupold e I. Zaloguin, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto la domanda basata sull'articolo 263 TFUE e diretta all'annullamento della decisione C(2016) 4964 final della Commissione, del 25 luglio 2016, che respinge la richiesta presentata dalla ricorrente relativa all'esonero da taluni impegni resi vincolanti dalla decisione della Commissione del 4 luglio 2005 che approva la concentrazione nel caso COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione),

composto da G. Berardis, presidente, S. Papasavvas (relatore) e O. Spineanu-Matei, giudici,

cancelliere: C. Heeren, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 14 settembre 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti

1 La ricorrente, la Deutsche Lufthansa AG (in prosieguo: la «Lufthansa» o la «ricorrente») è la più importante compagnia aerea tedesca. Essa è membro cofondatore della Star Alliance, la più importante alleanza di compagnie aeree al mondo.

* Lingua processuale: l'inglese.

2 Oltre all'accordo Star Alliance, la Lufthansa ha concluso con la Scandinavian Airlines System (in prosieguo: la «SAS»), l'11 maggio 1995, un accordo bilaterale di alleanza (in prosieguo: l'«accordo bilaterale di alleanza») e, il 1º luglio 1995, un accordo di code sharing, un accordo di commercializzazione e di vendita e un accordo bilaterale di joint venture (in prosieguo: l'«accordo di joint venture»).

3 Parimenti, oltre all'accordo Star Alliance, la Lufthansa ha concluso con la Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (in prosieguo: la «LOT»), il 1º giugno 2002, un accordo reciproco di code sharing, il 25 agosto 2003, un accordo tariffario speciale di ripartizione, il 26 settembre 2003, un accordo strategico di cooperazione, il 15 giugno 2004, un accordo quadro relativo al programma d'incentivazione e, il 1º ottobre 2003, l'accordo di cooperazione Miles and More.

Decisione che autorizza l'operazione di concentrazione tra la Lufthansa e la Swiss International Air Lines Ltd

4 Con decisione del 4 luglio 2005 (caso COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss; in prosieguo: la «decisione del 2005»), adottata in applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), e paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni») (GU 2004, L 24, pag. 1), la Commissione delle Comunità europee ha dichiarato che l'operazione di concentrazione (in prosieguo: l'«operazione») con cui la Lufthansa acquisiva il controllo della compagnia aerea Swiss International Air Lines Ltd (in prosieguo: la «Swiss») era compatibile con il mercato interno, con l'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) e con l'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera sul trasporto aereo, purché fossero rispettati determinati oneri e condizioni.

5 Nell'ambito dell'esame dell'operazione, la Commissione ha, da un lato, analizzato le sovrapposizioni tra i servizi forniti dalle due compagnie aeree. Essa ha, dall'altro, esaminato in che misura l'acquisizione della Swiss da parte della Lufthansa avrebbe eliminato altresì la concorrenza effettiva tra la Swiss e altre compagnie aeree che non facevano parte del gruppo Lufthansa, ma erano partner della Star Alliance ed erano inoltre vincolate da una serie di accordi bilaterali o multilaterali, ossia la SAS, la LOT, l'Austrian Airlines, la British Midland Limited (in prosieguo: la «bmi»), la United Airlines e l'Air Canada.

6 Visti i vari accordi di cooperazione menzionati ai precedenti punti 2 e 3 e tenuto conto della probabile futura adesione della Swiss alla Star Alliance, la Commissione ha concluso che la SAS e la LOT avevano scarso interesse a entrare in competizione con la Swiss dopo l'operazione.

7 Di conseguenza, le quote di mercato della SAS e della LOT sono state aggiunte a quelle della Lufthansa nella valutazione dell'operazione sotto il profilo della concorrenza da parte della Commissione, cosa che ha portato a due sovrapposizioni sulle rotte Zurigo-Stoccolma (in prosieguo: «ZRH-STO») e Zurigo-Varsavia (in prosieguo: «ZRH-WAW»). Soltanto la Swiss e i partner della Star Alliance, la SAS sulla rotta ZRH-STO e la LOT sulla rotta ZRH-WAW, operano su tali rotte e poiché gli aeroporti di Zurigo (Svizzera) e di Stoccolma (Svezia) sono congestionati, la Commissione ha concluso che sussistessero seri dubbi in merito alla compatibilità dell'operazione con il mercato interno per tali due rotte.

8 Per dissipare tali seri dubbi, la Lufthansa e la Swiss (in prosieguo, congiuntamente: le «parti») hanno proposto, il 13 giugno 2005, impegni in materia di fasce orarie segnatamente per le rotte ZRH-STO e ZRH-WAW.

9 A seguito delle osservazioni di terzi interessati, le parti hanno completato gli impegni sulle fasce orarie, il 27 giugno 2005, mediante impegni tariffari, contenuti nella clausola 11.1 degli impegni presentati dalle parti, prevedendo che l'entità risultante dalla fusione applicherà, ogniqualvolta diminuirà una

tariffa pubblicata su una rotta di riferimento paragonabile, una riduzione equivalente (in percentuale) sulle tariffe corrispondenti sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW. La suddetta clausola precisa che tale obbligo cesserà allorché un nuovo fornitore di servizi aerei avvierà attività su dette rotte.

10 Gli impegni assunti dalle parti (in prosieguo: gli «impegni») prevedono la designazione di un mandatario incaricato di controllare che le parti rispettino gli impegni sotto la supervisione della Commissione (in prosieguo: il «mandatario»).

11 Gli impegni contengono, inoltre, le clausole di revisione 15.1 e 15.2 (rispettivamente, in prosieguo: la «clausola di revisione 15.1» e la «clausola di revisione 15.2»), così redatte:

«15.1 La Commissione può, in risposta a una domanda dell'entità risultante dalla fusione, giustificata da circostanze eccezionali o da un cambiamento radicale nelle condizioni di mercato, come la prestazione specifica e individuata di un servizio aereo concorrenziale su una coppia di città europee o a lungo raggio, annullare, modificare o sostituire uno o più dei presenti impegni.

15.2 Su richiesta dell'entità risultante dalla fusione, la Commissione può riesaminare, annullare o modificare tutti gli impegni proposti nel presente documento basandosi sull'evoluzione del mercato a lungo termine. In particolare, la Commissione revocherà l'obbligo di mettere a disposizione fasce orarie qualora constati che i rapporti contrattuali, su cui ha basato la propria conclusione di una riduzione degli incentivi alla concorrenza tra l'entità risultante dalla fusione mediante la decisione del 2005 e i vettori dell'alleanza della Lufthansa interessati, sono cambiati su un punto sostanziale in modo da eliminare le preoccupazioni indicate dalla Commissione».

Decisione impugnata

12 Il 4 novembre 2013 le parti hanno presentato alla Commissione una domanda di esonero dagli impegni tariffari e, ove possibile, dagli impegni sulle fasce orarie e da altre misure correttive accessorie in materia di accesso applicabili alle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW. Il presente ricorso riguarda soltanto la domanda di esonero dagli impegni tariffari applicabili alle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW (in prosieguo: la «domanda di esonero»).

13 La domanda di esonero si fondava su tre motivi, ossia, in primo luogo, la risoluzione dell'accordo di joint venture, in secondo luogo, la modifica della politica della Commissione in materia di trattamento dei partner di alleanza nell'esame delle operazioni di concentrazione nonché la valutazione della Commissione, a tal riguardo, nella sua decisione C(2009) 4608 definitivo, del 22 giugno 2009, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE (Caso COMP/M.5335 – Lufthansa/SN Airholding; in prosieguo: la «decisione Lufthansa/Brussels Airlines»), e, in terzo luogo, l'esistenza di concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro.

14 Il 14 febbraio 2014 la Lufthansa ha risposto alle domande della Commissione del 22 novembre 2013 e il 27 aprile 2014 alle domande aggiuntive del 26 febbraio 2014.

15 Durante una riunione tenutasi il 12 settembre 2014 la Lufthansa ha proposto la risoluzione dell'accordo bilaterale di alleanza nel caso in cui tale risoluzione consentisse alla Commissione di accogliere la domanda di esonero riguardante la rotta ZRH-STO. Il 16 ottobre 2014 la Lufthansa ha integrato la sua domanda di esonero con nuove conclusioni. Il 26 gennaio 2015 ha risposto a una domanda della Commissione con un messaggio di posta elettronica e, il 18 maggio 2015, ha informato quest'ultima di un progetto di modifica della sua struttura tariffaria.

16 Il 5 marzo 2015 la Commissione ha informato la Lufthansa del fatto che l'esonero richiesto avrebbe potuto esserle concesso qualora essa avesse effettuato determinate modifiche agli accordi di code sharing conclusi con la SAS e la LOT. La Lufthansa ha risposto, con un messaggio di posta elettronica del 28 aprile 2015, che essa non intendeva effettuare siffatte modifiche.

17 La Lufthansa ha risposto il 29 giugno 2015 alle domande della Commissione del 22 maggio 2015.

18 Il 22 ottobre 2015 la Commissione ha comunicato alle parti la propria intenzione di respingere la domanda di esonero. Le parti hanno presentato osservazioni il 20 e il 24 novembre 2015.

19 Il mandatario ha trasmesso osservazioni sulla domanda di esonero della Lufthansa il 27 giugno 2014 e il 3 maggio 2016.

20 Con decisione C(2016) 4964 final, del 25 luglio 2016, la Commissione ha respinto la richiesta della Lufthansa relativa all'esonero da taluni impegni resi vincolanti dalla decisione del 2005 (in prosieguo: la «decisione impugnata»).

21 Per quanto riguarda la domanda di esonero delle parti sulla base della seconda frase della clausola di revisione 15.2, fondata su una modifica degli accordi di cooperazione conclusi dalla Lufthansa, la Commissione ha ritenuto che la risoluzione dell'accordo di joint venture concluso tra la Lufthansa e la SAS in merito al traffico tra la Germania e la Scandinavia fosse insufficiente per eliminare i problemi illustrati nella decisione del 2005 riguardante la rotta ZRH-STO e che il mancato ingresso di un nuovo vettore avrebbe potuto, inoltre, essere ritenuto, di per sé, un motivo che giustifica il mantenimento degli impegni sulle tariffe (punto 68 della decisione impugnata). È indicato, inoltre, che, qualora le parti risolvano effettivamente l'accordo bilaterale di alleanza, la clausola di revisione 15.2 potrebbe, in linea di principio e fatta salva una decisione separata della Commissione, far scattare un esame degli impegni relativi alla rotta ZRH-STO, con la precisazione che la risoluzione dell'accordo bilaterale di alleanza farebbe scattare solamente l'applicazione della clausola di revisione 15.2, cosa che non sarebbe sufficiente di per sé per concludere che l'esonero richiesto dalle parti dovrebbe effettivamente essere concesso (punto 69 della decisione impugnata).

22 Per quanto riguarda la domanda di esonero delle parti sulla base della prima frase della clausola di revisione 15.2, fondata su una modifica della politica della Commissione in materia di valutazione del ruolo dei partner di alleanza nell'esame delle concentrazioni a partire dalla decisione del 2005, si indica che ogni operazione è valutata sulla base delle proprie caratteristiche (punto 77 della decisione impugnata), che la Commissione non ha escluso, in via di principio, dalla sua competenza le relazioni tra i partner di alleanza, né l'impatto di tali relazioni sull'incentivo dei loro partner a competere dopo la concentrazione (punto 79 della decisione impugnata), e che gli impegni assunti nel caso di specie richiedono un'evoluzione del mercato a lungo termine di cui le parti non hanno fornito la prova (punti 82 e 83 della decisione impugnata).

23 Inoltre, la Commissione ha sottolineato che, anche se le condizioni che consentono di richiedere l'annullamento degli impegni sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW fossero ritenute soddisfatte, occorrerebbe tener conto, nella valutazione della domanda di esonero, degli accordi di code sharing conclusi dalla Swiss con i partner della Lufthansa, la SAS, nel 2006, e la LOT, nel 2007 (punti 95 e 96 della decisione impugnata). A motivo dell'eventuale impatto di tali accordi di code sharing sulla concorrenza su ciascuna delle due rotte, la Commissione ha ritenuto che essi fossero rilevanti per valutare la concentrazione e ha concluso che l'esistenza di tali accordi rivelava che il livello di cooperazione tra la Lufthansa e la SAS e la LOT non fosse diminuito (punti 99 e 100 della decisione impugnata). La Commissione ha quindi concluso che non esistessero motivi sufficienti per concedere l'esonero richiesto. Essa ha precisato che, da un lato, poiché nessuna nuova compagnia aerea concorrente aveva fatto ingresso sul mercato e nessun'altra circostanza eccezionale né alcuna modifica radicale delle condizioni di mercato si erano verificate, le condizioni per un annullamento degli impegni previsti dalla clausola di revisione 15.1 non erano soddisfatte (punto 108 della decisione

impugnata). Dall'altro, essa ha precisato che le parti non avevano dimostrato che le condizioni richieste per riesaminare, annullare o modificare gli impegni in forza della clausola di revisione 15.2 fossero soddisfatte (punto 109 della decisione impugnata).

24 La Commissione ha fondato tale conclusione su cinque motivi, così formulati:

«111. In primo luogo, la risoluzione dell'accordo di joint venture concluso con la SAS non [incide sulla base contrattuale per una maggiore cooperazione] che è stata esaminata nella decisione del 2005, ed essa è quindi insufficiente per comportare un riesame basato sulla clausola di revisione 15.2.

112. In secondo luogo, anche se la risoluzione dell'accordo di joint venture fosse teoricamente ritenuto rilevante nel caso di specie, la situazione della concorrenza esistente sulle due rotte solleverebbe comunque seri dubbi in merito alla compatibilità della concentrazione con il mercato interno (…) cosicché le condizioni della clausola di revisione 15.2 non sarebbero soddisfatte. Infatti, solo due vettori operano rispettivamente sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW ed essi hanno concluso accordi di code sharing paralleli da piattaforma a piattaforma.

113. In terzo luogo, nessuna modifica contrattuale è intervenuta sulla rotta ZRH-WAW dopo la decisione del 2005.

114. In quarto luogo, l'accettazione da parte della Commissione d'impegni strutturali, diversamente da impegni comportamentali, sulle tariffe in alcuni casi recenti di concentrazione di compagnie aeree, che riguardavano rotte e mercati che non sono oggetto della presente decisione, non può essere considerata una modifica sostanziale del mercato né giustificare altrimenti l'esonero richiesto. Parimenti, il mero fatto che impegni sulle tariffe non sono stati previsti in alcuni casi recenti di concentrazione di compagnie aeree può non costituire un motivo che giustifica l'annullamento degli impegni sulle tariffe nel caso di specie.

115. In quinto luogo, l'asserito cambiamento nel modo in cui la Commissione tratta i partner dell'Alleanza non costituisce un'evoluzione del mercato a lungo termine ai sensi della clausola di revisione 15.2.

116. La Commissione conclude quindi che, globalmente, l'annullamento degli impegni richiesto non soddisfa le condizioni enunciate dalle clausole di revisione 15.1 e 15.2 (prima e seconda frase). Esso non migliorerebbe neppure l'efficacia generale degli impegni. La Commissione ha di conseguenza deciso di respingere la richiesta della Lufthansa di annullamento parziale degli impegni (…)».

Procedimento e conclusioni delle parti

25 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 5 ottobre 2016 la ricorrente ha proposto il presente ricorso.

26 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

– annullare la decisione impugnata;

– condannare la Commissione alle spese.

27 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:

– respingere il ricorso;

– condannare la ricorrente alle spese.

28 Su proposta del giudice relatore, il Tribunale (Sesta Sezione) ha deciso di avviare la fase orale del procedimento e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento previste dall'articolo 89 del regolamento di procedura del Tribunale, ha posto quesiti scritti alla Lufthansa e alla Commissione. Esse hanno risposto a tali quesiti nei termini impartiti.

29 La Lufthansa e la Commissione hanno svolto le proprie difese orali e hanno risposto ai quesiti orali posti dal Tribunale all'udienza del 14 settembre 2017.

In diritto

30 A sostegno del proprio ricorso la ricorrente deduce tre motivi. Il primo motivo verte sull'applicazione di un criterio giuridico errato nella valutazione della domanda di esonero, su errori manifesti di valutazione nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento. Il secondo motivo verte su una violazione del principio della buona amministrazione. Il terzo motivo verte su uno sviamento di potere.

Osservazioni preliminari

31 Gli impegni assunti dalle parti al fine di dissipare i seri dubbi sollevati da un'operazione di concentrazione e di rendere quest'ultima compatibile con il mercato interno contengono in genere una clausola di revisione che prevede le condizioni in cui la Commissione, su richiesta dell'entità risultante dalla fusione, potrà concedere una proroga dei termini o annullare, modificare o sostituire tali impegni. Come emerge dal punto 74 della comunicazione della Commissione riguardante le misure correttive ricevibili conformemente al regolamento n. 139/2004 del Consiglio e al regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione (GU 2008, C 267, pag. 1; in prosieguo: la «comunicazione sulle misure correttive»), l'annullamento o la modifica degli impegni rivestono un interesse particolare nel caso di impegni comportamentali, che possono essere stati contratti da vari anni e per i quali determinate circostanze non possono essere previste al momento dell'adozione della decisione sulla concentrazione che li ha resi vincolanti. Nella sua controreplica, la Commissione, riferendosi alla sua decisione C(2011) 2981 definitivo, del 3 maggio 2011 (caso n. IV/M.950 – Hoffmann – La Roche/Boehringer Mannheim), ha affermato, inoltre, che una modifica o un annullamento degli impegni possono addirittura intervenire in assenza di clausole di revisione, qualora gli impegni diventino obsoleti o sproporzionati a motivo di evoluzioni eccezionali successive. Gli impegni mirano, infatti, a porre rimedio ai problemi di concorrenza rilevati nella decisione che autorizza la concentrazione, di modo che il loro contenuto potrebbe dover essere modificato, o la loro necessità venir meno, in base all'evoluzione della situazione del mercato. Nell'ambito del presente ricorso, la ricorrente si avvale tuttavia solamente del fatto che l'esonero richiesto avrebbe dovuto esserle concesso in applicazione delle clausole di revisione 15.1 e 15.2 contenute negli impegni.

32 Prima dell'esame dei diversi motivi e argomenti dedotti dalla ricorrente avverso la decisione impugnata occorre determinare il margine discrezionale di cui dispone la Commissione nell'esaminare una domanda di esonero da impegni nonché il controllo che deve essere effettuato dal Tribunale sulle decisioni adottate dalla Commissione a tal riguardo e vanno precisati taluni aspetti della procedura di esame di una siffatta domanda.

33 Secondo una costante giurisprudenza, le norme sostanziali del regolamento n. 139/2004 attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, segnatamente per quanto concerne le valutazioni di ordine economico (v., per analogia, sentenze del 31 marzo 1998, Francia e a./Commissione, C-68/94

e C-30/95, EU:C:1998:148, punto 223; del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 38, e del 18 dicembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punto 53).

34 Ciò avviene non solo per la valutazione della compatibilità di un'operazione di concentrazione, ma altresì della necessità di ottenere impegni per dissipare i seri dubbi sollevati da una siffatta operazione (v., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, ARD/Commissione, T-158/00, EU:T:2003:246, punto 328, e del 4 luglio 2006, easyJet/Commissione, T-177/04, EU:T:2006:187, punto 128) e dell'esecuzione di siffatti impegni (v., in tal senso e per analogia, sentenza del 3 aprile 2003, Petrolessence e SG 2R/Commissione, T-342/00, EU:T:2003:97, punti 102 e 103).

35 Per quanto riguarda, segnatamente, una domanda di esonero da impegni resi vincolanti da una decisione che dichiara un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato interno, innanzitutto, occorre rilevare che, se l'esame di una concentrazione richiede previsioni su evoluzioni future che diventano più difficili e incerte man mano che si allontana il loro orizzonte temporale, l'esame di una domanda di esonero da impegni non solleva necessariamente le stesse difficoltà di analisi prospettica. A seconda delle ipotesi, l'esame di una siffatta domanda esigerà, infatti, di verificare piuttosto se le condizioni previste dalla clausola di revisione che accompagnano, in genere, gli impegni siano soddisfatte o di valutare, retrospettivamente, se le previsioni emesse al momento dell'approvazione della concentrazione si siano rivelate esatte o se i seri dubbi sollevati da quest'ultima siano ancora attuali.

36 Si deve osservare, poi, che, così come sostiene la ricorrente, l'esame di una domanda di esonero dagli impegni non è sottoposto ai termini rigorosi stabiliti nell'ambito dell'esame di un'operazione di concentrazione. Nessuna disposizione prevede, infatti, termini entro i quali la procedura di esame di una domanda del genere, o alcune fasi di tale procedura, dovrebbe essere effettuata né, in modo più generale, disciplina o organizza siffatta procedura.

37 Ciononostante, la valutazione di una domanda di esonero dagli impegni presuppone, così come le altre decisioni in materia di concentrazione, valutazioni economiche talora complesse al fine di, segnatamente, verificare se la situazione del mercato, in senso ampio, è cambiata in modo significativo e duraturo, cosicché gli impegni non sono più necessari per porre rimedio ai problemi di concorrenza rilevati nella decisione di concentrazione che ha reso gli impegni vincolanti.

38 Si deve pertanto considerare che la Commissione dispone altresì di un certo potere discrezionale nella valutazione di una domanda di esonero dagli impegni che implica valutazioni economiche complesse.

39 Di conseguenza, il controllo da parte del Tribunale sull'esercizio di un siffatto potere deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni (sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 38). Tuttavia, ciò non implica che il Tribunale debba astenersi dal controllare l'interpretazione dei dati di natura economica effettuata dalla Commissione. Infatti, il Tribunale è tenuto in particolare a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità e la loro coerenza, ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono (sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 39).

40 A differenza di quanto afferma la Commissione, tale giurisprudenza citata nella sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), non è priva di rilevanza nel caso di specie, per il motivo che la causa in cui la Corte l'ha stabilita non verteva sul riesame degli impegni resi vincolanti da una decisione di concentrazione. Tale giurisprudenza è, infatti, del tutto generica e, inoltre, è stata applicata, in particolare, in diversi tipi di contenzioso derivanti dall'applicazione del regolamento n. 139/2004. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, nei casi in cui

le istituzioni dispongono di un potere discrezionale, il rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento giuridico dell'Unione nei procedimenti amministrativi ha un'importanza ancor più fondamentale. Fra queste garanzie si annoverano, in particolare, l'obbligo della Commissione di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti del caso di specie, il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista e il diritto a che la decisione impugnata sia sufficientemente motivata (v., in tal senso, sentenze del 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punto 14, e del 20 marzo 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commissione, T-31/99, EU:T:2002:77, punto 99).

41 Da quanto precede discende che, benché la Commissione disponga di un certo potere discrezionale ai fini della valutazione di una domanda di esonero dagli impegni, essa è tuttavia tenuta a effettuare un esame diligente di tale domanda, a condurre, se del caso, un'indagine, ad adottare le opportune misure istruttorie e a basare le proprie conclusioni sull'insieme dei dati rilevanti.

42 Per quanto concerne il criterio giuridico adeguato per valutare una domanda di esonero, la Commissione, rammentando che la revoca retroattiva di un atto amministrativo legittimo con il quale siano stati attribuiti diritti soggettivi o analoghi vantaggi è contraria ai principi generali del diritto (sentenza del 20 novembre 2002, Lagardère e Canal+/Commissione, T-251/00, EU:T:2002:278, punto 139), afferma che le decisioni di concentrazioni legittime che attribuiscono diritti o analoghi vantaggi, come la decisione del 2005, possono essere modificate o revocate solo in determinate circostanze eccezionali rigorosamente definite. Tale argomento non può essere condiviso. La decisione che verte su una domanda di esonero dagli impegni non implica una revoca della decisione che autorizza la concentrazione che li ha resi vincolanti e non consiste in una revoca siffatta. Essa ha lo scopo di verificare se le condizioni previste nella clausola di revisione contenuta negli impegni siano soddisfatte o, se del caso, se non si pongano più i problemi di concorrenza individuati nella decisione che autorizza la concentrazione facendo salvi gli impegni.

43 Occorre tuttavia precisare che, poiché la decisione del 2005 è diventata definitiva, la ricorrente non può, nell'ambito del presente procedimento, contestare indirettamente la legittimità di quest'ultima, anche in quanto essa riguarda gli impegni.

44 Inoltre, per quanto attiene all'argomento della ricorrente secondo cui la Commissione è sempre tenuta a riesaminare regolarmente, anche di sua iniziativa, se le misure correttive siano ancora giustificate, esso è irrilevante nel caso di specie dal momento che la ricorrente ha introdotto una domanda di annullamento degli impegni.

45 Infine, occorre precisare che spetta alle parti legate dagli impegni addurre elementi di prova sufficienti per dimostrare che le condizioni richieste per l'annullamento degli impegni sono soddisfatte. Tuttavia, quando tali parti forniscono elementi di prova atti a dimostrare che le condizioni previste nelle clausole di revisione degli impegni sono soddisfatte, spetta alla Commissione spiegare i motivi per cui tali elementi non sarebbero sufficienti o attendibili e, se necessario, effettuare un'indagine per verificare, completare o confutare gli elementi addotti da tali parti.

46 È alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono che occorre esaminare i motivi e gli argomenti dedotti dalla ricorrente.

Sul primo motivo, vertente sull'applicazione di un criterio giuridico errato, su errori manifesti di valutazione nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento

47 Il primo motivo è suddiviso in cinque parti. La prima verte sull'applicazione di un criterio giuridico errato nella valutazione della domanda di esonero nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento. La seconda verte su errori manifesti nella

valutazione degli accordi di alleanza della Lufthansa. La terza verte sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione del fatto che la concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro, costituirebbe una «evoluzione del mercato a lungo termine». La quarta verte sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione della modifica della propria politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza. La quinta verte sul mancato rispetto da parte della Commissione della sua politica generale in materia di concentrazioni in relazione a misure tariffarie correttive.

48 Occorre esaminare, innanzitutto, la prima parte, poi la seconda e la quarta parte congiuntamente, in seguito la terza parte e, infine, la quinta parte. La conclusione sulla valutazione d'insieme del motivo sarà fornita all'esito dell'esame delle diverse parti.

Sulla prima parte, vertente sull'applicazione di un criterio giuridico errato nella valutazione della domanda di esonero nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento

49 La ricorrente sostiene, essenzialmente, che la decisione impugnata si fonda su un criterio giuridico errato in quanto la Commissione non gode di un potere discrezionale illimitato nella valutazione delle domande di esonero dagli impegni e ritiene che, alla luce della giurisprudenza menzionata nella sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), e dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento, la Commissione abbia un obbligo più gravoso di esaminare scrupolosamente gli impegni a lungo termine e di svolgere un'indagine.

50 In primo luogo, nei limiti in cui, come confermato dalla ricorrente all'udienza, nell'ambito della presente parte del primo motivo, essa contesta alla Commissione di aver violato il suo obbligo di svolgere un esame diligente della domanda di esonero, di condurre, se necessario, un'indagine e di fondare le sue conclusioni sull'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione, l'argomento sviluppato a sostegno di tale parte non ha portata autonoma. Occorrerà quindi esaminarlo congiuntamente alle censure di merito sviluppate nelle altre due parti del primo motivo.

51 In secondo luogo, la ricorrente deduce che gli impegni che impongono restrizioni perenni sulla fissazione dei prezzi sono incompatibili con il principio di proporzionalità e con un regime in cui la concorrenza non è falsata e che essi richiedono per tale ragione un riesame periodico da parte della Commissione.

52 Tale argomento deve essere respinto. Oltre al fatto che gli obblighi di cui trattasi non sono perenni, ma semplicemente di durata indeterminata, occorre rilevare che, poiché la decisione del 2005 è diventata definitiva, la ricorrente non può, così come è stato rilevato al precedente punto 43, contestare la legittimità di detti impegni nell'ambito del presente ricorso.

53 Inoltre, come sottolinea la Commissione, le clausole di revisione 15.1 e 15.2 esprimono il principio di proporzionalità in quanto consentono, in circostanze eccezionali, di annullare, modificare o sostituire gli impegni se è dimostrato che essi non sono più necessari o proporzionati, fermo restando che la sola circostanza che essi siano in vigore da diversi anni non dimostra di per sé che i dubbi seri ai quali rispondono siano dissipati e che gli impegni non siano più giustificati.

54 Infine, come emerge dal precedente punto 44, non spetta alla Commissione effettuare periodicamente un esame d'ufficio degli impegni di lunga durata, ma alle parti vincolate da tali impegni presentare una domanda di annullamento o di modifica di questi ultimi e dimostrare che le condizioni richieste a tal fine sono soddisfatte.

55 In terzo luogo, per quanto attiene al principio della tutela del legittimo affidamento, la ricorrente sostiene che la Commissione ha preteso gli impegni tariffari, che essa li ha accettati con riluttanza mediante l'inserzione della clausola di revisione 15.2 e che essa si aspettava quindi legittimamente che la Commissione annullasse effettivamente gli impegni ed esaminasse in buona fede se i requisiti della clausola di revisione fossero soddisfatti.

56 Tale argomento non può essere accolto. Da un lato, esso si basa su una premessa errata. Infatti, come risulta segnatamente dal considerando 30 e dall'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento n. 139/2004, sono le imprese interessate da un'operazione di concentrazione che possono proporre impegni per rendere la concentrazione compatibile con il mercato interno e la Commissione non può imporre impegni a tali imprese. Dall'altro, l'affermazione è priva di rilievo nei limiti in cui la legittimità degli impegni resi vincolanti dalla decisione del 2005 non può più essere contestata. Inoltre, dal fascicolo non emerge che la Commissione abbia fornito garanzie precise in merito all'annullamento degli impegni. Infine, occorre rilevare che la clausola di revisione non può di per sé garantire alla ricorrente che la sua domanda di esonero dagli impegni sia stata automaticamente accolta, in quanto l'annullamento degli impegni può essere concesso solo se le condizioni previste a tale scopo siano effettivamente soddisfatte.

57 Ne consegue che la prima parte del primo motivo deve essere respinta, salvo per quanto riguarda la censura relativa alla violazione da parte della Commissione del suo obbligo di effettuare un esame diligente della domanda di esonero, di condurre, se necessario, un'indagine e di basare le proprie conclusioni sull'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione, censura che sarà esaminata nell'ambito delle altre parti del primo motivo.

Sulla seconda e quarta parte, vertenti su un errore manifesto di valutazione degli accordi di alleanza della Lufthansa in relazione alla seconda frase della clausola di revisione 15.2 e sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione della modifica della propria politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza

58 La ricorrente sostiene, essenzialmente, che la Commissione è incorsa in un errore manifesto di valutazione, non ha tenuto conto degli elementi rilevanti, si è basata su ipotesi non dimostrate e non ha esaminato in buona fede la domanda di esonero, concludendo che i cambiamenti negli accordi di alleanza conclusi tra la Lufthansa e la SAS non erano sufficienti per annullare l'impegno tariffario riguardante la rotta ZRH-STO. Essa sostiene, a tal riguardo, in primo luogo, che la decisione impugnata non tiene conto in alcun modo della valutazione, realizzata dalla Commissione stessa, dei medesimi accordi conclusi tra la Lufthansa e la SAS (e altri partner della Star Alliance) nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines; in secondo luogo, che la Commissione non ha tenuto conto del suo cambiamento di politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza; in terzo luogo, che l'accordo di code sharing esaminato nella decisione C(2012) 2320 della Commissione, del 30 marzo 2012 (caso COMP/M.6447 – IAG/bmi; in prosieguo: la «decisione IAG/bmi»), non è rilevante nel caso di specie; in quarto luogo, che l'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS non include le forme di cooperazione su cui si fonda il trattamento dei partner della Lufthansa nella decisione del 2005.

– *Osservazioni preliminari*

59 In via preliminare, occorre constatare, innanzitutto, che la seconda frase della clausola di revisione 15.2 si riferisce esplicitamente solo alla rimozione dell'obbligo di mettere a disposizione fasce orarie e non a quello vertente sulle tariffe. Tuttavia, tale situazione risulta dal fatto che, come emerge dal precedente punto 9, gli impegni tariffari sono stati introdotti solo al termine della negoziazione delle misure di correzione, in un momento in cui la seconda frase della clausola di revisione 15.2 era già stata stabilita. Come sostiene la ricorrente senza essere contraddetta dalla Commissione, è dunque inavvertitamente, e non deliberatamente, che la clausola di revisione non è stata modificata in modo

da riflettere tale aggiunta degli impegni tariffari. Ne consegue che la seconda frase della clausola di revisione 15.2 deve essere interpretata nel senso che essa si applica non solo agli impegni relativi alle fasce orarie, ma anche agli impegni tariffari. Tale interpretazione s'impone a fortiori in quanto gli impegni tariffari costituiscono un obbligo inusuale e particolarmente restrittivo della libertà di azione commerciale delle parti, di modo che sembra ancor più importante e giustificato prevedere la possibilità di porvi fine. Inoltre, in sede di udienza, la Commissione ha espressamente confermato di non contestare tale interpretazione della seconda frase della clausola di revisione 15.2.

60 Occorre rilevare, inoltre, che, sebbene la prima frase della clausola di revisione 15.2, che corrisponde a una clausola di revisione standard, preveda che la Commissione possa annullare o modificare gli impegni in caso di evoluzione del mercato a lungo termine, la seconda frase di tale clausola indica che la Commissione annullerà gli impegni in caso di cambiamento dei rapporti contrattuali. Il tenore di questa seconda frase, certamente più imperativa, non significa tuttavia, come sostiene la ricorrente, che una qualsiasi modifica dei rapporti contrattuali imporrà automaticamente alla Commissione l'annullamento degli impegni. Infatti, l'annullamento degli impegni, sulla base della seconda frase della clausola di revisione 15.2, richiede che i rapporti contrattuali, sui quali la Commissione ha fondato la sua conclusione di una diminuzione degli incentivi alla concorrenza, siano cambiati in misura tale da eliminare i problemi individuati nella decisione del 2005.

61 Occorre rammentare, a tal riguardo, che l'impegno tariffario in questione è stato adottato in risposta ai seri dubbi derivanti dalla sovrapposizione di attività non tra le parti della concentrazione, ma tra la Swiss e la SAS, la quale non faceva parte del gruppo Lufthansa, ma era partner della Star Alliance ed era, inoltre, legata alla Lufthansa da una serie di accordi bilaterali (v. precedenti punti 2 e da 5 a 8). La Commissione ha infatti concluso, al punto 22 della decisione del 2005, che, tenuto conto dell'intensa cooperazione risultante dagli accordi bilaterali conclusi con la Lufthansa, i partner della Star Alliance «l'Austrian, la bmi, la SAS e la United Airlines non p[otevano] essere considerati come concorrenti della Lufthansa» e «[avevano] solo scarsi incentivi, o addirittura nessun incentivo, a competere con la Swiss dopo la concentrazione».

62 È giocoforza constatare che la motivazione a tal riguardo è estremamente sommaria, in quanto la decisione del 2005 si limita a indicare, senza alcuna analisi dei diversi accordi, che gli accordi bilaterali conclusi dalla Lufthansa con le compagnie aeree indicate al precedente punto 61 prevedono «una politica comune dei prezzi a livello mondiale, la pianificazione congiunta della rete e dei voli, l'organizzazione di un sistema di piattaforma comune e una strategia unica di commercializzazione» e «costituiscono quindi la base giuridica di un'integrazione mondiale delle reti delle compagnie e delle loro politiche commerciali» per il fatto che «l'ambito di applicazione e la finalità di tali accordi superano il fascio delle rotte che collegano la Germania con i loro rispettivi paesi d'origine». Il punto 22, ultima frase, della decisione del 2005 indica che il «medesimo ragionamento si applica alla LOT e all'Air Canada i cui accordi conclusi con la Lufthansa prevedono come minimo una pianificazione comune della rete e una politica comune dei prezzi che si estende oltre i loro rispettivi paesi».

63 La decisione del 2005 non contiene quindi un'analisi o una valutazione individuale dei diversi accordi bilaterali conclusi dalla Lufthansa con la SAS, né i motivi per i quali tali accordi incidono sulla concorrenza tra la SAS e la Swiss per rotte diverse da quelle sui cui vertono tali accordi, di modo che l'impatto della denuncia di uno o dell'altro di tali accordi non discende chiaramente dalla decisione del 2005. Ciononostante, la valutazione secondo cui i partner della Star Alliance, quali la SAS e la LOT, non possono essere considerati come concorrenti della Lufthansa e hanno solo scarsi incentivi, o addirittura nessun incentivo, a entrare in competizione con la Swiss dopo la concentrazione, si fonda su un insieme di accordi che portano ad una cooperazione molto estesa. Di conseguenza, una modifica o l'abolizione degli accordi che realizzano tale elevata integrazione sembra essere idonea a eliminare i problemi di concorrenza individuati nella decisione del 2005 e, in tal modo, idonea a giustificare l'annullamento degli impegni.

64 È alla luce di tali osservazioni che occorre esaminare le censure e gli argomenti relativi alle modifiche dei rapporti contrattuali tra la Lufthansa e la SAS.

– Modifiche contrattuali tra la Lufthansa e la SAS

65 A sostegno della loro domanda di esonero, le parti hanno dedotto, segnatamente, che l'abolizione, dal 1° giugno 2013, dell'accordo di joint venture nonché di ogni altra cooperazione tra la Lufthansa e la SAS che andasse oltre un code sharing standard costituiva una modifica dei rapporti contrattuali ai sensi della clausola di revisione 15.2, giustificando l'annullamento dell'impegno tariffario sulla rotta ZRH-STO. La Commissione riconosce, ai punti 39 e 40 della decisione impugnata, che la risoluzione dell'accordo di joint venture costituiva effettivamente una modifica della relazione contrattuale tra la Lufthansa e la SAS in vigore al momento dell'adozione della decisione del 2005. Nella sua relazione del 27 giugno 2014 il mandatario ha concluso che la risoluzione dell'accordo di joint venture costituiva «un cambiamento sostanziale di mercato», ai sensi della clausola di revisione 15.2, poiché essa poneva fine alla politica operativa comune delle due compagnie, che includeva la fissazione dei prezzi e la pianificazione della rete tra la Lufthansa e la SAS.

66 Occorre rilevare, a tal riguardo, che, sebbene la Commissione non sia, naturalmente, vincolata dal parere del mandatario, essa è tuttavia tenuta, in linea di principio, a prenderlo in considerazione, tanto più che è essa stessa ad aver richiesto tale parere, una prima volta il 16 giugno 2014 e una seconda volta il 5 aprile 2016. Orbene, ai punti da 30 a 46 della decisione impugnata, nel presentare la valutazione della Commissione sulla risoluzione dell'accordo di joint venture, la Commissione non solo non analizza affatto la valutazione contenuta in detti pareri, ma neppure li menziona. Inoltre, la presentazione, ai punti 27 e 29 della decisione impugnata, non riflette fedelmente i pareri del mandatario come depositati dalla Commissione in allegato al controricorso. Infatti, da un lato, a differenza di quanto indicato al punto 27 della decisione impugnata, il mandatario, nel suo parere del 27 giugno 2014, non ha considerato che eccedesse il suo mandato la questione se il cambiamento sostanziale del mercato risultante dalla risoluzione dell'accordo di joint venture tra la Lufthansa e la SAS riguardante la rotta ZRH-STO giustificasse l'annullamento degli impegni, ma ha ritenuto che eccedesse tale mandato la questione se la Commissione, nella decisione del 2005, avesse fondato la sua valutazione relativa alle relazioni tra la Lufthansa e la LOT sulla sua prassi giuridica dell'epoca o su una supposizione, per quanto riguarda la rotta ZRH-WAW. Dall'altro, mentre secondo il punto 29 della decisione impugnata, il 3 maggio 2016 il mandatario ha modificato il suo parere iniziale e dichiarato di non essere venuto a conoscenza di alcuna circostanza eccezionale ai sensi della clausola di revisione 15.1 sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW, occorre rilevare che il documento del 3 maggio 2016 non costituiva il secondo parere del mandatario, ma costituiva una risposta a una serie di domande relative alla clausola di revisione 15.1 e non alla clausola di revisione 15.2. Al contrario, nel suo secondo parere, datato 13 aprile 2016, il mandatario ha in sostanza reiterato, come del resto espressamente indicato dalla Commissione nel suo controricorso, le conclusioni precedenti del 27 giugno 2014 e chiarito il fatto che le tariffe della classe business sulle due rotte erano altresì state ridotte in modo significativo dopo l'introduzione di nuove tariffe. Inoltre, la Commissione non esamina neppure, nella decisione impugnata, la portata e l'impatto della risoluzione dell'accordo di joint venture, sebbene esso costituisse uno strumento essenziale della cooperazione tra la Swiss e la SAS.

67 A tal riguardo, al punto 43 della decisione impugnata, si indica che, poiché la valutazione realizzata nella decisione del 2005 si fondava non solo sull'accordo di joint venture, ma altresì su una valutazione complessiva della cooperazione tra la Lufthansa e la SAS, e poiché l'accordo bilaterale di alleanza del 1995 che consente tale cooperazione è ancora in vigore, la mera risoluzione dell'accordo di joint venture relativo al traffico tra la Germania e la Scandinavia non consente di concludere che gli attuali rapporti contrattuali tra le due imprese siano cambiati su un punto sostanziale che elimina le preoccupazioni esposte nella decisione del 2005 a proposito della rotta ZRH-STO. Il mantenimento dell'accordo bilaterale di alleanza del 1995 sembra, così, costituire il motivo di rigetto della domanda di esonero.

68 Il punto 48 della decisione impugnata precisa inoltre a tal riguardo che, poiché l'accordo bilaterale di alleanza del 1995 costituisce il fondamento di tutti gli altri accordi bilaterali conclusi tra le due società, la sua risoluzione, considerata congiuntamente alla risoluzione dell'accordo di joint venture, potrebbe costituire, in linea di principio, un cambiamento sostanziale nella relazione contrattuale valutata nella decisione del 2005.

69 Orbene, come espressamente indicato ai punti 4, 32 e 47 della decisione impugnata, la Lufthansa ha proposto, durante la procedura amministrativa, di risolvere l'accordo bilaterale di alleanza se tale risoluzione avesse consentito alla Commissione di accogliere la sua domanda di esonero sulla rotta ZRH-STO.

70 La Commissione non poteva pertanto ritenere, al punto 43 della decisione impugnata, che la risoluzione dell'accordo di joint venture non consentisse di concludere nel senso di una modifica sostanziale di rapporti contrattuali per il fatto che l'accordo bilaterale di alleanza era ancora in vigore.

71 La Commissione afferma a tal riguardo che l'accordo bilaterale di alleanza non è mai stato denunciato e che la proposta della Lufthansa di risolvere tale accordo non ha mai costituito un impegno formale. Essa ritiene, pertanto, che la decisione impugnata non avrebbe potuto fondarsi su una proposta orale non vincolante della Lufthansa relativa all'eventuale denuncia dell'accordo bilaterale di alleanza.

72 Tale argomento non può essere accolto. Come sostenuto dalla ricorrente e come emerge dai punti 4, 32 e 47 della decisione impugnata, quest'ultima si fonda sull'ipotesi che la Lufthansa risolverebbe tale accordo se tale risoluzione si rivelasse sufficiente affinché la Commissione annulli gli impegni sulle tariffe. Inoltre, spettava alla Commissione, nel caso in cui essa lo avesse ritenuto necessario, chiedere, in sede di procedura amministrativa, che la Lufthansa concretizzasse tale impegno secondo modalità che le sembravano adeguate.

73 Ne consegue che, non esaminando l'impatto della risoluzione dell'accordo di joint venture, né singolarmente né congiuntamente all'impegno di risolvere altresì l'accordo bilaterale di alleanza, la Commissione non ha preso in considerazione l'insieme degli elementi rilevanti per valutare la domanda di esonero fondata su una modifica dei rapporti contrattuali tra la Lufthansa e la SAS.

74 Occorre tuttavia rilevare che, secondo altri punti della decisione impugnata, il rigetto della domanda è fondato su motivi diversi dalla mancata risoluzione effettiva dell'accordo bilaterale di alleanza.

75 Così, nella conclusione della parte della decisione impugnata dedicata alle modifiche contrattuali (punti da 68 a 70), la Commissione, dopo aver indicato che la risoluzione dell'accordo di joint venture era insufficiente, ha rilevato che «non vi e[ra] stato alcun cambiamento nelle condizioni concorrenziali sulla rotta ZRH-WAW, sulla quale la cooperazione tra la Lufthansa e la LOT sembra[va] essere stata meno intensa che sulla rotta ZRH-STO», per dedurne successivamente che gli impegni tariffari relativi alla rotta ZRH-WAW dovevano essere mantenuti e, di conseguenza, anche quelli relativi alla rotta ZRH-STO. Tale giustificazione deve essere respinta dal momento che essa è fornita sulla base di mere considerazioni ipotetiche, è priva di qualsiasi esame concreto degli elementi rilevanti relativi a ciascuna rotta e si basa su un argomento alquanto circolare, nei limiti in cui il confronto tra le due rotte giustifica il rigetto della domanda per la prima, il quale, a sua volta giustifica il rigetto della domanda per la seconda. Inoltre, la Commissione ha sottolineato, al punto 68 della decisione impugnata, che il mancato ingresso di un nuovo vettore potrebbe, inoltre, essere considerato, di per sé, un motivo che giustifica il mantenimento degli impegni tariffari su entrambe le rotte ZRH-STO e ZRH-WAW. Tale ultima giustificazione è errata. L'ingresso di un nuovo vettore sulla rotta ZRH-STO o sulla rotta ZRH-WAW non costituisce una condizione necessaria per l'annullamento degli impegni conformemente alle clausole di revisione, ma un motivo distinto, aggiuntivo, che comporta automaticamente la cessazione degli impegni tariffari conformemente alla clausola 11.1 degli impegni.

76 Risulta tuttavia dai punti 49, 70, 95 e 112 della decisione impugnata che la Commissione ha ritenuto che la risoluzione dell'accordo di joint venture e la proposta di risolvere altresì l'accordo bilaterale di alleanza non fossero sufficienti a motivo, segnatamente, della conclusione, nel 2006, dell'accordo di code sharing tra la Swiss e la SAS. Inoltre, secondo il punto 95 della decisione impugnata, «anche se si ritenessero soddisfatte le condizioni che consentono di richiedere l'annullamento degli impegni», occorrerebbe anche tener conto, nella valutazione della domanda di esonero, dell'introduzione di tale accordo di code sharing. L'importanza attribuita dalla Commissione a detto accordo emerge infine dai punti 5 e 104 della decisione impugnata, in cui si indica che, il 5 marzo 2015, la Commissione ha informato la ricorrente che l'esonero poteva esserle concesso se essa avesse effettuato alcune modifiche all'accordo di code sharing tra la Swiss e la SAS – ossia limitarne la portata ai viaggiatori in corrispondenza – senza che tale proposta fosse subordinata alla benché minima riserva o condizione di risoluzione dell'accordo bilaterale di alleanza o di realizzazione di un'indagine.

77 Sebbene la motivazione della decisione impugnata sia quantomeno confusa, occorre tuttavia esaminare altresì se la Commissione poteva concludere che la risoluzione dell'accordo di joint venture assieme con la proposta di risolvere l'accordo bilaterale di alleanza non era sufficiente per accogliere la domanda di esonero a motivo dell'accordo di code sharing che la Swiss aveva concluso con la SAS nel 2006.

78 La ricorrente deduce due serie di argomenti a tal proposito, riguardanti, il primo, la valutazione da parte della Commissione degli stessi accordi nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines e un asserito cambiamento di politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza e, il secondo, l'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS.

– Sulla decisione Lufthansa/Brussels Airlines e l'asserito cambiamento di politica della Commissione in materia di trattamento dei partner di alleanza

79 La ricorrente contesta alla Commissione di non aver tenuto conto della valutazione dei medesimi accordi conclusi dalla Lufthansa con la SAS, e con gli altri partner della Star Alliance, che essa aveva effettuato nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines. La ricorrente sostiene, più in generale, che, dalla decisione Lufthansa/Brussels Airlines, la Commissione ha modificato la sua politica in materia di trattamento dei partner di alleanza, in modo che, se la concentrazione Lufthansa/Swiss fosse notificata in data odierna, le rotte ZRH-STO e ZRH-WAW non sarebbero considerate mercati interessati e gli impegni non sarebbero stati necessari per ottenere l'autorizzazione dell'operazione.

80 Occorre sottolineare che le censure sviluppate al precedente punto 79, a differenza delle censure relative alle modifiche contrattuali vere e proprie e all'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS, sono state dedotte dalla ricorrente per contestare la valutazione della Commissione sia per quanto riguarda la rotta ZRH-STO sia per quanto concerne la rotta ZRH-WAW.

81 La Commissione rammenta, innanzitutto, che qualsiasi concentrazione è valutata singolarmente alla luce delle circostanze di fatto e di diritto specifiche di tale operazione. La ricorrente non potrebbe quindi fondarsi su asserite differenze di valutazione della Commissione rispetto ad altri casi.

82 La Commissione considera, inoltre, che la decisione impugnata non sia in contraddizione con la valutazione effettuata nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines e che il suo approccio relativo alla valutazione delle relazioni tra le parti di una concentrazione e i terzi nel settore dell'aviazione non ha subito sostanziali modifiche successivamente all'adozione della decisione del 2005. In ogni caso, non si può parlare di un'evoluzione del mercato a lungo termine o, a fortiori, di un cambiamento degli accordi sottesi tra la Lufthansa e i suoi partner di alleanza.

83 A questo proposito occorre, innanzitutto, rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, quando la Commissione si pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno sulla base di una notificazione e di un fascicolo specifici per tale operazione, un ricorrente non ha il diritto di rimettere in discussione le sue affermazioni sostenendo che sono diverse da quelle effettuate in precedenza in un'altra causa, sulla base di una notificazione e di un fascicolo differenti, anche supponendo che i mercati in esame nelle due cause siano analoghi o addirittura identici (sentenze del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, EU:T:2005:456, punto118, e del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 142). Conformemente a tale giurisprudenza né la Commissione, né tanto meno il Tribunale, sono vincolati dalle constatazioni di fatto e dalle valutazioni di ordine economico effettuate nelle decisioni precedenti.

84 Tuttavia, nel caso di specie, l'argomento della ricorrente non può essere respinto in applicazione della giurisprudenza di cui al precedente punto 83.

85 Da un lato, la ricorrente non invoca una mera differenza nella valutazione tra la decisione impugnata e una qualsiasi altra decisione, ma un cambiamento di politica, giacché la Commissione non prenderebbe più in considerazione i partner di alleanza nella definizione dei mercati interessati.

86 Dall'altro, la ricorrente si avvale dell'analisi dei medesimi accordi tra le stesse parti, nello stesso contesto e riguardanti una stessa problematica, che la Commissione ha effettuato nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines di cui la ricorrente era altresì destinataria.

87 Se un'eventuale diversa analisi tra la decisione Lufthansa/Brussels Airlines e la decisione impugnata o un asserito cambiamento di politica della Commissione non consentono, naturalmente, di per sé, di concludere nel senso dell'illegittimità della decisione impugnata, essi richiedono, invece, di verificare se la Commissione ha, perlomeno, effettuato un esame approfondito dell'argomento della ricorrente secondo cui i partner di alleanza non sarebbero più presi in considerazione nella definizione dei mercati interessati.

88 Inoltre, come indicato al precedente punto 13, la valutazione compiuta nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines, così come la modifica di politica della Commissione in materia di trattamento dei partner di alleanza, costituivano, precisamente, uno dei tre motivi, assieme alla risoluzione dell'accordo di joint venture e all'esistenza della concorrenza tra la Swiss da un lato e la SAS e la LOT dall'altro, su cui si fondava la domanda di esonero. Dal fascicolo emerge che la questione è stata inoltre al centro della discussione durante tutta la procedura amministrativa.

89 Inoltre, si deve rilevare che l'asserita modifica della politica della Commissione nei confronti dei partner di alleanza è stata esaminata all'interno di un'intera parte della decisione impugnata (punti da 71 a 83) e che la motivazione di tale decisione si fonda, segnatamente, su tale valutazione, che può quindi essere contestata dalla ricorrente.

90 Da quanto precede risulta che l'argomento della ricorrente vertente sulla decisione Lufthansa/Brussels Airlines e sulla successiva modifica della politica della Commissione nei confronti dei partner di alleanza non può essere respinto sulla base del fatto che le decisioni precedenti non costituiscono il quadro giuridico rilevante e, di conseguenza, deve essere analizzato.

91 In primo luogo, si deve rilevare, a tal riguardo, che la Commissione omette, nella decisione impugnata, di fornire una benché minima risposta all'argomento vertente sulla decisione Lufthansa/Brussels Airlines, sebbene tale argomento sia invece indicato ai punti 73 e 74 della decisione impugnata. Tale omissione è tanto più significativa in quanto verte su un elemento che costituisce uno dei fondamenti della domanda di esonero e in quanto, nella sua missiva del 20 novembre 2015, la ricorrente ha sottolineato l'evidente importanza di una (ri)valutazione da parte della Commissione degli accordi conclusi dalla Lufthansa con la SAS e la LOT esaminati nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines.

92 Parimenti, gli elementi dedotti dalla Commissione, nelle sue memorie dinanzi al Tribunale, non sono idonei a giustificare una differenza di analisi tra la decisione impugnata e la decisione Lufthansa/Brussels Airlines, nei limiti in cui essi sono in realtà presenti in entrambe le cause.

93 La Commissione si limita, infatti, ad affermare che, nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines, essa ha concluso che non bisognava aspettarsi ricadute specifiche della concentrazione, dato che gli accordi di cooperazione della Lufthansa con, segnatamente, la SAS e la LOT non sarebbero stati probabilmente estesi all'altra parte della concentrazione. Orbene, come sostiene la ricorrente, lo stesso vale nella presente causa, dal momento che essa riguarda gli stessi accordi di cooperazione con le medesime parti e che è pacifico che tali accordi non contengono clausole di esonero automatico senza rinegoziazione e che gli accordi di cooperazione tra la Lufthansa, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro, non sono stati effettivamente estesi alla Swiss. La Commissione afferma nuovamente di aver considerato che la Swiss sarebbe divenuta una filiale della Lufthansa e che essa avrebbe aderito alla Star Alliance. Anche in questo caso non vi è alcuna differenza, poiché la Brussels Airlines è divenuta altresì una filiale della Lufthansa e ha aderito alla Star Alliance.

94 In secondo luogo, per quanto attiene al cambiamento di politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza, la Commissione si riferisce, nella decisione impugnata, alla decisione IAG/bmi per dimostrare di non aver escluso, in via di principio, dalla sua competenza, le relazioni tra i partner dell'alleanza, né l'impatto di tali relazioni sull'incentivo di tali partner a competere dopo la concentrazione.

95 Tuttavia, come rilevato dalla ricorrente, al punto 160 della decisione IAG/bmi, la Commissione aveva espressamente dichiarato che «conformemente alle precedenti decisioni della Commissione, i partner dell'alleanza d'IAG non [erano] stati presi in considerazione per determinare i mercati interessati».

96 Inoltre, sebbene, nella decisione impugnata e nelle memorie dinanzi al Tribunale, la Commissione affermi che, nella decisione IAG/bmi, le relazioni esistenti di code sharing tra una delle parti e soggetti terzi sono state prese in considerazione nella valutazione della situazione concorrenziale, occorre rilevare che, così come sottolineato dalla ricorrente e ammesso dalla Commissione nelle sue memorie dinanzi al Tribunale, in realtà la sovrapposizione di attività rilevanti in tale causa riguardava le parti stesse della concentrazione, ossia la bmi e la British Airways – quest'ultima in qualità di vettore commerciale che vende biglietti per i voli della Royal Jordanian – e non la bmi e la Royal Jordanian – che erano partner dell'alleanza della British Airways. Come sostenuto dalla ricorrente, la decisione IAG/bmi costituisce un'analisi classica di una concentrazione piuttosto che un'applicazione della linea d'analisi sviluppata nella decisione del 2005 secondo cui i partner indipendenti dell'alleanza devono essere inclusi nella definizione dei mercati.

97 Inoltre, durante la procedura amministrativa e dinanzi al Tribunale, la ricorrente ha sottolineato che, nella decisione C(2009) 6690 definitivo della Commissione, del 28 agosto 2009, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE (caso COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines), la Commissione aveva seguito il medesimo approccio di quello seguito nella decisione Lufthansa/Brussels Airlines e non aveva quindi esaminato le sovrapposizioni di rotte che risultavano esclusivamente dalle sovrapposizioni tra i voli operati dall'Austrian Airlines e i voli operati dai partner della Star Alliance, segnatamente la LOT e la SAS. Parimenti, secondo la ricorrente, nella sua decisione C(2010) 5008, del 14 luglio 2010 (caso COMP/M.5747 – Iberia/British Airways), la Commissione non ha esaminato le sovrapposizioni di rotte che risultavano esclusivamente dai voli operati dai partner dell'alleanza dell'Iberia e della British Airways. È giocoforza constatare che né nella decisione impugnata, che riproduce tuttavia l'argomento della ricorrente, né nelle sue memorie dinanzi al Tribunale, la Commissione ha fornito la minima risposta a tal riguardo.

– Sull'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS

98 In via preliminare occorre rilevare che, benché la Swiss abbia concluso accordi di code sharing sia con la SAS, nel 2006, sia con la LOT, nel 2007, la ricorrente ha contestato espressamente, nel ricorso, soltanto la valutazione effettuata a tal riguardo da parte della Commissione per quanto concerne la rotta ZRH-STO e non ha dedotto censure per quanto attiene alla valutazione dell'accordo di code sharing tra la Swiss e la LOT relativo alla rotta ZRH-WAW.

99 L'accordo di code sharing tra la Swiss e la SAS è stato concluso nel 2006 e non è quindi stato preso in considerazione dalla Commisisone nella decisione del 2005, che ha reso gli impegni vincolanti, per ritenere che, tenuto conto dei diversi accordi di cooperazione tra la Lufthansa e la SAS, quest'ultima avesse scarso interesse a competere con la Swiss dopo l'operazione.

100 A differenza di quanto sostiene la ricorrente, tale unica circostanza non consente di considerare che l'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS non possa essere preso in considerazione nell'ambito dell'esame della domanda di esonero.

101 Infatti, se è vero che la clausola di revisione 15.2 fa riferimento a un cambiamento negli accordi sui quali la Commissione ha fondato la propria constatazione di una riduzione degli incentivi alla concorrenza, l'accordo di code sharing nel caso di specie potrebbe tuttavia essere rilevante per valutare complessivamente se i rapporti contrattuali sono cambiati su un punto che elimina i problemi di concorrenza identificati nella decisione del 2005 e che hanno giustificato gli impegni.

102 Adottare una lettura puramente formale della clausola di revisione 15.2, consistente nel considerare unicamente le modifiche dei soli accordi esistenti al momento dell'adozione della decisione del 2005, consentirebbe infatti alle parti, come è stato indicato al punto 103 della decisione impugnata, di eludere l'applicazione degli impegni sostituendo i vecchi accordi di cooperazione con nuovi accordi simili.

103 Occorre pertanto esaminare se l'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS presenti legami sufficientemente stretti con i rapporti contrattuali e i problemi di concorrenza di cui alla decisione del 2005.

104 A tal riguardo, si deve rilevare che, come correttamente sostenuto dalla ricorrente e come riconosciuto dalla Commissione, l'accordo di code sharing e gli accordi di cooperazione differiscono per quanto riguarda la loro portata, il loro contenuto e le loro parti contraenti.

105 L'accordo bilaterale di alleanza, concluso tra la Lufthansa e la SAS, riguarda così la cooperazione tra tali due compagnie aeree quali erano all'epoca e non include le future società affiliate quali la Swiss; l'accordo di code sharing, invece, è stato concluso nel 2006 tra la Swiss e la SAS e riguarda solamente le rotte operate dalla Swiss e dalla SAS, e non le rotte operate dalla Lufthansa.

106 L'oggetto dell'accordo bilaterale di alleanza e quello degli accordi di code sharing sono altresì fondamentalmente diversi. Infatti, come indicato al punto 22 della decisione del 2005, gli accordi di cooperazione conclusi dalla Lufthansa – e, tra questi, in particolare l'accordo bilaterale di alleanza che forniva la base della cooperazione – prevedevano «una politica comune dei prezzi a livello mondiale, la pianificazione comune della rete e dei voli, l'organizzazione di un sistema di piattaforma comune e una strategia unica di commercializzazione» e «costitui[vano] quindi la base giuridica di un'integrazione mondiale delle reti delle compagnie e delle loro politiche commerciali». Invece, l'accordo di code sharing è un accordo, di uso corrente nel settore del trasporto aereo, in forza del quale la Swiss può vendere, oltre a biglietti per i voli da essa operati, biglietti con il proprio codice d'identificazione (ossia in qualità di «vettore commerciale») per voli operati dalla SAS e viceversa.

107 Come sottolinea la ricorrente, senza essere contraddetta dalla Commissione, non esiste quindi nessuna «politica comune dei prezzi» nell'ambito dell'accordo di code sharing. Non esiste neppure alcuna «pianificazione comune della rete e dei voli» nell'ambito di tale accordo, in quanto ciascun vettore è libero di programmare i propri voli. L'accordo di code sharing non prevede alcuna «organizzazione di un sistema di piattaforma comune», poiché ciascun vettore si avvale della propria piattaforma, in base alle proprie priorità. Infine, non è presente alcuna «strategia unica di commercializzazione» nell'ambito dell'accordo di code sharing, giacché ciascun vettore vende i propri biglietti mediante i propri canali.

108 La Commissione afferma, tuttavia, che l'accordo di code sharing e l'accordo bilaterale di alleanza fanno entrambi parte integrante del più ampio rapporto contrattuale sotteso alla valutazione della rotta ZRH-STO e sono quindi rilevanti per l'applicabilità della clausola di revisione 15.2.

109 Nell'ipotesi in cui l'accordo di code sharing possa essere considerato rilevante per l'applicabilità della clausola di revisione 15.2, occorre inoltre verificare se tale accordo è tale da dimostrare che la SAS non può essere ritenuta una concorrente della Swiss o, perlomeno, è tale da limitare la concorrenza tra la Swiss e la SAS.

110 È giocoforza constatare, a tal riguardo, che la Commissione, nella decisione impugnata, non effettua un'analisi concreta dell'accordo di code sharing e non menziona neppure elementi tali da dimostrare che tale accordo limitava la concorrenza tra la Swiss e la SAS, ma si contenta di formulare considerazioni ipotetiche. Così, il punto 99 della decisione impugnata è formulato come segue:

«In merito all'impatto eventuale di siffatti accordi di code sharing sulla concorrenza su ciascuna delle due rotte, la Commissione ritiene che tali accordi di code sharing esistenti siano rilevanti per valutare la concentrazione. Se una transazione simile fosse notificata oggi, gli accordi di code sharing tra la Swiss, la SAS e la LOT potrebbero sollevare problemi di concorrenza e le parti potrebbero dover proporre impegni per eliminare tali problemi (…)».

111 Dinanzi al Tribunale, la Commissione afferma che la configurazione degli accordi di code sharing indica che, in generale, le parti esercitano reciprocamente una pressione concorrenziale limitata. Essa afferma, al riguardo che, negli accordi di code sharing parallelo, come nel caso di specie, le due compagnie aeree che condividono i rispettivi codici sono poco propense ad accettare che una di loro venda posti in code sharing sui voli dell'altra a tariffe inferiori, tenuto conto della riduzione dei guadagni che ne deriverebbe.

112 È giocoforza constatare che tali elementi sono di nuovo meramente ipotetici e non risultano da un'analisi concreta dell'accordo di code sharing nel caso di specie e dei suoi effetti. Inoltre, come riconosce la Commissione, la Swiss e la SAS hanno convenuto di accettare le prenotazioni realizzate dall'altra parte nonché le tariffe fatturate dall'altra parte per le sue prenotazioni. Parimenti, la ricorrente sottolinea, a questo proposito, senza essere contraddetta dalla Commissione, che i vettori effettivi offrono spesso tariffe meno elevate per i voli operati da loro stessi rispetto ai voli operati dal partner di code sharing, poiché essi assumono il rischio dei posti non venduti, mentre il vettore commerciale guadagna al massimo una piccola commissione sulla vendita di un posto su un volo operato da un altro vettore.

113 Inoltre, occorre rilevare che gli elementi addotti dalla Commissione, quand'anche dimostrati, sono, in ogni caso, idonei a dimostrare soltanto che la concorrenza tra il vettore commerciale e il vettore effettivo è di livello debole, ma non che l'accordo di code sharing ha per effetto di limitare la concorrenza tra le due compagnie per i voli che effettuano esse medesime. In altri termini, se l'accordo di code sharing dà forse luogo solamente a una scarsa concorrenza per la vendita di biglietti in code sharing, la Commissione non ha, invece, addotto alcun elemento idoneo a dimostrare che l'accordo di code sharing ha per effetto di ridurre la concorrenza tra i voli operati da ciascuna delle due compagnie. Anche se la Commissione afferma di aver constatato che i prezzi proposti dal vettore effettivo erano quasi identici a quelli proposti dal vettore commerciale per i posti in code sharing su

un medesimo volo, la ricorrente si avvale, dal canto suo, senza essere contraddetta, di una differenza dei prezzi tra i voli operati da vettori diversi il medesimo giorno. Orbene, è la concorrenza tra i voli operati rispettivamente dalla Swiss e dalla SAS a essere piuttosto determinante per valutare l'esistenza di una concorrenza tra le due compagnie aeree.

114 Infine, la Commissione ha riconosciuto, dinanzi al Tribunale, di non aver valutato in dettaglio l'impatto dell'accordo di code sharing tra la Swiss e la SAS sulla concorrenza tra tali due compagnie riguardante la rotta ZRH-STO. La Commissione sostiene, a tal proposito, che non era tenuta a esaminare gli elementi addotti dalla ricorrente per il motivo che quest'ultima non aveva dimostrato che i rapporti contrattuali erano cambiati al punto da eliminare i problemi di concorrenza rilevati nella decisione del 2005. Orbene, l'esame dell'impatto dell'accordo di code sharing sulla concorrenza sulla rotta in questione era precisamente necessario per valutare se e in che misura tale accordo fosse idoneo a limitare o a eliminare la concorrenza tra la Swiss e la SAS.

115 Da quanto precede risulta che, se l'accordo di code sharing può, certamente, essere preso in considerazione, né gli elementi rilevati nella decisione impugnata, e nemmeno gli argomenti presentati dalla Commissione nelle sue memorie dinanzi al Tribunale sono tali da giustificare il rigetto della domanda di esonero, per quanto attiene agli impegni tariffari relativi alla rotta ZRH-STO.

Sula terza parte, vertente sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione del fatto che la concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro, costituisce una «evoluzione del mercato a lungo termine», ai sensi della prima frase della clausola di revisione 15.2

116 La ricorrente contesta alla Commissione di non aver esaminato se le prove che dimostravano il mantenimento della concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro, consentissero di dimostrare una «evoluzione del mercato a lungo termine», pur trattandosi di un motivo di esonero, menzionato espressamente nella prima frase della clausola di revisione 15.2.

117 La ricorrente sostiene a tal riguardo che i prezzi sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW sono sensibilmente inferiori a quelli del 2005, che il numero di passeggeri su tali rotte è raddoppiato e che le parti hanno presentato prove che dimostrano che i prezzi applicati dalla Swiss per i voli che essa stessa opera sono diversi da quelli praticati dalla LOT per posti sui voli che essa stessa opera.

118 In via preliminare, occorre rilevare, da un lato, che «l'evoluzione del mercato a lungo termine» costituisce un motivo distinto di esonero espressamente menzionato nella prima frase della clausola di revisione 15.2 e, dall'altro, che la Commissione non contesta che l'esistenza di una concorrenza tra la Swiss e la SAS e la LOT può essere considerata come un'evoluzione del mercato a lungo termine. In tali circostanze, tale argomento è stato respinto erroneamente, al punto 53 della decisione impugnata, per il fatto che «poiché le condizioni preliminari per la concessione di una domanda di esonero [non erano] soddisfatte, non [era] necessario esaminare la questione dell'evoluzione dei prezzi nella presente decisione». Tale errore è tuttavia privo di conseguenze, dal momento che la Commissione ha ciononostante, ai punti da 54 a 59 della decisione impugnata, esaminato «per completezza» l'evoluzione dei prezzi e il livello di concorrenza.

119 A tal riguardo, pur ammettendo che i grafici forniti dalla ricorrente e dalla Swiss sembrassero effettivamente indicare un certo grado di differenziazione dei prezzi tra i voli operati dai diversi vettori il medesimo giorno, la Commissione ha ritenuto, nella decisione impugnata, che l'attendibilità di tale analisi restasse tuttavia vaga e che occorresse di conseguenza realizzare un'analisi economica ulteriore.

120 Come ha affermato la Commissione, spetta, naturalmente, all'impresa risultante dalla fusione e richiedente un esonero dagli impegni fornire elementi di prova tali da dimostrare che le condizioni richieste a tal fine sono soddisfatte e la Commissione non può essere tenuta a realizzare una nuova indagine di mercato per ogni domanda di esonero. Tuttavia, la Commissione dispone di poteri

istruttori nonché di strumenti d'indagine efficaci e, nell'ipotesi in cui essa avesse ritenuto che le prove dedotte dalle parti non fossero abbastanza attendibili o rilevanti o dovessero essere completate con altri dati, le spettava richiedere informazioni più precise o condurre un'indagine a tal riguardo. Ciò tanto più che, nella sua risposta del 20 novembre 2015, la Lufthansa aveva già sottolineato che la Commissione non poteva limitarsi ad asserire semplicemente che «il livello reale di concorrenza tariffaria sulle due rotte p[oteva] essere lasciato in sospeso».

121 Le parti, basandosi sulle conclusioni del mandatario, hanno altresì sostenuto che il raddoppio del numero dei passeggeri e la considerevole riduzione delle tariffe tra il 2005 e il 2014 testimoniavano il livello elevato di concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la LOT e la SAS, dall'altro.

122 La Commissione si è limitata a rilevare a tal riguardo, nella decisione impugnata, che le parti non avevano fornito alcuna prova incontrovertibile che dimostrasse che tali riduzioni dei prezzi erano state generate dalla concorrenza tra la Swiss e la LOT e che tali riduzioni avrebbero potuto, in effetti, essere altresì attribuite alla riduzione dei prezzi del carburante o all'effetto degli impegni tariffari.

123 Orbene, come illustrato in precedenza, la Commissione non può limitarsi a richiedere prove incontrovertibili, senza peraltro precisare in cosa dovrebbero consistere, ma deve dimostrare l'erroneità degli elementi forniti dalle parti, adottare misure istruttorie o condurre, se necessario, un'indagine per completare o inficiare la fondatezza di questi ultimi.

124 Inoltre, occorre rilevare che la Commissione ha confermato in sede di udienza di non contestare l'affermazione della ricorrente secondo cui 17 riduzioni di prezzo su 32 per la rotta ZRH-STO e 4 riduzioni di prezzo su 13 per la rotta ZRH-WAW erano volontarie, ossia non imposte dalle misure correttive.

125 Da quanto precede risulta che la Commissione non ha adempiuto il suo obbligo di esaminare con cura tutti i dati rilevanti, di adottare le misure istruttorie o di condurre le indagini necessarie al fine di accertare l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro.

Sulla quinta parte, vertente sul mancato rispetto della politica generale in materia di concentrazioni in relazione a misure tariffarie correttive

126 La ricorrente sostiene che la Commissione non ha tenuto conto dell'incompatibilità degli impegni sulle tariffe con la sua politica di misure correttive quale indicata al punto 18 della comunicazione sulle misure correttive e confermata dalla prassi. Essa osserva che la Commissione ha inoltre sistematicamente respinto negli ultimi anni gli impegni sulle tariffe proposti dalle parti.

127 La ricorrente indica che gli impegni tariffari hanno un duplice potenziale effetto di distorsione della concorrenza, ossia, da un lato, privare i passeggeri delle rotte di riferimento dei vantaggi legati alle riduzioni di prezzo che la Swiss potrebbe prendere in considerazione in mancanza delle spese aggiuntive generate dalla riduzione di prezzo corrispondente richiesta sulle rotte di sovrapposizione e, dall'altro, impedire l'ingresso sul mercato di una compagnia concorrente in ragione delle tariffe artificialmente più basse sulle rotte di sovrapposizione.

128 La ricorrente contesta alla Commissione di non aver valutato tali elementi, ma di essersi limitata a osservare che le rotte ZRH-STO e ZRH-WAW erano collegamenti con scarso traffico su cui nessuna nuova compagnia aveva fatto ingresso nonostante le misure correttive relative alle fasce orarie.

129 A tal riguardo, per quanto attiene, in primo luogo, all'argomento secondo cui gli impegni sulle tariffe sono incompatibili con la politica della Commissione riguardante le misure correttive, innanzitutto, occorre rammentare che, nell'ambito del presente procedimento, la ricorrente non può mettere in discussione la legittimità degli impegni resi vincolanti dalla decisione del 2005, che è divenuta definitiva.

130 In seguito, come osserva giustamente la Commissione, la comunicazione sulle misure correttive non vieta gli impegni tariffari, ma sottolinea che essi non faranno generalmente venir meno i problemi di concorrenza risultanti da sovrapposizioni orizzontali e che tale tipo di misure correttive può essere ritenuto ricevibile solo in via eccezionale, purché sia applicato tramite meccanismi di attuazione e di controllo efficaci e non rischi di produrre effetti distorsivi sulla concorrenza.

131 Infine, poiché ogni concentrazione è valutata singolarmente e alla luce delle circostanze di fatto e di diritto applicabili (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punti 142 e 144), la circostanza che taluni impegni siano stati rifiutati in alcuni, o addirittura la maggior parte, dei casi non può impedire che essi siano accettati in una situazione specifica purché essi consentano di risolvere i problemi di concorrenza identificati.

132 Per quanto attiene, in secondo luogo, all'argomento in base al quale gli impegni tariffari possono creare distorsioni tanto sulle rotte di riferimento quanto sulle rotte di sovrapposizione, è giocoforza constatare che né nella decisione impugnata né dinanzi al Tribunale la Commissione ha addotto elementi tali da contestare detto argomento, limitandosi a sottolinearne il carattere ipotetico. Inoltre, l'obbligo di ripercuotere sulle rotte ZRH-STO e ZRH-WAW le diminuzioni dei prezzi effettuate sulle rotte di riferimento potrebbe dissuadere le compagnie aeree terze dall'avvalersi di dette rotte. Lungi dal risolvere il problema strutturale del mercato al quale essi dovrebbero fornire una risposta, gli impegni tariffari potrebbero, così, al contrario, contribuire a rendere illimitatamente necessario il loro mantenimento.

133 Tuttavia, non si tratta, nel caso di specie, di valutare la legittimità degli impegni resi vincolanti dalla decisione del 2005, che è divenuta definitiva, ma di esaminare se le condizioni per l'annullamento di tali impegni siano soddisfatte.

134 A tal riguardo, l'argomento vertente su una distorsione della concorrenza, quand'anche dimostrato, non può essere assimilato a un cambiamento sostanziale sul mercato ai sensi della prima frase della clausola di revisione 15.2, né a una modifica dei rapporti contrattuali ai sensi della seconda frase della clausola di revisione 15.2, e, in modo più generale, non consente di dimostrare che i problemi di concorrenza identificati nella decisione del 2005, che sono alla base degli impegni, sono eliminati.

135 Occorre tuttavia rilevare che, se l'argomento riguardante il rischio di distorsione della concorrenza non è tale da dimostrare che le condizioni richieste nella clausola di revisione 15.2 per l'annullamento degli impegni siano soddisfatte, esso rafforza, invece, la necessità per la Commissione di effettuare un esame diligente e approfondito della domanda di esonero e di verificare se gli impegni siano ancora necessari o adeguati.

Conclusione sul primo motivo

136 Da quanto precede risulta che la Commissione non ha preso in considerazione o esaminato con cura l'argomento relativo alla decisione Lufthansa/Brussels Airlines nonché relativo a un cambiamento della politica nei confronti dei partner di alleanza e all'esistenza di una concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro.

137 Per quanto tali carenze siano deplorevoli, esse tuttavia non possono, in mancanza di una qualsivoglia modifica dei rapporti contrattuali tra la Swiss e la LOT, in considerazione dei quali gli impegni tariffari sono stati resi vincolanti dalla decisione del 2005, essere considerate sufficienti per comportare l'annullamento della decisione impugnata per quanto riguarda la rotta ZRH-WAW.

138 Per quanto attiene alla rotta ZRH-STO si deve rilevare non solo l'assenza di esame appropriato degli elementi menzionati al precedente punto 136 e la risoluzione dell'accordo di joint venture tra la Lufthansa e la SAS, ma altresì che la Commissione non ha preso in considerazione l'impegno della ricorrente di risolvere anche l'accordo bilaterale di alleanza tra la Lufthansa e la SAS né il parere del mandatario che concludeva nel senso dell'esistenza di un cambiamento sostanziale del mercato sulla rotta ZRH-STO e non ha effettuato un'analisi sufficiente dell'impatto dell'accordo di code sharing sulla concorrenza tra la Swiss e la SAS. Di conseguenza, si deve constatare che la Commissione è incorsa in un errore manifesto di valutazione in quanto non ha preso in considerazione l'insieme dei dati rilevanti e in quanto gli elementi considerati nella decisione impugnata non sono tali da giustificare il rigetto della domanda di esonero relativa alla rotta ZRH-STO (v., in tal senso, sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 39).

139 Ne consegue che, senza che occorra esaminare gli altri motivi e argomenti addotti dalla ricorrente, la decisione impugnata deve essere annullata nella parte in cui verte sulla rotta ZRH-STO. Invece, tali altri motivi e argomenti devono essere esaminati nei limiti in cui essi riguardano la legittimità della decisione impugnata per quanto concerne la rotta ZRH-WAW.

Sul secondo motivo, vertente sulla violazione del principio di buona amministrazione

140 La ricorrente sostiene che la Commissione ha violato il suo obbligo di esaminare con cura e imparzialità tutti gli elementi rilevanti del caso di specie e, di conseguenza, il principio della buona amministrazione di cui all'articolo 41, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

141 La ricorrente sostiene, a tal riguardo, che la Commissione non ha tenuto in alcun conto gli argomenti giuridici che essa ha addotto e che si è avvalsa di supposizioni e ipotesi a proposito della concorrenza sulle rotte riguardate, invece di effettuare una seria indagine sui fatti. Inoltre, la Commissione non avrebbe condotto una propria indagine per quanto riguarda l'evoluzione dei prezzi e il livello di concorrenza, né ha collaborato in modo utile con il mandatario incaricato della sorveglianza ed essa avrebbe preferito considerare che gli accordi di code sharing limitavano la concorrenza.

142 Lo stesso rifiuto di esaminare scrupolosamente gli argomenti addotti dalla Lufthansa emergerebbe altresì dalla ripetizione costante da parte della Commissione di argomenti giuridici non convincenti, ai quali la Lufthansa ha già risposto nel corso della procedura amministrativa.

143 Si deve rammentare che, conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, «ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

144 Nei limiti in cui la ricorrente contesta alla Commissione di non aver preso in considerazione l'insieme degli elementi rilevanti per fondare la sua valutazione, tale censura è stata esaminata nell'ambito del primo motivo.

145 Per quanto attiene alla censura secondo cui la Commissione avrebbe chiaramente mostrato la sua predisposizione a non esaminare scrupolosamente la domanda di esonero non tenendo conto in alcun modo degli argomenti giuridici forniti dalla Lufthansa, occorre rilevare che il mero fatto che la Commissione abbia contestato e respinto gli argomenti della Lufthansa non dimostra, di per sé, che essa abbia dimostrato parzialità riguardo alla domanda di esonero. Parimenti, la ripetizione da parte

della Commissione di argomenti giuridici asseritamente non convincenti, ai quali la Lufthansa ritiene di aver già risposto durante la procedura amministrativa, può riflettere piuttosto una diversità di valutazione, ma non dimostra, in quanto tale e di per sé, il rifiuto di esaminare, in modo imparziale, la domanda di esonero.

146 Inoltre, non si può sostenere che la Commissione non abbia affatto esaminato la domanda nei limiti in cui, come emerge dai precedenti punti da 14 a 19, essa ha rivolto varie richieste d'informazioni alla Lufthansa e ha tenuto con essa diverse riunioni durante la procedura amministrativa.

147 Ne consegue che il secondo motivo dev'essere respinto.

Sul terzo motivo, vertente su uno sviamento di potere

148 La ricorrente sostiene che la Commissione ha utilizzato la procedura di esonero come strumento di pressione per obbligare la Swiss a risolvere un accordo contrattuale non avente alcun legame esplicito con l'operazione. La Commissione cercherebbe di eludere le procedure previste per esaminare e sanzionare le eventuali violazioni dell'articolo 101 TFUE conformemente al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 [TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1), relativamente all'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la LOT nel 2007. Emergerebbe segnatamente dal punto 104 della decisione impugnata che l'accordo di code sharing e i suoi potenziali effetti anticoncorrenziali costituiscono il principale motivo per cui la Commissione ha respinto la domanda di esonero.

149 La Commissione cercherebbe così di sottrarsi all'obbligo, da un lato, di dimostrare realmente gli asseriti effetti anticoncorrenziali dell'accordo di code sharing concluso dalla Swiss e, dall'altro, di adottare una decisione che sarebbe sottoposta al sindacato giurisdizionale. La ricorrente osserva, a tal riguardo, che nel febbraio 2011 la Commissione ha avviato una procedura d'ufficio avverso gli accordi di code sharing relativi alle rotte da piattaforma a piattaforma conclusi tra la Lufthansa e la Turkish Airlines, e tra la Brussels Airlines e la TAP Air Portugal, ma che dopo aver indagato con priorità per cinque anni e mezzo su tali casi, essa non era ancora giunta alla benché minima conclusione.

150 A tal riguardo, occorre rammentare che, conformemente a una giurisprudenza costante, un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato esclusivamente, o quanto meno in maniera determinante, per fini diversi da quelli per i quali il potere di cui trattasi è stato conferito o allo scopo di eludere una procedura appositamente prevista dai trattati per far fronte alle circostanze del caso di specie (v. sentenza del 16 aprile 2013, Spagna e Italia/Consiglio, C-274/11 e C-295/11, EU:C:2013:240, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

151 È giocoforza constatare che la ricorrente non ha fornito indizi oggettivi, pertinenti e concordanti che dimostrino che la Commissione aveva utilizzato il procedimento di esonero come strumento di pressione, con lo scopo esclusivo o principale di costringere la Swiss a risolvere l'accordo di code sharing concluso con la LOT per sottrarsi alle procedure previste per esaminare e sanzionare le violazioni dell'articolo 101 TFUE.

152 Occorre rilevare, innanzitutto, che la procedura non è stata avviata dalla Commissione, ma su istanza della ricorrente.

153 Inoltre, dal fascicolo emerge, certamente, che la Commissione è del parere che l'accordo di code sharing in questione solleva problemi di concorrenza nel caso di specie e che, come emerge in particolare dai punti 5, 49, 69 e 95 della decisione impugnata, il rigetto della domanda di esonero è motivato, essenzialmente, dal mantenimento o dall'assenza di modifica di tale accordo; tuttavia, non si può dedurre che la Commissione sia incorsa in uno sviamento di potere.

154 Com'è stato illustrato ai precedenti punti da 101 a 103, la Commissione poteva legittimamente prendere in considerazione l'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la LOT nell'ambito della sua valutazione della domanda di esonero. Infatti, tale accordo costituisce parte integrante del più ampio rapporto contrattuale sotteso alla valutazione della concorrenza sulla rotta ZRH-WAW. Poiché la Commissione ha ritenuto, nella decisione del 2005, che la LOT avesse, tenuto conto della globalità degli accordi di cooperazione conclusi con la Lufthansa, scarso interesse a competere con la Swiss, l'accordo di code sharing può, infatti, costituire un elemento rilevante per la valutazione della concorrenza su tale rotta, indipendentemente dalla questione se il suddetto accordo possa o meno giustificare in definitiva il rigetto della domanda.

155 Occorre constatare altresì che la Commissione non ha imposto alla ricorrente di denunciare l'accordo di code sharing, ma ha semplicemente suggerito alle parti, in vista di facilitare la concessione dell'esonero, di risolvere l'accordo o, almeno, di limitarne la portata ai collegamenti precedenti e successivi e di diminuire così il grado di cooperazione tra l'entità risultante dalla fusione e la LOT.

156 Ne consegue che non si può considerare che gli elementi addotti dalla ricorrente costituiscano indizi oggettivi, pertinenti e concordanti di uno sviamento di potere e ne consegue che il terzo motivo deve essere respinto.

157 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che la decisione impugnata deve essere annullata nella parte in cui verte sulla rotta ZRH-STO e che il ricorso deve essere respinto quanto al resto.

Sulle spese

158 Ai sensi dell'articolo 134, paragrafo 3, del regolamento di procedura, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, le spese sono compensate.

159 Nelle circostanze del caso di specie si deve decidere che ciascuna parte sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) La decisione C(2016) 4964 final della Commissione, del 25 luglio 2016, che respinge la richiesta della Deutsche Lufthansa AG relativa all'esonero da taluni impegni resi vincolanti dalla decisione della Commissione del 4 luglio 2005 che approva la concentrazione nel caso COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss è annullata nella parte in cui verte sulla rotta Zurigo-Stoccolma.

2) Il ricorso è respinto quanto al resto.

3) Ciascuna parte sopporterà le proprie spese.

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 16 maggio 2018.

Firme

Indice

Fatti 1

Decisione che autorizza l'operazione di concentrazione tra la Lufthansa e la Swiss International Air Lines Ltd 2

Decisione impugnata 3

Procedimento e conclusioni delle parti 5

In diritto 6

Osservazioni preliminari 6

Sul primo motivo, vertente sull'applicazione di un criterio giuridico errato, su errori manifesti di valutazione nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento 8

Sulla prima parte, vertente sull'applicazione di un criterio giuridico errato nella valutazione della domanda di esonero nonché su una violazione dei principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento 9

Sulla seconda e quarta parte, vertenti su un errore manifesto di valutazione degli accordi di alleanza della Lufthansa in relazione alla seconda frase della clausola di revisione 15.2 e sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione della modifica della propria politica in relazione al trattamento dei partner di alleanza 10

– Osservazioni preliminari 10

– Modifiche contrattuali tra la Lufthansa e la SAS 12

– Sulla decisione Lufthansa/Brussels Airlines e l'asserito cambiamento di politica della Commissione in materia di trattamento dei partner di alleanza 14

– Sull'accordo di code sharing concluso tra la Swiss e la SAS 17

Sula terza parte, vertente sulla mancata presa in considerazione da parte della Commissione del fatto che la concorrenza tra la Swiss, da un lato, e la SAS e la LOT, dall'altro, costituisce una «evoluzione del mercato a lungo termine», ai sensi della prima frase della clausola di revisione 15.2 19

Sulla quinta parte, vertente sul mancato rispetto della politica generale in materia di concentrazioni in relazione a misure tariffarie correttive 20

Conclusione sul primo motivo 21

Sul secondo motivo, vertente sulla violazione del principio di buona amministrazione 22

Sul terzo motivo, vertente su uno sviamento di potere 23

Sulle spese 24